

COORDENAÇÃO

PRISCILLA LATERÇA
ELORA FERNANDES
CHIARA DE TEFFÉ
SÉRGIO BRANCO

PRIVACIDADE E PROTEÇÃO DE DADOS DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES



LISTA DE AUTORES

- Adriane Loureiro Novaes
- Alexandre Barbosa
- Aline Fuke Fachinetti
- Ana Carolina Brochado Teixeira
- Ana Frazão
- Anna Cristina de Carvalho Rettore
- Caitlin Mulholland
- Celina Carvalho
- Charles Pimentel
- Chiara Spadaccini de Teffé
- Christian Perrone
- Elora Fernandes
- Fabio Lara Aspis
- Fabio Senne
- Fernando Bousso
- Filipe Medon
- Gustavo Tepedino
- Isabella Henriques
- Kelli Angelini
- Janaina Costa
- João Victor Archegas
- Jonas Valente
- Júlia Mendonça
- Luísa Adib Dino
- Maria Regina Rigolon Korkmaz
- Mariana Palmeira
- Marina Meira
- Mario Viola
- Milena Donato Oliva
- Pedro Hartung
- Priscila Gonsales
- Rafael Zanatta
- Sergio Marcos Carvalho de Ávila Negri
- Vanessa Vargas

COORDENAÇÃO:

Priscilla Laterça

Elora Fernandes

Chiara de Teffé

Sérgio Branco

PRIVACIDADE E PROTEÇÃO DE DADOS DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES





Privacidade e Proteção de Dados de Crianças e Adolescentes by ITS Rio is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial-NoDerivatives 4.0 International License, except where otherwise noted.

Privacidade e Proteção de Dados de Crianças e Adolescentes
CC Atribuição-NãoComercial-SemDerivações 4.0 Brasil (CC BY-NC-ND 4.0 BR)

Texto revisto pelo Acordo Ortográfico de 1990.

Produção editorial
Obliq Livros

Preparação dos originais
ITS Rio

Capa
Obliq Livros

eISBN: 978-85-65404-35-8

Obliq Edição e Produção Ltda.
E-mail: comercial@obliq.com.br
<http://obliq.com.br>

Para citação:

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.

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	8
PREFÁCIO.....	11

I. DESAFIOS PARA A PRIVACIDADE E PARA A PROTEÇÃO DE DADOS DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES 14

PRIVACIDADE E PROTEÇÃO AOS DADOS PESSOAIS DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES NA INTERNET: MARCO LEGAL E AÇÕES ESTRATÉGICAS PARA PROVER DIREITOS NA ERA DIGITAL.....	15
<i>Kelli Angelini, Alexandre Barbosa, Fabio Senne e Luísa Adib Dino</i>	

(OVER)SHARENTING: A SUPEREXPOSIÇÃO DA IMAGEM E DOS DADOS DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES NA INTERNET E OS INSTRUMENTOS DE TUTELA PREVENTIVA E REPRESSIVA	29
<i>Filipe Medon</i>	

IA NA EDUCAÇÃO: INOVAÇÃO OU VIGILÂNCIA?	60
<i>Priscila Gonsales e Charles Pimentel</i>	

PROTEÇÃO DE DADOS, INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E CRIANÇAS.....	84
<i>Ana Frazão</i>	

DECISÕES AUTOMATIZADAS E A PROTEÇÃO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES.....	107
<i>Sergio Marcos Carvalho de Ávila Negri e Maria Regina Rigolon Korkmaz</i>	

FTC v. YOU TUBE: UM ESTUDO DE CASO E APRENDIZADOS PARA A APLICAÇÃO DO ART. 14 DA LGPD NO BRASIL.....138
Celina Carvalho e João Victor Archegas

PROTEÇÃO DE DADOS DE CRIANÇAS: UMA PERSPECTIVA INTERNACIONAL..... 156
Janaina Costa e Christian Perrone

CONSCIENTIZAÇÃO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES EM PRIVACIDADE E PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS: APRENDIZADOS INTERNACIONAIS.....177
Adriane Loureiro Novaes, Aline Fuke Fachinetti, Fabio Lara Aspis e Fernando Bousso

II. PROTEÇÃO DOS DIREITOS DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES NA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS (LGPD)199

DIREITOS DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES POR DESIGN: UMA AGENDA REGULATÓRIA PARA A ANPD 200
Elora Fernandes

O PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE NO AMBIENTE DIGITAL..... 255
Ana Carolina Brochado Teixeira e Anna Cristina de Carvalho Rettore

TRATAMENTO DE DADOS DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES NA LGPD E O SISTEMA DE INCAPACIDADES DO CÓDIGO CIVIL287
Gustavo Tepedino e Milena Donato Oliva

AS BASES LEGAIS PARA TRATAMENTO DE DADOS DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES.....315
Caitlin Mulholland e Mariana Palmeira

DADOS SENSÍVEIS DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES: APLICAÇÃO DO MELHOR INTERESSE E TUTELA INTEGRAL.....342
Chiara Spadaccini de Teffé

ENTRE O ABUSIVO E O EXCESSIVO: NOVOS CONTORNOS JURÍDICOS PARA O TRATAMENTO DE DADOS PESSOAIS DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES NA LGPD396
Rafael Zanatta, Jonas Valente e Júlia Mendonça

A PROIBIÇÃO DO DIRECIONAMENTO DE PUBLICIDADE MICROSSEGMENTADA PARA CRIANÇAS E ADOLESCENTES, A ABUSIVIDADE DO USO DE DADOS PESSOAIS PARA FINS DE EXPLORAÇÃO COMERCIAL INFANTO-JUVENIL.....427
Isabella Henriques, Marina Meira e Pedro Hartung

DESAFIOS PARA A TUTELA DA PRIVACIDADE INFANTIL NA ERA DIGITAL: FERPA, COPPA, GDPR E LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS..... 454
Mario Viola e Vanessa Vargas

APRESENTAÇÃO

Crianças e adolescentes integram, de forma cada vez mais intensa, ambientes digitais e conectados. Seus dados pessoais vêm sendo tratados nos mais diferentes contextos, o que propicia a criação de rastros e perfis digitais desde o início de suas vidas. Mostra-se, portanto, essencial para a garantia do melhor interesse e da proteção integral de crianças e adolescentes a promoção e a proteção ampla de suas informações pessoais e de sua privacidade, como direitos fundamentais responsáveis pela concretização do livre desenvolvimento da personalidade, das liberdades individuais e coletivas e da não discriminação.

Neste sentido, a proposta da presente obra é a de analisar a importância de uma tutela mais rigorosa para a privacidade e a proteção de dados de crianças e adolescentes no Brasil, em face dos riscos e danos oriundos do ambiente digital, considerando o constante avanço tecnológico e os diversos agentes de tratamento presentes na atual conjuntura da sociedade de vigilância. Pretende-se estabelecer um verdadeiro marco doutrinário para a temática, especialmente a partir da interpretação das disposições constantes na Lei Geral de Proteção de Dados (Lei nº 13.709/18), a fim de subsidiar trabalhos desenvolvidos na área e decisões judiciais, assim como estabelecer diálogo com a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD).

Para tanto, no primeiro eixo da obra, selecionamos artigos que versam sobre os desafios para a privacidade e a proteção de dados de crianças e adolescentes, tendo em vista a sua condição especial de pessoa vulnerável e em desenvolvimento. Serão tratados temas como: ações estratégicas para promover os direitos destes sujeitos na era digital; a superexposição da

imagem e dos dados de crianças e adolescentes (*oversharenting*); os impactos do uso de inteligência artificial e de decisões automatizadas nas relações que os envolvem; questões acerca do tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes por provedores de aplicações de internet; e a importância da conscientização de crianças e adolescentes em privacidade e proteção de dados, a partir de aprendizados internacionais.

Já no segundo eixo, a análise é voltada diretamente para a LGPD e a interpretação de seu artigo 14 em consonância com o ordenamento jurídico brasileiro. Inicialmente, é desenvolvido estudo acerca da promoção de direitos de crianças e adolescentes por *design*, bem como é enfatizada a importância de a agenda regulatória da ANPD contemplar a temática discutida no presente livro. Em seguida, são abordados em detalhe temas fundamentais para a melhor compreensão da LGPD, no recorte voltado a crianças e adolescentes, como: o princípio do melhor interesse no ambiente digital; o sistema de incapacidades do Código Civil e seu diálogo com a estrutura normativa da LGPD; estudo acerca das bases legais aplicáveis para o tratamento de dados de crianças e adolescentes; análise do tratamento conferido aos dados sensíveis de crianças e adolescentes e os possíveis instrumentos para a sua melhor proteção, havendo destaque para uma educação digital ampla e a elaboração de relatórios de impacto; a proibição do direcionamento de publicidade microsegmentada para crianças e adolescentes; e, por fim, uma análise acerca de pontos de convergência e divergência de legislações estrangeiras relativas à proteção de dados de crianças e adolescentes com a LGPD.

O debate acerca da tutela da privacidade e dos dados pessoais de crianças e adolescentes precisa ganhar ainda mais fôlego no cenário brasileiro. Entende-se que aliar discussões teóricas a problemas práticos será essencial para o desenvolvimento de soluções dinâmicas e contextualizadas com as atuais demandas

e interações promovidas nas redes. A garantia de direitos a crianças e adolescentes exige discussões robustas, que se atentem ao seu melhor interesse, que envolvam a família, a sociedade e o Estado e, sobretudo, que respeitem o seu direito à participação nas decisões que os afetem.

Rio de Janeiro, 09 de julho de 2021
As coordenadoras¹

¹ **Chiara Spadaccini de Teffé** é doutoranda e mestre em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Atualmente, é professora de Direito Civil e de Direito e Tecnologia na Faculdade de Direito do IBMEC. Leciona em cursos de pós-graduação do CEPED-UERJ, na Pós-graduação da PUC-Rio, na Pós-graduação do Instituto New Law e na Pós-graduação da EBRADI. É também professora da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ) e do Instituto de Tecnologia e Sociedade do Rio (ITS Rio). Membro da Comissão de Proteção de Dados e Privacidade da OABRJ. Membro do conselho executivo da revista eletrônica civilistica.com. Membro do Fórum permanente de mídia e liberdade de expressão da EMERJ. Foi professora de Direito Civil na UFRJ e pesquisadora do Instituto de Tecnologia e Sociedade do Rio (ITS Rio). Associada ao Instituto Brasileiro de Estudos em Responsabilidade Civil (IBERC). Advogada e consultora em proteção de dados pessoais. E-mail: chiaradetteffe@gmail.com.

Elora Fernandes é doutoranda em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Mestre em Direito e Inovação pela Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF) e graduada em Direito pela mesma instituição, com período de intercâmbio acadêmico na Universidad de Salamanca (Espanha). É alumna do Deutscher Akademischer Austauschdienst (DAAD) e faz parte do corpo editorial da Revista de Estudos Empíricos em Direito (REED). E-mail: elorafernandes@live.com.

Priscilla Silva Laterça é doutoranda e Mestre em Direito Constitucional e Teoria do Estado pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Writing Fellow em Estudos de Direitos e Religião pelo Programa ICLRS na Universidade de Oxford. Consultora, pesquisadora e professora em direitos e novas tecnologias.

PREFÁCIO

O Brasil tinha, em 2019, cerca de 24 milhões de crianças e adolescentes conectados à internet, o que significa 89% da população entre 9 e 17 anos². Como sabemos, trata-se da fase da vida em que indivíduos estão fundando suas bases educacionais, construindo os alicerces do conhecimento que levarão, mais adiante, a variadas formas de especialização. A internet abre as portas para a pesquisa, oferecendo conteúdo valioso, muitas vezes gratuito, sendo um instrumento fundamental na formação intelectual e cultural de nossas crianças e adolescentes. Mas nem tudo é vantajoso.

Privacidade e proteção de dados são assuntos que se deslocaram das preocupações relativas a adultos para abranger cada vez mais a tutela dos interesses de quem ainda mal entende a importância desse debate. A oferta frequentemente mais variada de aplicações e serviços voltados a crianças e adolescentes evidencia a necessidade de promovermos uma discussão pública informada acerca da tutela de dados de quem ainda não atingiu a maioridade civil.

As circunstâncias não são fáceis. Por vezes (muitas vezes, para falar a verdade), é difícil fazer adultos compreenderem o valor inerente à privacidade. A enganosa afirmação de que “*quem não deve não teme*”, associada à obtenção de descontos em troca de dados pessoais (como aqueles associados à informação do CPF), leva muita gente a subestimar a relevância da privacidade – até porque, ao contrário da propriedade, por exemplo, trata-se de um direito invisível. Acrescente uma camada a mais

² Disponível em <https://cetic.br/pt/publicacao/resumo-executivo-pesquisa-sobre-o-uso-da-internet-por-criancas-e-adolescentes-no-brasil-tic-kids-online-brasil-2019/>. Acesso em 20 de junho de 2021.

ao debate ao incluir a conduta de pais e mães que expõem excessivamente seus filhos na internet – o que já tem até nome específico: *sharenting*.

Também é importante lembrar que, por variados motivos, inclusive socioeconômicos, muitas crianças e adolescentes acessam a internet sem nenhuma ou pouca supervisão de seus responsáveis. E não é de se esperar que sejam justamente os mais jovens a terem o discernimento de observar o limite de proteção de seus direitos.

A conclusão a que facilmente chegamos é que a proteção das crianças e dos adolescentes na internet é um problema de todos. E esse problema precisa ser compreendido e analisado por variadas frentes. É isso que, em certa medida, esta obra pretende fazer.

A complexidade do mundo não permite que temas jurídicos sejam tratados apenas por meio de suas matrizes legais, embora essa dimensão seja também fundamental. Por isso, para além da indispensável análise da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) e de outros diplomas legais que compõem o mosaico legislativo sobre a tutela dos dados de crianças e adolescentes, as obras desta coletânea também abordam aspectos tecnológicos e sociais.

Decisões automatizadas, inteligência artificial, proteção por *design* e termos de uso de plataformas e redes sociais dividem espaço com publicidade direcionada ao público infantojuvenil, a superexposição de sua imagem e um dos aspectos jurídicos mais interessantes e desafiadores da LGPD: as bases legais para o tratamento de dados de seu titular – especialmente quando estamos falando de crianças e de adolescentes.

Sabemos que o assunto é complexo. Doutrina e jurisprudência terão muito trabalho nos próximos anos para delimitar, na


prática, os contornos precisos dos direitos aqui analisados. Mas estou certo de que esta obra é peça fundamental no debate público. Que bom poder contar com a competência técnica e humana das organizadoras desta coletânea, que puderam selecionar autoras e autores de grande renome e profundidade teórica para oferecer a todos as dúvidas e propostas de soluções que temos agora em nossas mãos.

Boa leitura!


Rio de Janeiro, 19 de julho de 2021.

Sérgio Branco

Cofundador e diretor do Instituto de Tecnologia e Sociedade do Rio de Janeiro (ITS Rio). Doutor e Mestre em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Professor do Ibmec. Professor convidado da Universidade de Montreal. Especialista em propriedade intelectual pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro – PUC-Rio. Pós-graduado em cinema documentário pela FGV. Advogado.



I. DESAFIOS PARA A PRIVACIDADE E PARA A PROTEÇÃO DE DADOS DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES



PRIVACIDADE E PROTEÇÃO AOS DADOS PESSOAIS DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES NA INTERNET: MARCO LEGAL E AÇÕES ESTRATÉGICAS PARA PROVER DIREITOS NA ERA DIGITAL

*Kelli Angelini³
Alexandre Barbosa⁴
Fabio Senne⁵
Luísa Adib Dino⁶*

³ Mestre em Direito Civil pela PUC-SP. Gerente de Assessoria Jurídica do Núcleo de Informação e Coordenação do Ponto BR (NIC.br) e do Comitê Gestor da Internet no Brasil (CGI.br). Idealizadora do Projeto Internet com Responsa - cuidados e responsabilidades no uso da Internet para jovens, pais e educadores.

⁴ Doutor em Administração de Empresas pela Fundação Getúlio Vargas (FGV), pós-doutorado pela HEC Montreal (Canadá), mestrado em Administração de Empresas pela Universidade de Bradford (Reino Unido) e em Ciência da Computação pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG) e graduado em Engenharia Elétrica pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas). Gerente do Centro Regional de Estudos para o Desenvolvimento da Sociedade da Informação (Cetic.br), departamento do Núcleo de Informação e Coordenação do Ponto BR (NIC.br), ligado ao Comitê Gestor da Internet no Brasil (CGI.br).

⁵ Doutorando em Ciência Política pela Universidade de São Paulo (USP), Mestre em Comunicação pela Universidade de Brasília (UnB) e Bacharel em Ciências Sociais pela USP. Pesquisador na área de políticas públicas e comunicação, tem como área de interesse a relação entre a Internet e as políticas públicas sociais e o comportamento das desigualdades. Coordenador de Pesquisas do Centro Regional de Estudos para o Desenvolvimento da Sociedade da Informação (Cetic.br), departamento do Núcleo de Informação e Coordenação do Ponto BR (NIC.br), ligado ao Comitê Gestor da Internet no Brasil (CGI.br).

⁶ Mestre e graduada em Gestão de Políticas Públicas pela Universidade de São Paulo (USP). Concluiu a escola de verão do Summer Institute do Berkman Klein Center for Internet & Society, na Universidade Harvard, programa educacional focado em políticas inclusivas para o desenvolvimento de Inteligência Artificial. Analista de informação e coordenadora da pesquisa TIC Kids Online Brasil do Centro Regional de Estudos para o Desenvolvimento da Sociedade da Informação (Cetic.br), departamento do Núcleo de Informação e Coordenação do Ponto BR (NIC.br), ligado ao Comitê Gestor da Internet no Brasil (CGI.br).

É inegável que o avanço das tecnologias digitais e a sua adoção intensiva nas diferentes esferas da sociedade representam uma oportunidade concreta para impulsionar o desenvolvimento socioeconômico e promover o bem-estar. Em contrapartida, as implicações dessa adoção para o direito à privacidade e a proteção aos dados pessoais têm ganhado maior relevância no debate público, em especial quando se trata de crianças e adolescentes.

Sabemos que as tecnologias digitais estão promovendo transformações profundas em várias dimensões da vida de crianças e adolescentes. Estudar, fazer trabalhos escolares, pesquisar, conversar com amigos e familiares, interagir com pessoas, realizar compras, ler e assistir notícias, filmes e vídeos, entre outros, são atividades cada vez mais mediadas por dispositivos digitais conectados à Internet. No Brasil, o número de crianças e adolescentes que usa a Internet tem crescido significativamente nos últimos anos, passando de 79% da população de 9-17 anos em 2015 para 89% em 2019 – o que corresponde a cerca de 24 milhões de indivíduos nessa faixa etária.⁷

Com a pandemia de Covid-19 – dada a necessidade de medidas de distanciamento social e a adoção emergencial do ensino remoto –, as tecnologias de informação e comunicação passaram a ter ainda maior relevância no cotidiano de crianças e adolescentes. Entre os usuários de Internet com 16 anos ou mais, 82% acompanhou aulas ou atividades remotas durante a pandemia (CGI.br, 2020). Nesse contexto, é inegável

⁷ Pesquisa realizada pelo Centro Regional de Estudos para o Desenvolvimento da Sociedade da Informação – Cetic.br do Núcleo de Informação e Coordenação do Ponto .br - NIC.br. NIC.BR - NÚCLEO DE INFORMAÇÃO E COORDENAÇÃO DO PONTO BR. TIC Kids Online Brasil 2019: pesquisa sobre o uso da internet por crianças e adolescentes no Brasil. São Paulo: Comitê Gestor da Internet no Brasil (CGI.br), 2020. Disponível em: https://cetic.br/media/docs/publicacoes/2/20201123093344/tic_kids_online_2019_livro_eletronico.pdf.

o papel da Internet para a promoção de oportunidades, seja na educação, inovação, entretenimento, trabalho, no desenvolvimento tecnológico e econômico e no acesso à informação e comunicação.

Estudos e pesquisas na área, contudo, também descrevem riscos e danos potenciais para a vida dos jovens em decorrência do acesso e do uso da Internet. Em uma categorização atualizada dos riscos digitais, Livingstone e Stoilova⁸ agrupam tais desafios em quatro dimensões: “conteúdo”, “contato”, “conduta” e “contrato”. A primeira delas considera a exposição de crianças a conteúdos potencialmente prejudiciais; o segundo (o contato e interação) potencialmente prejudicial com adultos na rede e o terceiro a possibilidade de a criança testemunhar, participar ou ser vítima de condutas prejudiciais (como é o caso de *Bullying*). Além disso, em decorrência da maior repercussão da coleta e processamento de dados pessoais para fins comerciais, a classificação de riscos passou a incorporar o risco de “contrato”, que considera o potencial envolvimento ou exploração comercial de crianças e adolescentes no ambiente digital. Em um ecossistema digital baseado na coleta e processamento de grandes volumes de dados, por meio das mais diferentes plataformas digitais, a utilização de dados pessoais pode atingir patamares indesejáveis e violar o direito à privacidade.

O volume de dados gerados pelo uso de plataformas digitais é gigantesco e, seguramente, se tornou um dos principais ativos econômicos das grandes empresas da área. A coleta, o armazenamento e o processamento desses dados permitem conhecer de forma detalhada informações sobre seus usuários: suas preferências, suas redes de contato, perfis de consumo,

⁸ LIVINGSTONE, S.; STOILOVA, M. The 4Cs: Classifying Online Risk to Children. (CO:RE Short Report Series on Key Topics). Hamburg: Leibniz-Institut für Medienforschung | Hans-Bredow-Institut (HBI); CO:RE - Children Online: Research and Evidence, 2021. <https://doi.org/10.21241/ssoar.71817>

interesses, etc. Diante desse novo cenário, cresce a necessidade de que sejam adotadas medidas para proteger o direito à privacidade, considerada direito fundamental dos indivíduos.

A despeito da centralidade que os dados pessoais assumem no contexto atual, a maioria dos adultos ainda desconhece quais e de que forma seus dados são tratados, bem como subestimam os riscos e prejuízos que podem advir da captura e uso de dados. Entre crianças e adolescentes – que são seres em crescimento e desenvolvimento físico, cognitivo e psicossocial – a percepção sobre o tema ainda é difusa. Em 2019, o Cetic.br/NIC.br, em parceria com o Unicef Brasil e a SaferNet Brasil, conduziram dois *workshops* sobre Inteligência Artificial (IA) com crianças e adolescentes entre 12 e 19 anos, em Manaus (AM) e em São Paulo (SP). Entre os riscos mencionados sobre a participação *on-line* dessa população e a interação com sistemas de IA, destacam-se as preocupações sobre o uso e o armazenamento de dados pessoais, a falta de clareza acerca da responsabilização de atores estratégicos e o receio de terem suas informações vazadas.⁹

As crianças e os adolescentes, como qualquer outro indivíduo, são titulares de direitos. No entanto, por serem seres em desenvolvimento e em condição de vulnerabilidade, requerem uma proteção ainda maior. A presença dessa população no ambiente *on-line* presume a existência de um arcabouço legal e jurídico que garanta a devida atenção e proteção quanto ao uso que crianças e adolescentes fazem da Internet e ao tratamento de seus dados pessoais.

⁹Os workshops conduzidos no Brasil foram parte das consultas globais com especialistas em IA, infância e direitos digitais e com crianças, realizadas pelo UNICEF, com o apoio do governo da Finlândia, para a elaboração do Guia de Política para Inteligência Artificial e Infância. Para mais informações acesse: UNICEF - Office of Global Insight & Policy AI for children. 2021. Disponível em: <https://www.unicef.org/globalinsight/featured-projects/ai-children>.

No Brasil, a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD – Lei nº 13.709/18)¹⁰ passou a disciplinar a proteção dos dados pessoais tratados tanto no meio digital quanto no físico. A lei dedicou um capítulo exclusivo para as normas referentes ao tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes, o que demonstra a importância de se considerar a maior vulnerabilidade dessa população no que se refere à capacidade de compreensão e consentimento sobre o uso de seus dados, bem como, as maiores implicações de vigilância, uma vez que estarão mais expostas ao longo da vida.

A LGPD, em conjunto com o Marco Civil da Internet (MCI – Lei nº 12.965/14)¹¹, regulamentou questões sobre segurança, privacidade, obrigações aos diversos agentes de tratamento, garantia de princípios e, especialmente, trouxe autodeterminação aos titulares dos dados pessoais e suas informações.

No caso de crianças e adolescentes, o uso de dados pessoais é ainda mais preocupante, pois permite conhecer preferências, perfis de consumo, interesses, estado de saúde e outras tantas informações que podem ser danosas para esses seres em início da vida, uma vez que os dados podem ser utilizados de forma a prejudicá-los ou para influenciar e manipular o seu comportamento e conduta. Por exemplo, isso pode ocorrer a partir da criação de um perfil (*data profiling*) que associe a um jovem atos e comportamentos futuros, podendo acarretar a perda de uma oportunidade de emprego, a discriminação na seleção de uma bolsa de estudos, dentre outros.

¹⁰ BRASIL. Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm.

¹¹ BRASIL. Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Brasília. 2014. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm.

A coleta e o acesso a dados pessoais de crianças e adolescentes evidencia a preocupação relativa à salvaguarda do direito à privacidade, cujo exercício se vê ameaçado diante da exposição e dos riscos que podem causar aos jovens.

Essa preocupação foi absorvida pela LGPD, que em seu artigo 1º dispõe sobre a obrigatoriedade de *proteger* os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural e ainda, em seu artigo 14, preceitua que o tratamento dos dados de crianças e adolescentes deve ser realizado em seu *melhor interesse*. Ou seja, diante do cenário em que temos crianças e adolescentes cada vez mais conectados, a LGPD, em plena consonância com o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA – Lei nº 8.069/90)¹², com a Constituição Federal do Brasil e também a com a Convenção sobre os Direitos das Crianças¹³, assegurou que o tratamento de dados de crianças e adolescentes deva ocorrer sempre no que for melhor para eles e equilibrado com outros interesses.

IMPLEMENTAÇÃO DA LGPD COM FOCO NO MELHOR INTERESSE DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES

Além de garantir o *melhor interesse* no tratamento de dados de crianças e adolescentes, a LGPD também prevê a necessidade de consentimento específico e em destaque por pelo menos um dos pais ou responsáveis legais para o tratamento de dados de crianças. Vale observar que, por algum motivo, a Lei não incluiu adolescentes nessa previsão.

¹² BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 16 jul. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm#art266. Acesso em: 11 março. 2021.

Diante dos notáveis avanços propiciados pela LGPD para a consolidação de um marco legal específico, surge o desafio do efetivo cumprimento dos termos da Lei e a proteção dos dados pessoais de crianças e adolescentes na prática. No ambiente *on-line* torna-se difícil garantir a real identificação de quem realiza o consentimento no momento da coleta dos dados de crianças e adolescentes, tanto que a LGPD, já prevendo essa dificuldade, exige que sejam realizados todos os esforços para verificar que esse consentimento tenha sido realizado pelos responsáveis e não pelo jovem.

Isso é ainda mais crítico na medida em que crianças e adolescentes acessam a Internet a partir de diferentes dispositivos (computadores de mesa, tablet, celular, dentre outros), inclusive compartilhados entre membros da mesma família. Segundo dados da edição de 2019 da pesquisa TIC Kids Online Brasil, quase a totalidade de crianças e adolescentes usuários de Internet (95%) acessaram a rede por meio do telefone celular e mais da metade dessa população (58%) acessou a rede exclusivamente pelo telefone celular (CGI.br, 2020).

Em situações como essa, espera-se a atuação incisiva da Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD)¹⁴ para a efetiva proteção de dados pessoais de crianças e adolescentes. Isso pode ocorrer por meio da emissão de esclarecimentos e atos normativos detalhados sobre o assunto, sugerindo e exemplificando métodos aceitáveis e eficientes para cumprimento dos citados requisitos e garantindo a proteção efetiva no tratamento de dados de crianças e adolescentes.

¹⁴ A criação de uma autoridade nacional independente responsável por regular e fiscalizar o cumprimento da (LGPD) estava prevista no texto original da LGPD. Em julho de 2019 é sancionado o texto que prevê a criação da ANPD (Lei nº 13.853, de 8 julho de 2019).

Enquanto não há ainda orientações advindas da ANPD, é possível ter como referência boas práticas indicadas por regulamentações estrangeiras, em especial o COPPA (*Children's Online Privacy Protection Act*), normativa dos Estados Unidos que, desde 2000, trata da proteção de dados de crianças na Internet. A *Federal Trade Commission* (FTC), órgão responsável pela regulamentação do COPPA, estabeleceu alguns mecanismos para a obtenção do que eles denominaram "consentimento parental". Essas medidas incluem: a notificação do titular do cartão de crédito/débito vinculado ao dispositivo utilizado para o cadastro ou compra *on-line*, fornecimento de número de telefone para que o responsável possa ligar gratuitamente para um central e conceder o consentimento, a coleta do consentimento do responsável via videoconferência; dentre outros mecanismos.¹⁵

A LGPD também replica a preocupação que já existia no Estatuto da Criança e do Adolescente, referente à observação das diferenças no estágio de desenvolvimento físico e intelectual desses jovens. Isso vale não somente para o devido consentimento por parte de um responsável para o tratamento de seus dados, mas também por exigir que as informações sobre o tratamento dos dados sejam transmitidas de **maneira simples, clara e acessível, inclusive com uso de recursos audiovisuais**, para fornecer informações necessárias aos pais ou ao responsável legal e para possibilitar o adequado entendimento da criança e do adolescente sobre as informações disponibilizadas.

¹⁵Para maiores informações, esses mecanismos estão disponíveis em FEDERAL TRADE COMMISSION. Children's Online Privacy Protection Rule: A Six-Step Compliance Plan for Your Business. Step 4: Get Parents' Verifiable Consent Before Collecting Personal Information from Their Kids. Disponível em: <https://www.ftc.gov/tips-advice/business-center/guidance/childrens-online-privacy-protection-rule-six-step-compliance#step4>.

DEFENDER O MELHOR INTERESSE DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES PARA ALÉM DO QUE ESTABELECE A LEI

Imprescindível garantir que a LGPD seja cumprida quando do tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes, mas também que os jovens desenvolvam habilidades para o **pensamento crítico** quanto ao tratamento de seus dados pessoais e para a **promoção e utilização ética, responsável e segura da Internet**. Uma sociedade composta por jovens estimulados, seja em casa pelos pais ou na escola pelos professores, a ter um julgamento reflexivo sobre o uso de seus dados pessoais e hábitos decorrentes do ambiente digital, possibilitará a efetivação da cultura da proteção dos dados pessoais para as próximas gerações.

A promoção do pensamento crítico sobre o tratamento de dados pessoais entre crianças e os adolescentes – sobretudo por conta de sua vulnerabilidade em decorrência do estágio de desenvolvimento que se encontram – devem contar com a **mediação**, conscientização e orientação **pelos familiares** quanto ao uso seguro, consciente e responsável da Internet. A mediação do uso da rede por pais e responsáveis, assim como toda a família, é fator crítico para evitar o fornecimento de dados e informações pessoais desnecessariamente ou permitir a utilização de dados com finalidades potencialmente prejudiciais aos jovens.

Porém, a mediação parental, muitas vezes fica limitada, uma vez que pais, mães e responsáveis se sentem incapacitados para a mediação devido à percepção de maior habilidade dos filhos para o uso instrumental da Internet. A falta de habilidade dos pais/responsáveis quanto ao uso da Internet também é percebida por seus filhos/tutelados. Isso é evidenciado na pesquisa TIC Kids Online Brasil 2019, que aponta que 29% das crianças e adolescentes entre 9 e 17 anos ajudam todos

os dias ou quase todos os dias seus pais a usarem a Internet. A pesquisa também aponta que 68% acreditam que sabem mais sobre a Internet que seus pais.

Adicionalmente, convém ressaltar que a responsabilidade para assegurar o tratamento adequado de dados de crianças e adolescentes não está sob a alçada exclusiva da família. **O Estado também desempenha papel fundamental** na proteção de crianças e adolescentes na Internet, cabendo a implementação de políticas públicas para o estímulo ao pensamento crítico e para a capacitação na garantia da privacidade e proteção aos dados pessoais e para o uso seguro, consciente e responsável da Internet. Isso pode ocorrer, por exemplo, por meio do acréscimo de atividades no currículo escolar para a reflexão sobre a importância da privacidade e proteção de dados pessoais e para o uso seguro da Internet, fomentando o debate entre educadores e jovens em relação ao assunto.

Segundo dados da pesquisa TIC Educação 2019, 51% dos alunos de escolas urbanas afirmam que seus professores já os ensinaram como usar a Internet de um jeito seguro e 40% que seus professores falaram sobre o que fazer caso alguma coisa os incomodasse na Internet. Em 2019, 57% dos professores de escolas públicas e 75% dos professores de escolas particulares localizadas em áreas urbanas afirmaram ter buscado, nos 12 meses anteriores à realização da pesquisa, por cursos, debates e palestras sobre formas de orientar os alunos sobre o uso

seguro das tecnologias, proporções que eram de 54% e 66% em 2018.¹⁶

Apesar dos dados coletados com alunos e professores evidenciarem o interesse pelo tema nas atividades educacionais, a realização de iniciativas conduzidas pela escola a respeito do uso seguro, responsável e crítico das tecnologias ainda não está plenamente disseminada. Em 2019, 26% dos diretores de escolas públicas urbanas afirmaram que a instituição ofereceu debates, palestras ou cursos sobre o tema, proporção que foi 50% entre as escolas particulares. Tanto em escolas públicas quanto particulares, houve maior oferta de iniciativas direcionadas aos professores – 31% do total de escolas urbanas – do que aos outros funcionários da escola (25%), aos alunos (22%) e aos pais e responsáveis (9%).

Outro ator fundamental na disseminação do uso seguro, responsável e consciente da Internet e para estimular o pensamento crítico nos jovens sobre a proteção de seus dados é a cooperação das empresas. Nesse sentido, é necessário que o setor empresarial adote práticas mais transparentes em suas políticas e termos de uso sobre o tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes, para que se contenha a coleta inapropriada e o uso inadequado desses dados. Aqui também evidencia o papel essencial de atuação pela ANPD, assegurando os direitos dos titulares de dados e fiscalizando o cumprimento da LGPD pelo setor empresarial em todo o território nacional.

¹⁶ NIC.br. NIC.BR - NÚCLEO DE INFORMAÇÃO E COORDENAÇÃO DO PONTO BR. TIC Educação 2019: pesquisa sobre o uso das tecnologias de informação e comunicação nas escolas brasileiras. São Paulo: Comitê Gestor da Internet no Brasil (CGI.br), 2020. Disponível em: <https://www.cetic.br/pt/publicacao/pesquisa-sobre-o-uso-das-tecnologias-de-informacao-e-comunicacao-nas-escolas-brasileiras-tic-educacao-2019/>.

As empresas, por possuírem um papel de extrema relevância para o desenvolvimento econômico e social, devem se apoderar da obrigação coletiva de tratar crianças e adolescentes com prioridade absoluta e nos ditames da LGPD. Dessa forma, garantir-lhes os direitos a elas inerentes e agir sempre em seu melhor interesse e com transparência, clareza e respeito, inclusive no tratamento de dados pessoais, por mais atrativo e lucrativo que isso seja.

CONCLUSÃO

Os pontos destacados neste capítulo nos possibilitam concluir que inúmeras oportunidades surgem em decorrência do acesso e uso da Internet por crianças e adolescentes. Em contrapartida, o uso cada vez mais intenso da rede também aumenta consideravelmente o volume de dados pessoais gerados e tratados.

Apesar da responsabilidade sobre a proteção de dados de nossos jovens aparentar estar difusa e apartada, a sociedade e o Estado têm por obrigação cuidar e implementar melhores ações e práticas para o tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes.

A falta de cuidado com o tema da privacidade e proteção de dados pessoais de crianças e adolescentes poderá acarretar riscos e prejuízos concretos aos jovens, que por estarem no início da vida e ainda em estágio de pleno desenvolvimento, podem ter seus direitos essenciais para o seu pleno desenvolvimento em sociedade violados, acarretando-lhes perdas efetivas e consequências potencialmente desastrosas.

Cabe, portanto, a todos nós – incluindo a família, as empresas, as instituições de ensino e o Governo – adotarmos estratégias tanto para a plena proteção de dados pessoais de

crianças e adolescentes, como também para a instrução de nossos jovens para o estímulo ao pensamento crítico quanto à privacidade e proteção de dados e para o uso seguro, consciente e responsável da Internet.

Importante destacar que essa responsabilidade compartilhada já há muito é prevista no ECA ao estabelecer que é dever da família, comunidade, sociedade e poder público assegurar, com prioridade absoluta, a efetivação de todos os direitos das crianças e adolescentes. E, ainda, que a LGPD, em plena consonância com o ECA e o MCI, garante que o tratamento de dados de crianças e adolescentes deve ser realizado em seu melhor interesse, ou seja, sempre observando o que for melhor para nossos jovens.

Por isso, é necessário reconhecer o papel fundamental dos pais, mães e responsáveis, para que estes exerçam a parentalidade e a mediação de seus filhos com responsabilidade, instruindo-os sobre a importância da privacidade e proteção aos dados pessoais. Igualmente advém a fundamental atuação das instituições de ensino que podem contribuir para a capacitação dos jovens nesse sentido e para a promoção de debates dentro e fora dos muros escolares.

Não só as famílias e escolas contribuirão para a garantia efetiva da privacidade e proteção aos dados pessoais, mas também as empresas terão papel fundamental em assegurar e proteger, na realização de suas atividades, a privacidade e a proteção de dados pessoais de crianças e adolescentes. Atores do setor privado devem garantir que o tratamento desses dados seja realizado no melhor interesse dos nossos jovens e agindo com transparência quanto ao que é feito com esses dados.

E, por fim, vem o papel do Estado em implementar políticas públicas para a efetiva disseminação do uso consciente,

responsável e seguro da Internet e para o estímulo à implementação da cultura da proteção de dados em toda à sociedade. Igualmente é o que se espera da ANPD que, além de fiscalizar o cumprimento da LGPD, deverá proferir recomendações para que toda a população seja estimulada a agir na proteção de dados pessoais de crianças e adolescentes e assegurar a sua privacidade.

Para que a proteção e o tratamento adequado de dados de crianças e adolescentes seja efetiva, para além dos avanços no marco legal, é necessária a implementação de políticas públicas monitoradas e avaliadas continuamente, assim como é imprescindível uma ação coordenada de todos, incluindo a sociedade e o Estado.

(OVER)SHARENTING: A SUPEREXPOSIÇÃO DA IMAGEM E DOS DADOS DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES NA INTERNET E OS INSTRUMENTOS DE TUTELA PREVENTIVA E REPRESSIVA

*Filipe Medon*¹⁷

1. NOTAS INTRODUTÓRIAS: OS CASOS DE SUPEREXPOSIÇÃO GANHAM O MUNDO

“Um bebê público”: é assim que o escritor Paulo Rezzutti intitula o capítulo relativo aos primeiros dias de vida do segundo Imperador do Brasil, que de acordo com o boletim médico publicado no “Diário Fluminense” de 2 de dezembro de 1825, possuía ao nascer medidas lineares de 23 polegadas e 1/4 de comprimento, além de 6 polegadas e 3/4 de extensão de um a outro ombro. Revelado à corte numa almofada de cetim, Pedro de Alcântara seria ainda apresentado oficialmente à Câmara e ao Senado, além do batizado, que, segundo um cronista da época, teria sido o mais rico espetáculo até aquele momento.¹⁸ Passados quase 200 anos do nascimento real, o humorista e influenciador digital Whindersson Nunes divulga em suas redes sociais fotos posando com a mãe de seu filho ao lado de uma televisão com a imagem da primeira ultrassonografia do

¹⁷ Doutorando e Mestre em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Professor Substituto de Direito Civil na Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ) e de cursos de Pós-Graduação do Instituto New Law, PUC-Rio, ITS-Rio, ESA-OAB/RJ, CEPED-UERJ, EMERJ, CEDIN e do Curso Trevo. Membro da Comissão de Proteção de Dados e Privacidade da OAB-RJ e do Instituto Brasileiro de Estudos de Responsabilidade Civil (IBERC). Pesquisador em Gustavo Tepedino Advogados. Advogado. Instagram: @filipe.medon.

¹⁸ REZZUTTI, Paulo. D. Pedro II: a história não contada. São Paulo: LeYa, 2019, pp. 26-36.

nascituro.¹⁹ E o que aproxima o filho de Whindersson do filho de Dom Pedro I? A superexposição da imagem e dos dados desde o nascimento e até antes dele.

Apesar dos exemplos caricatos, o fenômeno, que tem sido designado ora como *sharenting*, ora como *oversharenting*, tem gerado cada vez mais repercussão, chegando ao Judiciário de diversos países do mundo, como é o caso de Portugal, Itália, Holanda, França e até mesmo do Brasil, como se analisará ao longo do presente artigo. Na Itália, por exemplo, um filho de 16 anos processou a mãe por postar fotos suas sem o seu consentimento, sendo a genitora condenada pelo Tribunal de Roma à exclusão do conteúdo, com possibilidade da aplicação de multa de 10 mil euros em caso de reincidência.²⁰ No mesmo país, o Tribunal de Mantova estabeleceu ainda “que, no caso de casais divorciados, deverá existir concordância entre as duas partes com relação ao conteúdo que é exposto nas redes sociais.”²¹ Baseando-se na necessidade de consenso entre genitores, o Tribunal Distrital de Haia, a pedido do pai, condenou uma mãe a remover de forma permanente todo o conteúdo de suas redes sociais em que seus filhos menores eram retratados, impondo uma série de restrições e limitações, como o critério quantitativo

¹⁹ WHINDERSON e Maria Lina mostram ultrassom do filho: “1ª foto em família”. Quem. [s.l.]. 4 fev. 2021. Disponível em: <https://revistaquem.globo.com/QUEM-News/noticia/2021/02/whindersson-e-maria-lina-mostram-ultrassom-do-filho-1-foto-em-familia.html>. Acesso em: 3 abr. 2021.

²⁰ POSTAR foto de filhos sem autorização gera multa na Itália. ANSA Brasil. [s.l.]. 9 jan. 2021. Disponível em: http://ansabrasil.com.br/brasil/noticias/brasil/tecnologia/2018/01/09/postar-foto-de-filhos-sem-autorizacao-gera-multa-na-italia_21c25b09-f5d1-417a-b994-2669ca32fd78.html. Acesso em 04 abr. 2021.

²¹ POSTAR foto de filhos sem autorização gera multa na Itália. ANSA Brasil, cit.

de somente publicar em redes sociais privadas com menos de 250 seguidores.²²

E a razão para a repercussão crescente do tema é simples: o fenômeno da superexposição dos dados e da imagem de crianças e adolescentes pode ter consequências e impactos gravíssimos em diversos aspectos do desenvolvimento dessas pessoas especialmente vulneráveis, com repercussões sensíveis para direitos da personalidade como a privacidade, a imagem, a honra, além da proteção aos dados pessoais e da intimidade, caso se entenda que estes dois últimos não se encontram abrangidos pela privacidade.

A fim de contextualização, pesquisa realizada pela Avast em fevereiro de 2020, com mais de 500 pais e mães brasileiros, trouxe ao debate público dados como aquele de que “33% dos entrevistados informaram já ter publicado uma foto do seu filho menor de idade, sem pedir sua permissão e sem nenhum tipo de restrição que impeça a identificação da criança”²³ e de que “apenas 29% dos entrevistados possuem perfis em redes sociais, mas nunca compartilharam nenhuma imagem de seus filhos.”²⁴

Diante disso, a grande discussão que se trava ao redor do mundo diz respeito aos instrumentos de tutela que podem ser conferidos para inibir ou reparar os efeitos deletérios dessa superexposição, que contrapõe a liberdade de expressão dos genitores e a autoridade parental a direitos

²² ECLI: NL: RBDHA: 2018: 13105. Disponível em: <https://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:RBDHA:2018:13105>. Acesso em 10 abr. 2021.

²³ LIMA, Renato. Sharenting: brasileiros expõem filhos na web sem entender riscos. Tecmundo. [s.l.] 19 abr. 2020. Disponível em: <https://www.tecmundo.com.br/seguranca/152219-sharenting-brasileiros-expoem-filhos-web-entender-riscos.htm>. Acesso em 30 jun. 2020.

²⁴ LIMA, Renato. Sharenting: brasileiros expõem filhos na web sem entender riscos, cit.

da personalidade dos filhos, com especial atenção ao seu melhor interesse. No Brasil, debate-se, por exemplo, se a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais disporia de instrumentos suficientemente fortes para lidar com este compartilhamento excessivo de dados de crianças e adolescentes pelos pais. Frise-se, desde já, que o objeto da presente análise recai sobre a disfuncionalidade, isto é, sobre o compartilhamento desproporcional. Essa, como se verá, é a nota distintiva para a nomenclatura que se propõe a adotar para a definição do fenômeno: *oversharenting* ou *sharenting*? Além disso, investigar-se-á como o Brasil pode avançar, tanto na criação de políticas públicas para a educação digital, como no estabelecimento de medidas preventivas por parte das plataformas para minorar os impactos lesivos desse problema mundial.

2. O QUE É O (OVER)SHARENTING?

O fenômeno tornou-se conhecido pelo neologismo *sharenting*, que deriva da junção das palavras de língua inglesa *share* (compartilhar) e *parenting* (cuidar, exercer a autoridade parental),²⁵ consistindo, em apertada síntese, “no hábito de pais ou responsáveis legais postarem informações, fotos e dados dos menores que estão sob a sua tutela em

²⁵ EBERLIN, Fernando Büscher von Teschenhausen. SHARENTING, LIBERDADE DE EXPRESSÃO E PRIVACIDADE DE CRIANÇAS NO AMBIENTE DIGITAL: o papel dos provedores de aplicação no cenário jurídico brasileiro. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, [s.l.], v. 7, n. 3, p. 256-273, 6 fev. 2018. Centro de Ensino Unificado de Brasília. <http://dx.doi.org/10.5102/rbpp.v7i3.4821>, p. 258.

aplicações de internet”.²⁶ ²⁷ Tamanha foi a popularidade do assunto, que o termo que o designa chegou a ser definido pelo Dicionário Collins como “a prática de um pai/mãe de usar regularmente as mídias sociais para comunicar grande quantidade de informação detalhada acerca de sua criança.”²⁸ Trata-se, como se pode notar, de exercício disfuncional da liberdade de expressão e da autoridade parental dos genitores, que acabam minando direitos da personalidade de seus filhos nas redes sociais.

O papel dos pais, que, por mandamento constitucional, deveria ser orientar e proteger os filhos dos perigos do ambiente digital, pode acabar se tornando, na prática, de algum modo lesivo a eles, na medida em que expõem exageradamente a imagem e os dados de sua prole na rede, o que, no futuro,

²⁶ “A prática consiste no hábito de pais ou responsáveis legais postarem informações, fotos e dados dos menores que estão sob a sua tutela em aplicações de internet. O compartilhamento dessas informações, normalmente, decorre da nova forma de relacionamento via redes sociais e é realizado no âmbito do legítimo interesse dos pais de contar, livremente, as suas próprias histórias de vida, da qual os filhos são, naturalmente, um elemento central. O problema jurídico decorrente do sharenting diz respeito aos dados pessoais das crianças que são inseridos na rede mundial de computadores ao longo dos anos e que permanecem na internet e podem ser acessados muito tempo posteriormente à publicação, tanto pelo titular dos dados (criança à época da divulgação) quanto por terceiros.” (EBERLIN, Fernando Büscher von Teschenhausen. *Sharenting, liberdade de expressão e privacidade de crianças no ambiente digital*, cit., p. 258).

²⁷ Ver mais em: BESSANT, Claire. *Sharenting: balancing the conflicting rights of parents and children*. *Communications Law*, vol. 23, n. 1, 2018. Ed. Bloomsbury Professional, pp. 7-24.

²⁸ “This kind of activity is called sharenting and has been defined by Collins Dictionary as ‘the practice of a parent to regularly use the social media to communicate a lot of detailed information about their child’ (Sharenting, as cited in: Collins Dictionary).” (BROSCH, Anna. *When the child is born into the internet: sharenting as a growing trend among parents on facebook*. *The New Educational Review*, [s.l.], v. 43, n. 1, p. 225-235, 31 mar. 2016. Wydawnictwo Adam Marszałek. <http://dx.doi.org/10.15804/tner.2016.43.1.19>, p. 226).

pode ter impactos não só de privacidade e segurança, como, também, na saúde.²⁹ Segundo relatório da UNICEF publicado em 2017, a falta de consciência por parte dos pais quanto ao que postam sobre seus filhos pode acabar causando danos ao bem-estar das crianças a longo prazo, notadamente em relação à construção da identidade pessoal e à busca por colocações no mercado de trabalho.³⁰

Como afirma Fernando Büscher von Teschenhausen Eberlin, um dos grandes desafios relacionados ao tema da proteção de dados e da privacidade de crianças é justamente:

a exposição excessiva de suas informações pessoais, que pode dificultar sua inserção social. Informações médicas, dados sobre crianças que cometem crimes e infrações, dados sobre abusadores de crianças, informações sobre desempenho escolar, processos de adoção e guarda e tantas outras devem ser protegidas, já que a sua exposição descontrolada pode gerar consequências importantes na vida da criança quando adulta, impactando suas possibilidades e comportamento. Também deve haver algum controle sobre as situações de exposição pública de fatos de caráter privado (como vídeos e fotos colocados na internet por terceiros), em que não existe nenhum tipo de interesse público e muito menos interesse da criança de dar publicidade ao fato.³¹

E o que fazer quando são os pais que vulneram as informações de crianças e adolescentes na Internet, externalizando dados

²⁹ STEINBERG, Stacey B. Sharenting: children's privacy in the age of social media. *Emory Law Journal*, [s.l.], vol. 66, p. 839-884, 2017, p. 866.

³⁰ UNICEF. *The State of the World's Children 2017: children in a digital world*. [s.l.]: Unicef, 2017. Disponível em: <https://www.unicef.org/reports/state-worlds-children-2017>. Acesso em: 20 nov. 2020.

³¹ EBERLIN, Fernando Büscher von Teschenhausen. *Direitos da Criança na Sociedade da Informação: ambiente digital, privacidade e dados pessoais*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 130.

sobre os filhos que não deveriam escapar da esfera doméstica? Como se afirmou na introdução, é preciso considerar inicialmente, que, como adverte Stacey Steinberg, a esmagadora maioria dos pais que compartilha essas informações pessoais de seus filhos não quer ignorar o bem-estar destes, nem o faz por não se importar com o seu desenvolvimento e oportunidades futuras: os genitores simplesmente ainda não despertaram para a importância de seus papéis no ambiente tecnológico³² e os perigos de uma parentalidade que se revele irresponsável e negligente.

Outrossim, cada vez mais se reconhece que também existem aspectos positivos relacionados a esse compartilhamento de informações na Internet. Isso porque, como apontam Alicia Blum-Ross e Sonia Livingstone, além de fazer bem aos pais, essa prática pode beneficiar a comunidade.³³ É o que esclarece Stacey Steinberg:

Families can harness the power of social media to connect with others, to get help when they are struggling, to raise awareness

³² STEINBERG, Stacey B. Sharenting: children's privacy in the age of social media, cit., p. 867.

³³ BLUM-ROSS, Alicia; LIVINGSTONE, Sonia. "Sharenting," parent blogging, and the boundaries of the digital self. *Popular Communication*, [s.l.], v. 15, n. 2, p. 110-125, 3 abr. 2017. Informa UK Limited. <http://dx.doi.org/10.1080/15405702.2016.1223300>. No mesmo sentido, comenta Stacey Steinberg: "Social media offers us the space to express, the network to connect, and the power to greatly impact our world. When the popular group Humans of New York shared stories from a renowned pediatric cancer doctor, donations rolled in to support his work, raising millions of dollars for pediatric cancer research. When families started pouring ice water on their heads as part of the "ALS Ice Bucket Challenge," families all over the globe learned about amyotrophic lateral sclerosis, also known as Lou Gehrig's disease. And when same-sex couples across the country fought in the court system for marriage equality, many took to social media to share their own personal narrative, shifting societal discourse on a crucial social justice issue." (STEINBERG, Stacey. *Growing up shared: how parents can share smarter on social media – and what you can do to keep your Family safe in a no-privacy world*. Naperville: Sourcebooks, 2020, p. 43).

*for medical issues – including mental health – affecting their children, and to change the narrative when advocating for social change. In order to do this, parentes must be vulnerable, and often they must make tough choices about what, and how much, information to share about their children. Vulnerability. It is a powerful word. Social media helps us amplify our vulnerability. It allows us to share our struggles, to bear witness to one another's pain. But it also creates a place where real change happens, not only because our voices our loud, but because our voice – our vulnerability – is authentic.*³⁴

Nota-se, portanto, que o compartilhamento pode fazer bem aos pais³⁵, à comunidade e, eventualmente, também às crianças. É por isso que parte da doutrina conclui que o fenômeno que se busca combater não seria exatamente o *sharenting*, mas o *oversharenting*,³⁶ na medida em que a utilização da primeira expressão poderia carregar a conotação indesejada de que toda forma de compartilhamento seria ruim, quando, em verdade, o que se busca coibir é o excesso irrefletido e prejudicial. O problema, com efeito, não estaria na exposição, mas na superexposição. Dito diversamente, os problemas surgem quando o compartilhamento realizado pelos pais resulta em embaraços e riscos para a saúde e a segurança das crianças e adolescentes, que passam a crescer com uma noção tão limitada de privacidade, que o fato de tudo estar disposto aos olhos do público parece normal a eles. Isso contribuiria, segundo Anna Brosch, para reforçar a noção de que a ideia de privacidade está desaparecendo.³⁷

³⁴ STEINBERG, Stacey. Growing up shared, cit., p. 44.

³⁵ Para mais, recomenda-se: HOLTZ, Bree; SMOCK, Andrew; REYES-GASTELUM, David. Connected Motherhood: Social Support for Moms and Moms-to-Be on Facebook. *Telemedicine and e-Health* 21, nº. 5, 2015, pp. 415-421.

³⁶ STEINBERG, Stacey. Growing up shared, cit., p. 28.

³⁷ BROSCH, Anna. When the Child is Born into the Internet, cit., p. 227-233.

São numerosos os riscos dessa prática: do sequestro e roubo de identidade, passando pelo assédio de pedófilos³⁸ e chegando à coleta de dados pessoais que poderão ser utilizados em desfavor daquela pessoa em desenvolvimento quando da idade adulta, por meio de mecanismos automatizados de decisão ancorados em Inteligência Artificial. Ressalta-se ainda o perigo da adultização e hipersexualização precoce, como se teve a oportunidade de discutir amplamente em outra sede.³⁹ Em suma, são danos atuais e futuros, tanto médicos e reputacionais, como eventualmente patrimoniais e profissionais.

Veja-se, a título de exemplificação, o risco que decorre da prática daquilo que se convencionou designar “roubo de identidade”, que ocorre a partir de fotos e dados pessoais dos menores facilmente obtidas *online*. As “crianças são vistas como alvo em potencial para esse tipo de roubo porque, como passam anos da infância sem precisar de determinados documentos, de pedidos de conta bancária ou crédito financeiro, elas podem ter suas informações usadas ilegalmente por muito tempo sem que isso seja detectado.”⁴⁰ Segundo relatório de 2018 do banco britânico Barclays, estima-se “que ‘mais uma década de pais que compartilham excesso de informações pessoais online’

³⁸ FISCHER, Max; TAUB, Amanda. Pesquisa de Harvard acusa algoritmo do YouTube de alimentar pedofilia. *Jornal O Globo*, 03 jun. 2019. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/sociedade/pesquisa-de-harvard-acusa-algoritmo-do-youtube-de-alimentar-pedofilia-23714288>. ; <https://oglobo.globo.com/economia/tecnologia/para-conter-pedofilia-youtube-remove-comentarios-em-videos-com-criancas-23489621>. Acesso em 08 ago. 2019.

³⁹ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; MEDON, Filipe. A hipersexualização infanto-juvenil na internet e o papel dos pais: liberdade de expressão, autoridade parental e melhor interesse da criança. *No prelo*.

⁴⁰ IDOETA, Paula Adamo. ‘Sharenting’: quando a exposição dos filhos nas redes sociais não é necessariamente algo ruim. *BBC News Brasil*, 13 jan. 2020. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/salasocial-51028308>. Acesso em 30 jun. 2020.

produzirá 7,4 milhões de incidentes de fraude de identidade até 2030.”⁴¹

Como se destacou no já mencionado relatório da UNICEF, esta atuação irrefletida dos pais quanto ao compartilhamento desproporcional pode ferir a reputação da criança, além de criar resultados potencialmente sérios em uma realidade socioeconômica em que o histórico *online* dos indivíduos é constantemente analisado, o que pode representar, por exemplo, restrições ao crédito, seguradoras e prestadoras de serviço.⁴² Em relação aos dados pessoais, Pedro Hartung, Isabella Henriques e Marina Pita sublinham os múltiplos impactos e problemas sociais para o bem-estar individual e social que podem advir do processamento de dados de crianças e adolescentes, a saber: “(i) a ameaça à integridade física, psíquica e moral por contatos maliciosos de terceiros; (ii) a hiperexposição de dados pessoais e discriminação; (iii) a modulação e manipulação de comportamento; e (iv) a microssegmentação da prática abusiva e ilegal da publicidade

⁴¹ IDOETA, Paula Adamo. ‘Sharenting’: quando a exposição dos filhos nas redes sociais não é necessariamente algo ruim, cit.

⁴² “Parents oversharing information about their children is nothing new. However, today’s digital lifestyle can take it to a new level, turning parents into “potentially the distributors of information about their children to mass audiences.” Such ‘sharenting’, which is becoming more and more common, can harm a child’s reputation. It can create potentially serious results in an economy where individuals’ online histories may increasingly outweigh their credit histories in the eyes of retailers, insurers and service providers. Parents’ lack of awareness can cause damage to a child’s well-being when these digital assets depict a child without clothing, as they can be misused by child sex offenders. It can also harm child well-being in the longer term by interfering with children’s ability to self-actualize, create their own identity and find employment.” (UNICEF. The State of the World’s Children, 2017, cit.).

infantil"⁴³ que passa a ser mais direcionada para as crianças a partir dos perfis de consumo gerados pelo tratamento de seus dados coletados.

Ainda segundo estes autores:

a hiperexposição indevida desses dados pessoais coletados e processados relativos a educação, saúde, comportamento, gostos e desejos – inclusive dados sensíveis ligados a biometria, genética, religião, opinião política, filosófica ou dados referentes à saúde ou à vida sexual – pode, inclusive, servir de base para discriminação em processos de admissão em trabalho, educação e contratação de planos de saúde. A hiperexposição indesejada de dados pessoais pode comprometer, assim, o desenvolvimento sadio desses indivíduos no presente, por gerar mais estresse e ansiedade no indivíduo e na família, mas também no futuro, em função do ‘rastros digital’ dessas informações e do mau uso por empresas de saúde, contratação e seleção de profissionais, ou processos seletivos de educação, além do impacto em sua reputação.⁴⁴

Ademais, como recorda Stacey Steinberg, corre-se ainda o risco de que haja uma captura da narrativa da vida do infante, que se vê atrelado às pegadas digitais deixadas por seus pais em seu nome na Internet,⁴⁵ de modo que a construção da sua

⁴³ HARTUNG, Pedro; HENRIQUES, Isabella; PITA, Marina. A proteção de dados pessoais de crianças e adolescentes. In: DONEDA, Danilo; MENDES, Laura Schertel; SARLET, Ingo Wolfgang; RODRIGUES JR., Otavio Luiz; BIONI, Bruno (coords). Tratado de Proteção de Dados Pessoais. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 203.

⁴⁴ HARTUNG, Pedro; HENRIQUES, Isabella; PITA, Marina. A proteção de dados pessoais de crianças e adolescentes, cit., p. 204.

⁴⁵ “[W]ith each parental disclosure, a bit of the child’s life story is no longer left for the child to tell under her own terms. Equally important to the right of the child to one day narrate her own story, is the child’s right to choose never to share the information at all” (STEINBERG, Stacey B. Sharenting: children’s privacy in the age of social media, cit., p. 877).

identidade virtual, que tem sensíveis reflexos na sua identidade pessoal e na sua autodeterminação, estaria umbilicalmente ligada não à narrativa feita pelo infante, mas àquela construída por terceiros: seus pais.

Contrapostos a estes perigos está o exercício regular da autoridade parental e da liberdade de expressão dos genitores. Para ilustrar tal conflito, pode-se recorrer a caso julgado pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo no ano de 2020,⁴⁶ em que um pai divorciado, por si e em representação do filho menor, ingressou com ação judicial em face da mãe da criança, pleiteando a remoção de uma postagem que esta fez no Facebook sem sua autorização, expondo a doença TEA (transtorno do espectro autista) que acometia a criança. Na ocasião, o pai alegou que deveria ter sido consultado pela mãe, já que a guarda é compartilhada, de modo que a outra genitora não poderia ter publicado uma foto e um texto sobre a criança abordando a sua doença sem o seu consentimento, pois isso violaria a intimidade e a vida privada do menor.

⁴⁶ "ILEGITIMIDADE DE PARTE. PROVEDOR DE CONTEÚDO. FACEBOOK. POSTAGEM EM REDE SOCIAL. CONFORME O MARCO CIVIL DA INTERNET, O PROVEDOR DE APLICAÇÃO NÃO É RESPONSÁVEL PELO CONTEÚDO GERADO POR TERCEIROS, SOMENTE RESPONDENDO CIVILMENTE QUANDO, APÓS ORDEM JUDICIAL, DEIXAR DE REMOVER O CONTEÚDO. ILEGITIMIDADE RECONHECIDA. RECURSO DESPROVIDO. DIREITO DE IMAGEM. POSTAGEM, PELA MÃE, EM REDE SOCIAL, ACERCA DA DOENÇA DE SEU FILHO (AUTISMO). CONTRARIEDADE DO PAI. NÃO CABIMENTO. EMBORA SE DEVA EVITAR A SUPEREXPOSIÇÃO DOS FILHOS EM REDES SOCIAIS, PRIVILEGIANDO A PROTEÇÃO À IMAGEM E À INTIMIDADE DO INCAPAZ, NECESSÁRIO BALIZAR TAIS DIREITOS FUNDAMENTAIS COM A LIBERDADE DE EXPRESSÃO DA GENITORA. POSTAGEM QUE NÃO OFENDE OU DESMORALIZA O INFANTE. TEOR DO TEXTO PUBLICADO QUE DEMONSTRA PREOCUPAÇÃO E AFETO COM O MENOR. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO." (grifos no original) (TJSP; Apelação Cível 1015089-03.2019.8.26.0577; Relator (a): Vito Guglielmi; Órgão Julgador: 6ª Câmara de Direito Privado; Foro de São José dos Campos - 6ª Vara Cível; Data do Julgamento: 13/07/2020; Data de Registro: 13/07/2020).

Como descreve o relator, Desembargador Vito Guglielmi, a mãe havia publicado em sua página no Facebook “um texto em primeira pessoa, em que narra e descreve suas percepções, sentimentos e emoções acerca do diagnóstico de autismo de seu filho. Junto à postagem, foi anexada uma foto da criança, sentada em um balanço a frente do que parece ser uma lagoa.”⁴⁷

Mantendo a improcedência da primeira instância, o acórdão inicialmente versou sobre a resignificação da autoridade parental, que não se traduz em poder ilimitado, uma vez que “encontra limites no melhor interesse da criança e do adolescente, e que a exposição exagerada ou desnecessária do menor pode ser prejudicial ao seu desenvolvimento.”⁴⁸ No entanto, no caso concreto dos autos, entendeu-se que a conduta da genitora não tivera o condão de gerar “qualquer ofensa capaz de macular a imagem da criança, sendo, em verdade, produto da própria liberdade de expressão, previsto no art. 5º, IV da Constituição Federal.”⁴⁹

Nas palavras do relator:

Pelo teor do texto publicado, pode-se perceber uma mãe, preocupada com o diagnóstico de autismo do filho, relatando, de forma emotiva, a descoberta da moléstia e a confusão de sentimentos que se seguiu. Percebe-se, nitidamente, que não houve qualquer mácula à imagem do menor. Pelo contrário, nota-se uma mãe preocupada com o filho que tanto ama,

⁴⁷ TJSP; Apelação Cível 1015089-03.2019.8.26.0577; Relator (a): Vito Guglielmi; Órgão Julgador: 6ª Câmara de Direito Privado; Foro de São José dos Campos - 6ª Vara Cível; Data do Julgamento: 13/07/2020; Data de Registro: 13/07/2020.

⁴⁸ TJSP; Apelação Cível 1015089-03.2019.8.26.0577; Relator (a): Vito Guglielmi; Órgão Julgador: 6ª Câmara de Direito Privado; Foro de São José dos Campos - 6ª Vara Cível; Data do Julgamento: 13/07/2020; Data de Registro: 13/07/2020.

⁴⁹ TJSP; Apelação Cível 1015089-03.2019.8.26.0577; Relator (a): Vito Guglielmi; Órgão Julgador: 6ª Câmara de Direito Privado; Foro de São José dos Campos - 6ª Vara Cível; Data do Julgamento: 13/07/2020; Data de Registro: 13/07/2020.

compartilhando seus sentimentos na rede social, em busca de afeto, reconhecimento e identificação.⁵⁰

Como se pode notar, na ponderação realizada no caso concreto, acabou-se atribuindo maior peso à liberdade de expressão da genitora, pois a sua postagem não teria possuído a capacidade de ofender a imagem ou a privacidade da criança. Ocorre que parece ter escapado à percepção do Tribunal de Justiça que os impactos de uma postagem como a que foi objeto de seu escrutínio não se restringem apenas à mácula à imagem, transbordando-se também para a proteção aos dados pessoais sensíveis da criança, que teve informações sobre sua doença escancaradas em detalhes na Internet. A pergunta que se deveria fazer em casos como este é: será que a criança, se fosse capaz de se manifestar, concordaria com a exposição de um dado pessoal que eventualmente pode ser utilizado em seu desfavor no futuro?

Solução distinta foi aquela adotada pelo Tribunal da Relação de Évora em Portugal, em acórdão que data de junho de 2015 e cuja discussão residia em saber se haveria fundamento legal e factual para o Tribunal impor a obrigação dos genitores se absterem de divulgar fotografias ou informações que permitam identificar a filha nas redes sociais.⁵¹

No acórdão lusitano, entendeu-se que a obrigação de proteger o direito à imagem e à “reserva da vida privada” dos filhos é uma obrigação tão natural dos pais quanto a de garantir o sustento, a saúde e a educação. Na literalidade da decisão:

⁵⁰ TJSP; Apelação Cível 1015089-03.2019.8.26.0577; Relator (a): Vito Guglielmi; Órgão Julgador: 6ª Câmara de Direito Privado; Foro de São José dos Campos - 6ª Vara Cível; Data do Julgamento: 13/07/2020; Data de Registro: 13/07/2020

⁵¹ Secção Cível do Tribunal da Relação de Évora, Proc.º n.º 789/13.7TMSTB-B. E1 (Apelação – 2ª Secção), Relator Bernardo Domingos, 25/06/2015. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtre.nsf/134973db04f39bf2802579bf005f080b/7c52769f-1dfab8be80257e830052d374?OpenDocument&Highlight=0,redes,sociais>.

Na verdade, os filhos não são coisas ou objectos pertencentes aos pais e de que estes podem dispor a seu belo prazer. São pessoas e consequentemente titulares de direitos. Se por um lado os pais devem proteger os filhos, por outro têm o dever de garantir e respeitar os seus direitos. É isso que constituiu o núcleo dos poderes/deveres inerentes às responsabilidades parentais e estas devem ser sempre norteadas, no «superior interesse da criança», que se apresenta, assim, como um objectivo a prosseguir por todos quantos possam contribuir para o seu desenvolvimento harmonioso: os pais, no seu papel primordial de condução e educação da criança; as instituições, ao assegurar a sua tutela e o Estado, ao adoptar as medidas tendentes a garantirem o exercício dos seus direitos e a sua segurança. Quanto ao perigo adveniente da exposição da imagem dos jovens nas **redes sociais**, as organizações internacionais e os Estados têm manifestado crescente preocupação porquanto é sabido que muitos predadores sexuais e pedófilos usam essas **redes** para melhor atingirem os seus intentos. Com o intuito de combater tal flagelo têm sido aprovados diversos instrumentos jurídicos internacionais, de que se salientam os referidos pelo MP, na sua resposta. (grifos no original)⁵²

E após elencar uma série de instrumentos normativos nacionais, comunitários e internacionais, alertou-se para os perigos do compartilhamento desses dados na Internet:

Todos estes textos normativos apontam para um perigo sério e real adveniente da divulgação de fotografias e informações de menores nas **redes sociais**, susceptíveis de expor de forma severa e indelével, a privacidade e a segurança dos jovens e das crianças, e que se fundamentam designadamente nos

⁵² Secção Cível do Tribunal da Relação de Évora, Proc.º n.º 789/13.7TMSTB-B. E1 (Apelação – 2ª Secção), Relator Bernardo Domingos, 25/06/2015. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtre.nsf/134973db04f39bf2802579bf005f080b/7c52769f-1dfab8be80257e830052d374?OpenDocument&Highlight=0,redes,sociais>.

seguintes factos: 1. O exponencial crescimento das **redes sociais** nos últimos anos e a partilha de informação pessoal aí disponibilizada, sobretudo pelos adolescentes (gostos, locais que frequentam, escola, família, morada, números de telefone, endereço de correio electrónico) suportam a antevisão de que os que desejam explorar sexualmente as crianças recolham grandes quantidades de informação disponível e seleccionemos seus alvos para realização de crimes, utilizando para o efeito identidades fictícias e escondendo-se através do anonimato e do “amigo do amigo” que as **redes sociais** as podem oferecer. 2. Os mais jovens, movidos pela curiosidade, são especialmente vulneráveis e incautos (por inexperiência de vida), susceptíveis de serem facilmente atraídos para uma situação de exploração sexual, sem consciência do significado e consequências dos seus comportamentos. Efectivamente, perante menores pouco informados dos perigos existentes no Ciberespaço contrapõem-se **redes** internacionais de produtores, comerciantes e coleccionadores de imagens de crianças com conteúdo sexual, muitas vezes ligados ao crime organizado». (grifos no original)⁵³

Concluiu o Tribunal que, diante desse quadro, a imposição aos pais de um dever de abstenção da divulgação de fotografias ou informações que permitam identificar a filha nas redes sociais mostrar-se-ia “adequada e proporcional à salvaguarda do direito à reserva da intimidade da vida privada e da protecção dos dados pessoais e sobretudo da segurança da menor no Ciberespaço, face aos direito de liberdade de expressão e

⁵³ Secção Cível do Tribunal da Relação de Évora, Proc.º n.º 789/13.7TMSTB-B. E1 (Apelação – 2ª Secção), Relator Bernardo Domingos, 25/06/2015. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtre.nsf/134973db04f39bf2802579bf005f080b/7c52769f-1dfab8be80257e830052d374?OpenDocument&Highlight=0,redes,sociais>.

proibição da ingerência do Estado na vida privada dos cidadãos, no caso a mãe da criança.”⁵⁴

Não se pretende nesta análise tão sucinta buscar atribuir razão a uma ou outra decisão (até porque não se tem acesso ao quadro fático), mas tão somente destacar os fundamentos adotados em ambas, já que a eleição destes se mostrou decisiva para o resultado diametralmente oposto dos julgados.

Em comum, ressalta-se que ambas as decisões provêm de conflitos entre genitores quanto ao exercício da autoridade parental. De fato, casos como este são cada vez mais numerosos e evidenciam que situações envolvendo este fenômeno da superexposição só costumam chegar às portas do Judiciário quando há discordância com relação a esse exercício, resolvendo-se a disputa na forma do parágrafo único do artigo 1.631 do Código Civil. Fora dessas hipóteses, vislumbra-se também os casos em que há excesso tão notável, que Conselhos Tutelares e Ministério Público se mobilizam e acabam promovendo a judicialização, como corrido no caso “Bel para Meninas”.

O episódio é alusivo ao canal no YouTube com mais de 7,6 milhões de inscritos⁵⁵ da adolescente “Bel”, cuja mãe registra desde a infância seu dia a dia com a irmã. A repercussão do caso, no entanto, se deu por conta de exposições vexatórias da imagem da menor nos vídeos. Há cenas em que “a mãe faz a filha lambar uma mistura de leite com bacalhau, comer um sabonete como se fosse picolé, e quebra um ovo na cabeça

⁵⁴ Secção Cível do Tribunal da Relação de Évora, Proc.º n.º 789/13.7TMSTB-B. E1 (Apelação – 2ª Secção), Relator Bernardo Domingos, 25/06/2015. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtre.nsf/134973db04f39bf2802579bf005f080b/7c52769f-1dfab8be80257e830052d374?OpenDocument&Highlight=0,redes,sociais>.

⁵⁵ Disponível em: < <https://www.youtube.com/c/Belparameninas/about> > Acesso em 25 jan. 2021.

da menina.”⁵⁶ Em uma delas, Bel começa a vomitar e a mãe parece obrigá-la a continuar a gravação.

O assunto já vinha causando polêmica há algum tempo e gerou até a *hashtag* #SalveBelParaMeninas, que virou *trending topic* no Twitter, após circular na rede uma série de vídeos em que a menor é visivelmente constrangida a realizar atos vexatórios. A mãe ainda é acusada de infantilizar a menina nos vídeos do canal, que gera renda para toda a família:⁵⁷ “só o livro Segredos da Bel para Meninas, lançado em 2016, vendeu mais de 100.000 exemplares.”⁵⁸ Não tardou para que o caso chegasse ao Judiciário: segundo reportagem da Revista Veja, após inúmeras denúncias, o Conselho Tutelar fez duas visitas à residência da família e elaborou parecer para o Ministério Público. O relatório cita as expressões “exposição vexatória e degradante”.⁵⁹ Em seguida, os pais da menina foram obrigados num primeiro momento, por decisão judicial, a retirar do ar todos os vídeos do canal “Bel para Meninas”, que, juntos, somavam mais de 2 bilhões de visualizações.

Nos Estados Unidos da América, destaca-se o episódio conhecido como “*DaddyOfive*”, relativo ao canal do YouTube

⁵⁶ “Bel para meninas”: quando o bullying vem dos pais: crianças expostas a situações constrangedoras podem sofrer desde baixa autoestima a tentativa de suicídio. In: *Veja* Rio, 29 jun. 2020. Disponível em: <https://vejario.abril.com.br/blog/manual-de-sobrevivencia-no-seculo-21/bullying-pais/>. Acesso em 30 jun. 2020.

⁵⁷ REMOÇÃO de vídeos e análise do MP: avanços do caso “Bel para Meninas”. *Veja*. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/blog/veja-gente/justi%C3%A7a-determina-a-remocao-de-todos-os-videos-do-canal-bel-para-meninas/>. Acesso em 29 mai. 2020.

⁵⁸ BATISTA JR., João. A polêmica do canal ‘Bel para Meninas’: “Exposição vexatória e degradante”. *Veja*, 22 mai. 2020. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/blog/veja-gente/a-polemica-do-canal-bel-para-meninas-exposicao-vexatoria-e-degradante/>. Acesso em 30 jun. 2020.

⁵⁹ BATISTA JR., João. A polêmica do canal ‘Bel para Meninas’: “Exposição vexatória e degradante”, cit.

sinônimo por meio do qual Mike Martin, pai de cinco crianças, postava vídeos com “pegadinhas” envolvendo os filhos. Ocorre que, tal como ocorrido no caso brasileiro, questionou-se que os vídeos traziam cenas de abuso físico ou psicológico do pai e da madrasta em face dos filhos.⁶⁰ Tamanha foi a repercussão do caso, que Martin chegou a perder a guarda de duas das cinco crianças e o canal foi deletado, apesar da alegação do genitor de que, em sua maioria, os vídeos seriam combinados com as crianças ou até mesmo falsos.⁶¹

Examinados esses casos, pode-se apontar para importante conclusão: a superexposição não vitima apenas crianças que se tornam famosas. Quer isso dizer, embora os efeitos desta prática se tornem mais perceptíveis quando os casos ganham a mídia, a superexposição também pode ocorrer de maneira silenciosa. Ilustrativamente, pense-se que tal qual o conto de João e Maria, os pais vão deixando, a cada dia e sem que percebam, migalhas de dados pessoais de seus filhos na rede. No entanto, não são os filhos que vão seguir tais rastros, mas provavelmente algoritmos que manipularão seus dados no presente e no futuro.

Como é notório, dados coletados hoje poderão vir a formar os perfis daquelas pessoas em desenvolvimento e de forma às vezes irreversível, dada a dificuldade em se exercer

⁶⁰ BBC News Brasil. Os pais que submetiam seus filhos a pegadinhas no YouTube – e perderam a guarda de dois deles. BBC News Brasil, 3 mai. 2017. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-39790875>. Acesso em: 10 abr. 2021.

⁶¹ BELCHER, Sara. DaddyOfive’s Mike and Heather Martin Were Driven off the Internet After Child Abuse Claims. Distractify, 06 mai. 2020. Disponível em: <https://www.distractify.com/p/daddyofive-now>. Acesso em 10 abr. 2021.

o arrependimento no futuro.⁶² E se técnicas de perfilização (*profiling*)⁶³ a partir de dados pessoais já são perigosas para adultos, o que dizer da análise de dados que podem ser coletados desde a mais tenra infância⁶⁴, e que poderão ser utilizados para as mais diversas finalidades no futuro? Como exercer o controle desses dados? Com efeito, “o risco de manipulação e classificação desses menores deve ser combatido para que, no exercício de seu direito à privacidade, eles possam ser livres para escolher serem eles mesmos, consumir o que bem entenderem e trilhar suas trajetórias livremente.”⁶⁵

A grande verdade é que essa superexposição revela o conflito entre bens jurídicos: “o direito à privacidade das crianças, o direito à liberdade de expressão dos pais, de manifestar o seu

⁶² SCHREIBER, Anderson. Marco Civil da Internet: Avanço ou Retrocesso? A Responsabilidade Civil por Dano derivado do Conteúdo Gerado por Terceiro. pp. 22-26 Disponível em: <http://sdls.com.br/uploads/files/2018/06/artigo-marco-civil-internet-1529497697.pdf>. Acesso em 13 ago. 2019

⁶³ “(...) a elaboração de perfis de comportamento de uma pessoa a partir de informações que ela disponibiliza ou que são colhidas. Esta técnica, conhecida como *profiling*, pode ser aplicada a indivíduos bem como estendida a grupos. Nela, os dados pessoais são tratados, com o auxílio de métodos estatísticos, técnicas de inteligência artificial e outras mais, com o fim de obter uma “*metainformação*”, que consistiria numa síntese dos hábitos, preferências pessoais e outros registros da vida desta pessoa. O resultado pode ser utilizado para traçar um quadro das tendências de futuras decisões, comportamentos e destinos de uma pessoa ou grupo.” (DONEDA, Danilo. Da privacidade à proteção de dados pessoais, Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 173).

⁶⁴ “O desafio é grande, principalmente porque as crianças e os adolescentes atuais são a primeira geração cujos dados estão armazenados desde o nascimento, razão pela qual o cuidado tem que ser maior, em face da própria novidade do tema.” (TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RETTORE, Anna Cristina de Carvalho. A autoridade parental e o tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes. In: TEPEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana; OLIVA, Milena Donato (coords.). Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas repercussões no Direito Brasileiro. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 517.)

⁶⁵ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RETTORE, Anna Cristina de Carvalho. A autoridade parental e o tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes, cit., p. 517.

contentamento com os filhos e com a sua vida junto a eles perante as redes sociais, e o direito-dever dos pais de cuidar de seus filhos e decidir o que é mais conveniente, em termos de vida digital, no melhor interesse da criança.”⁶⁶ Há de se acrescentar, ainda, eventualmente, o interesse da comunidade. Fato é que diante de situações mais graves e limítrofes, é indubitoso que o direito dos pais deverá ceder, cabendo até mesmo, após esgotadas outras vias menos gravosas, a atuação investigativa e repressora do Ministério Público e dos Conselhos Tutelares, como foi feito no paradigmático caso “Bel Para Meninas”.

Como advertem Benjamin Shmueli e Ayelet Blecher-Prigat, “o principal papel e responsabilidade dos pais é proteger seus filhos”.⁶⁷ Uma exposição incontrolada e irrefletida da imagem, dos dados e informações faz exatamente o oposto: vulnera, em vez de proteger. No fundo, quando se discute o *(over)sharenting*, o que se investiga, em verdade, são os limites da autoridade parental em face das novas tecnologias, especialmente das redes sociais.

Nessa direção, Stacey Steinberg pontua, acertadamente, que os pais atuam a um só tempo como os *gatekeepers* e os *gate openers* dos dados dos filhos,⁶⁸ isto é, a eles, em decorrência do exercício da autoridade parental, é dado o poder de decidir sobre as questões de privacidade dos filhos, incumbindo a supervisão e o controle, além do próprio consentimento que deles se exige por força do §1º do artigo 14 da LGPD. Mas ao

⁶⁶ EBERLIN, Fernando Büscher von Teschenhausen. Direitos da Criança na Sociedade da Informação. cit., p. 131.

⁶⁷ No original: “To be sure, the primary role and responsibility of parents is to protect their children.” (SHMUELI, Benjamin; BLECHER-PRIGAT, Ayelet. Privacy for children. Columbia Human Rights Law Review, vol. 42, p. 761).

⁶⁸ STEINBERG, Stacey. Growing up shared, cit., p. xi.

mesmo tempo, os pais também abrem esse “portão”, quando divulgam os dados dos filhos.

E o processo de constitucionalização do Direito, com forte incidência sobre o Direito de Família, fez com que o então chamado “pátrio poder”⁶⁹ deixasse de ser tutelado como valor em si mesmo, sendo concebido, antes, como um poder-dever, isto é, um poder familiar/autoridade parental, cujo exercício, de igual hierarquia entre homem e mulher, deve ser compatibilizado com outros princípios do ordenamento, sobretudo o melhor interesse da criança e do adolescente.

É assim que, descrito o fenômeno e verificado que a autoridade parental não é um poder ilimitado, chega-se à segunda etapa da investigação: quais seriam os melhores remédios para combater esta superexposição?

3. INSTRUMENTOS PREVENTIVOS E REPRESSIVOS

À luz do cenário brasileiro, a primeira questão que surge é saber se a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais é capaz de dar conta, por si só, do fenômeno. E a resposta pode ser dada desde já: não. É preciso buscar o diálogo das fontes, integrando o Código Civil, o Estatuto da Criança e do Adolescente, bem como outros instrumentos normativos, tendo a Constituição da República e sua tábua axiológica como matriz agregadora e uniformizadora.

⁶⁹ “Contemplado pelo Código Civil de 1916 sob a designação de pátrio poder, o instituto refletia a orientação hierarquizada e patriarcal que enxergava no pai o chefe da família, submetendo ao seu comando e arbítrio os filhos. O pátrio poder fincava raízes no patria potestas dos romanos, ‘dura criação de direito despótico’, que se assemelhava a autêntico direito de propriedade sobre os filhos”. (SCHREIBER, Anderson. Manual de Direito Civil Contemporâneo. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 863).

A proteção de dados pessoais de crianças e adolescentes foi abarcada pela LGPD, que destaca já no *caput* do artigo 14, que o tratamento deverá ser realizado em seu melhor interesse, ressaltando no parágrafo primeiro do mesmo artigo que este tratamento deverá ser realizado com o consentimento específico e em destaque dado por pelo menos um dos pais ou pelo responsável legal da criança. “Dessa forma, o consentimento dado por sujeito fora do requisito legal ou pela própria criança não poderá ser admitido.”⁷⁰

A omissão do parágrafo primeiro quanto aos adolescentes gerou inquietação por parte da doutrina,⁷¹ que controverte quanto ao fato de a norma ter criado hipótese de capacidade

⁷⁰TEPEDINO, Gustavo; TEFFÉ, Chiara Spadaccini de. Consentimento e proteção de dados pessoais na LGPD. In: TEPEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana; OLIVA, Milena Donato (coords.). Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas repercussões no Direito Brasileiro. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 312.

⁷¹“(…) ao não mencionar o adolescente, pessoa entre 12 e 18 anos de idade, o §1º do art. 14 não deixou claro se o consentimento manifestado diretamente pelo mesmo e sem assistência ou representação deveria ser considerado plenamente 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. Ao que parece, o legislador pretendeu reconhecer a validade do consentimento expresso pelo adolescente. Tomando como base a realidade da utilização da Internet e das mídias sociais, que têm entre seus usuários legiões de adolescentes, é possível que tenha optado por considerar jurídica hipótese fática dotada de ampla aceitação social.” (TEPEDINO, Gustavo; TEFFÉ, Chiara Spadaccini de. Consentimento e proteção de dados pessoais na LGPD. In: TEPEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana; OLIVA, Milena Donato (coords.). Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas repercussões no Direito Brasileiro. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 313). Ainda tratando dessa omissão, Ana Carolina Brochado Teixeira e Anna Cristina Rettore sustentam que, tendo em vista a importância do consentimento para o uso de dados na vida de uma pessoa, “não é necessariamente certo que se deva admitir que a prestação de consentimento entre 12 e 18 anos de idade receba eficácia prescindindo totalmente da participação parental, sendo necessário repensar os termos da legislação nessa seara.” (TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RETTORE, Anna Cristina de Carvalho. A autoridade parental e o tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes, cit, p. 526).

especial.⁷² Por outro lado, observa-se na experiência europeia que o Regulamento Geral de Proteção de Dados da União Europeia (GDPR) seguiu outro caminho, ao prever em seu artigo 8º, nº. 1, que a autorização dos pais só é requerida até os 16 anos, ainda que os Estados-Membros possam dispor nos direitos internos uma idade inferior para esses efeitos, desde que essa idade não seja menor que os 13 anos.

Como se pode notar, a LGPD limitou-se a prever que caberá aos pais manifestar o consentimento para o tratamento dos dados pessoais de seus filhos menores, sem nada dispor sobre eventual excesso no compartilhamento desses dados ou quanto à possibilidade de arrependimento por parte dos filhos no futuro.

A esse respeito, por exemplo, legislou a França por meio da pioneira Lei nº. 2020-1266 de 19 de outubro de 2020, que regulamenta a atividade dos influenciadores digitais ou

⁷² FERNANDES, Elora; MEDON, Filipe. Proteção de crianças e adolescentes na LGPD: desafios interpretativos. No prelo.

youtubers mirins,⁷³ prevendo o direito dos menores de requerer diretamente às plataformas, sem exigência do consentimento de seus pais, a exclusão de seus vídeos, num mecanismo assemelhado a um direito ao esquecimento. A lei prevê, ainda, que as plataformas deverão adotar uma série de medidas para aperfeiçoar o combate à exploração comercial ilegal de imagens das crianças, além de obrigações de transparência e informação,

⁷³ “A partir da publicação da lei, a atividade das crianças menores de 16 anos em que tiverem sua imagem divulgada nas plataformas de vídeo on-line estarão regulamentadas pela lei. Assim, com o intuito de responder ao fenômeno crescente das “crianças youtubers”, a nova norma traz uma nova relação de trabalho e um novo enquadramento à atual forma de atividade envolvida em redes como Instagram, Facebook, TikTok e outros. De acordo com a norma, as crianças “influencers” terão sua atividade protegidas pelo código do trabalho exatamente como as previsões dirigidas às crianças que desempenham trabalhos nas mídias e canais de comunicação franceses, tais como, apresentadores de televisão, estrelas de novelas e cinema e modelos publicitários menores de 16 anos. Sendo assim, colocou-se fim, naquele país, em relação à discussão levantada pelas plataformas de que as atividades desenvolvidas por esses menores nas redes seriam momentos de legítimo lazer. Dessa forma, os pais ou responsáveis deverão demandar autorização individual perante a administração responsável do Estado para a vinculação de vídeos e conteúdos gerados pelos filhos em meio digital. Além disso, os responsáveis pela criança terão uma nova obrigação financeira perante a atividade dos infantes: com o advento da lei, a receita obtida pelos filhos através de sua atividade on-line deverá ser submetida à uma espécie de poupança federal (Caisse des Dépôts et consignations), ficando sob vigilância do Estado até que a criança atinja a maioridade ou ainda seja emancipada pelos pais. Na França, tais regras já são aplicadas às crianças que trabalham como atrizes e apresentadoras em mídias e canais de telecomunicações e são submetidas a fim de evitar que os pais usem o dinheiro da criança apenas em benefício próprio, assegurando, assim, o empenho correto dos valores recebidos. Além disso, com a maior vigilância do Estado sobre o desempenho dessas crianças on-line, outras questões pertinentes ao trabalho serão supervisionadas, tais como horários, duração de turnos, obrigações e outros aspectos das normas trabalhistas, impondo-se limites para que não haja prejuízo da vida escolar e de lazer da criança.” (DENSA, Roberta; DANTAS, Cecília. Regulamentação sobre o trabalho dos youtubers mirins na França e no Brasil. Migalhas, 01 dez. 2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-de-responsabilidade-civil/337127/regulamentacao-sobre-o-trabalho-dos-youtubers-mirins-na-franca-e-no-brasil>. Acesso em 03 abr. 2021).

buscando promover campanhas de sensibilização sobre a legislação e sobre as possíveis consequências da divulgação da imagem dos menores de dezesseis anos, alertando para os riscos psicofísicos que dela podem resultar.⁷⁴

A um só tempo, a França acerta duplamente, ao conjugar mecanismos repressivos com preventivos: estabelece a possibilidade de controle dos dados pelos seus verdadeiros titulares, trazendo a obrigação de exposição quanto aos riscos, além de regulamentar a atividade alçada praticamente a patamar profissional.

⁷⁴ "Article 4. Les services de plateforme de partage de vidéos adoptent des chartes qui ont notamment pour objet : 1° De favoriser l'information des utilisateurs sur les dispositions de nature législative ou réglementaire applicables en matière de diffusion de l'image d'enfants de moins de seize ans par le biais de leurs services et sur les risques, notamment psychologiques, associés à la diffusion de cette image ; 2° De favoriser l'information et la sensibilisation, en lien avec des associations de protection de l'enfance, des mineurs de moins de seize ans sur les conséquences de la diffusion de leur image sur une plateforme de partage de vidéos, sur leur vie privée et en termes de risques psychologiques et juridiques et sur les moyens dont ils disposent pour protéger leurs droits, leur dignité et leur intégrité morale et physique ; 3° De favoriser le signalement, par leurs utilisateurs, de contenus audiovisuels mettant en scène des enfants de moins de seize ans qui porteraient atteinte à la dignité ou à l'intégrité morale ou physique de ceux-ci ; 4° De prendre toute mesure utile pour empêcher le traitement à des fins commerciales, telles que le démarchage, le profilage et la publicité basée sur le ciblage comportemental, des données à caractère personnel de mineurs qui seraient collectées par leurs services à l'occasion de la mise en ligne par un utilisateur d'un contenu audiovisuel où figure un mineur ; 5° D'améliorer, en lien avec des associations de protection de l'enfance, la détection des situations dans lesquelles la réalisation ou la diffusion de tels contenus porteraient atteinte à la dignité ou à l'intégrité morale ou physique des mineurs de moins de seize ans qu'ils font figurer ; 6° De faciliter la mise en œuvre, par les mineurs, du droit à l'effacement des données à caractère personnel prévu à l'article 51 de la loi no 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés et d'informer ceux-ci, en des termes clairs et précis, aisément compréhensibles par eux, des modalités de mise en œuvre de ce droit." Disponível em: https://www.legifrance.gouv.fr/download/pdf?id=ZH19Uvg25Lf1wwmpeAODXB0La5rYk6ys5dm_FwTPZs=. Acesso em 04 abr. 2021.

Ainda que a legislação francesa regule hipóteses em que as crianças e adolescentes optam por se tornar influenciadores, as soluções lá adotadas podem servir de base para nortear os rumos da discussão acerca da superexposição realizada pelos pais, que pode ou não ser consentida pelos filhos. Em primeiro lugar, a legislação reforça a importância de convocar as plataformas a assumirem um papel de destaque no combate a este fenômeno, incluindo no seu próprio *design* alertas para os seus riscos. Em segundo lugar, garante às crianças o direito ao apagamento de seus dados.

Nessa direção, além de se conferir maior autonomia para as crianças e adolescentes, que passariam, eventualmente, a ter suas vozes ouvidas na forma de um poder de veto em face de seus pais de acordo com seu crescimento e maturidade, Stacey Steinberg defende a aplicação do direito ao esquecimento como alternativa viável para recuperar o controle da narrativa dos fatos e dos dados que dizem respeito à vida daquela pessoa.⁷⁵ Nessa mesma direção, Fernando Eberlin parece sugerir que semelhante direito poderia ser uma forma de assegurar a autodeterminação informativa:

Essa tensão entre a privacidade da criança, o seu melhor interesse e a liberdade de expressão dos pais pode causar conflitos entre pais e filhos no futuro, podendo-se imaginar um potencial direito das crianças, na idade adulta, exigirem que seja apagada das redes sociais e demais aplicações de internet toda a informação a seu respeito transmitida e armazenada ao longo da vida (não só pelos pais, mas também por terceiros como o colégio, amigos e familiares), sob o fundamento de que tais dados não foram transmitidos pelo seu titular e a

⁷⁵ STEINBERG, Stacey. Growing up shared, cit., p. 125-137.

sua manutenção em bases de dados, a contragosto, seria um desrespeito ao princípio da autodeterminação informativa.⁷⁶

A esse respeito, noutra sede, ao lado de Gustavo Tepedino, debateu-se sobre a possibilidade de se invocar o direito ao esquecimento como um dos instrumentos de repressão a este fenômeno, tendo-se concluído que:

Por certo, não há clareza quanto ao conteúdo deste direito no Brasil, nem se sabe o alcance e o espectro que se lhe podem ser conferidos. No entanto, especificamente com relação a esta superexposição de dados de crianças, há de ser assegurado ao indivíduo o direito de exercer o controle sobre a história de sua própria vida, como parte da construção da sua própria autodeterminação. Por vezes, esse processo de reconstrução depende do apagamento de dados e imagens que foram divulgadas por genitores ou terceiros sem o consentimento da criança ou do adolescente. Basta pensar que a pessoa pode não querer que seus recrutadores saibam que na sua infância ela portava alguma questão psiquiátrica ou comportamental que foi exposta por seus pais em algum fórum na *Internet*. Ou, ainda, que não queira que fotos postadas por seus pais revelem que um dia a menina já fora menino. O consentimento, portanto, parece representar papel central na definição da extensão a ser conferida a este direito.⁷⁷

Para além dessas hipóteses, revela-se imprescindível, também a atuação dos Conselhos Tutelares e do Ministério Público, sobretudo em casos extremos. Investigação, notificação, mediação e eventualmente judicialização são caminhos que

⁷⁶ EBERLIN, Fernando Büscher von Teschenhausen. Direitos da Criança na Sociedade da Informação, cit., p. 132.

⁷⁷ TEPEDINO, Gustavo; MEDON, Filipe. A superexposição de crianças por seus pais na internet e o direito ao esquecimento. No prelo.

inegavelmente podem e devem ser trilhados a depender do caso concreto.

Isso porque, como se tem procurado demonstrar, à luz das circunstâncias, pode-se verificar abuso no exercício da autoridade parental e na liberdade de expressão dos genitores, o que para alguns doutrinadores pode ser objeto até mesmo de responsabilização civil⁷⁸ e conduzir a medidas drásticas como a suspensão e a perda do poder familiar nos termos da legislação.

Nada obstante, é curioso imaginar que casos extremos parecem mais fáceis de serem resolvidos. O grande problema da superexposição está nas migalhas silenciosas, como visto. E, para esses casos, parece, neste momento, que somente a educação dos pais quanto aos riscos e a adoção de medidas pelas plataformas podem levar a resultados satisfatórios. Os Conselhos Tutelares, o Ministério Público e, em última análise, o Poder Judiciário não possuem olhos e braços para vigiar o excesso cometido diariamente por pais, mães e parentes anônimos. Aqui, o melhor caminho é “pensar antes de postar”, como defende Steinberg em obra especializada sobre a temática, por meio da qual sugere um guia das melhores práticas para compartilhar conteúdos na rede.⁷⁹

É preciso, portanto, lançar luzes sobre a condução de uma parentalidade responsável, que, funcionalizada ao melhor interesse dos filhos e cumprindo o “dever de fiscalização e

⁷⁸ A esse respeito, indica-se: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; MULTEDO, Renata Vilela. A Responsabilidade dos pais pela exposição excessiva dos filhos menores nas Redes Sociais: o fenômeno do sharenting. No prelo. Texto gentilmente cedido pelas autoras.

⁷⁹ STEINBERG, Stacey. Growing up shared, cit., p. 183-188.

educação que compõem o conteúdo da autoridade parental”⁸⁰, atue na sua emancipação, auxiliando-os na tomada de decisões, não mais como um censor com poder de vida e morte, mas como um membro do grupo familiar, com direitos e deveres.

Como se pode ver, na ponderação entre a autoridade parental, conjugada à liberdade de expressão dos genitores, e o arcabouço protetivo da criança e do adolescente na complexidade do ordenamento, aquela liberdade “nunca será justificativa para prática de *sharenting*, pois este direito constitucional, é individual e exclusivo de cada um, não sendo possível haver a extensão dos seus efeitos dessa liberdade para abranger os demais membros da família.”⁸¹ Urge, assim, refletir e considerar que a autoridade parental, marcada pela responsabilidade, pelo cuidado e pelo afeto no mundo físico, deve também ser transposta para o mundo virtual, diante dos riscos intensos de danos às pessoas dos filhos, que ainda estão em desenvolvimento e, por isso, apresentam ínsita vulnerabilidade.

CONCLUSÃO

Observou-se no presente artigo que o (*over*)*sharenting* consiste em fenômeno irrefreável, acarretando riscos, ao mesmo tempo em que se contrapõe ao compartilhamento sadio, que pode trazer benefícios para genitores, filhos e, até mesmo, para a comunidade. Contudo, a gravidade desses

⁸⁰ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RETTORE, Anna Cristina de Carvalho. A autoridade parental e o tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes, cit., p. 523.

⁸¹ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. NERY, Maria Carla Moutinho. Vulnerabilidade digital de crianças e adolescentes: a importância da autoridade parental para uma educação nas redes. In: EHRHARDT JR., Marcos; LOBO, Fabíola (orgs.). Vulnerabilidade e sua compreensão no direito brasileiro. Indaiatuba: Foco, 2021, p. 143.

riscos para direitos fundamentais das pessoas humanas em desenvolvimento reclama a necessidade de se pensar em instrumentos de tutela preventivos e repressivos à luz da legislação.

Como se pode avaliar, a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais não dá conta, por si só, da complexidade do fenômeno, devendo-se conjugá-la a diversas outras leis para se alcançar uma tutela integral das crianças e adolescentes, cujos dados são vilipendiados por seus pais, ainda que na esmagadora maioria dos casos, estes não tenham dimensão do poder lesivo do compartilhamento irrefletido e irresponsável que realizam.

Daí a necessidade de se promover campanhas de conscientização, chamando as plataformas para uma participação ativa no seu *design* para alertar quanto aos riscos desse fenômeno. Um simples *nudge* ou uma advertência, como o aviso “tem certeza de que quer postar esta foto contendo criança?” já poderia ser de grande valia, como as embalagens de cigarro que advertem para os riscos do consumo da droga lícita.

Em última análise, é papel das autoridades públicas e de toda a sociedade a criação de uma consciência coletiva quanto a esta prática que já bateu às portas do Poder Judiciário e parece reclamar, em alguma medida, também a atenção do Poder Legislativo. Fato é que, caso não haja uma mudança no cenário que se está construindo, os dados dos bebês que nascem poderão se tornar ainda mais públicos que os do último Imperador do Brasil.

IA NA EDUCAÇÃO: INOVAÇÃO OU VIGILÂNCIA?

*Priscila Gonsales*⁸²

*Charles Pimentel*⁸³

1. INTRODUÇÃO

Pioneira nas pesquisas e práticas com educação digital no Brasil, a pesquisadora Léa Fagundes, 91 anos completados em 2021, coordenou nos anos 80 uma das frentes da primeira política pública do Ministério da Educação (MEC) para a implementação de tecnologias da informação e comunicação nas escolas: o projeto Educom⁸⁴. Então coordenadora do Laboratório de Estudos Cognitivos (LEC) da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), Fagundes costumava destacar que “a simples presença das tecnologias não impede que o ensino tradicional, descontextualizado e hierárquico se

⁸² Priscila Gonsales é máster em Educação, Tecnologia e Família pela Pontifícia Universidade de Salamanca (Espanha), mestranda em Inteligência Artificial e Impactos Sociais na PUC-SP e professora na pós-graduação Formação Integral de Educadores no Instituto Singularidades. Diretora-fundadora do Instituto Educadigital, organização atuante desde 2010 em educação aberta associada à promoção dos direitos digitais. Pesquisadora da Cátedra UNESCO em EaD na Universidade de Brasília, é fellow Ashoka Empreendedores Sociais desde 2013 e selecionada como uma das Innovactoras Referentes del Siglo XXI em 2018.

⁸³ Charles Pimentel é professor de matemática do Polo Educacional Sesc no Rio de Janeiro, Mestre em Informática (Educação e Sociedade) pela UFRJ e Especialista em Tecnologias da Informação Aplicadas à Educação, também pela UFRJ. Pesquisador na área de ensino de inteligência artificial na educação básica, faz parte do FabLearn Fellow na Universidade de Columbia e é doutorando em Informática na UFRJ.

⁸⁴ VALENTE, J.A.; ALMEIDA, M.E.B. Políticas de tecnologia na educação no Brasil: Visão histórica e lições aprendidas. Arquivos Analíticos de Políticas Educativas, 2020. Disponível em <https://doi.org/10.14507/epaa.28.4295>. Acesso em 15 mar. 2021.

apodere delas como ‘ferramentas’ de reprodução dos modelos da sociedade industrial”⁸⁵.

O alerta da pesquisadora na época se apoiava nas vivências concretas de formação de professores e também no trabalho direto com alunos que apresentavam dificuldades de aprendizagem de leitura, escrita e cálculo⁸⁶ a partir da introdução da linguagem de programação LOGO. Desenvolvida pelo matemático e pesquisador Seymour Papert, do *Massachusetts Institute of Technology* (MIT)⁸⁷, a linguagem LOGO⁸⁸ tinha como objetivo promover o protagonismo dos estudantes no uso de computadores, incentivando a participação ativa no entendimento dos códigos de programação para poder planejar, decidir e implementar os movimentos da tartaruginha gráfica na tela.

As origens históricas da utilização de tecnologia no contexto educacional brasileiro foram marcadas por uma visão pedagógica ampla e integradora, na qual a inovação educativa não dependia da inserção do dispositivo tecnológico, mas sim do processo em que as atividades eram realizadas. Tecnologia não era vista como simples “ferramenta” ou “meio”

⁸⁵ FAGUNDES, L.C. Tecnologia e educação: a diferença entre inovar e sofisticar as práticas tradicionais. Revista Fonte, Belo Horizonte, Ano 5, p. 6-12, dez. 2008. Entrevista concedida à revista. Disponível em <https://www.prodemge.gov.br/revista-fonte/Publication/9-A-educacao-e-as-novas-tecnologias-digitais#page/6>. Acesso em 09 mar. 2021.

⁸⁶ MORAES, M.C. Informática educativa no Brasil: uma história vivida, algumas lições aprendidas. Revista Brasileira de Informática na Educação, v.1, n.1, 1997. Disponível em <https://www.br-ie.org/pub/index.php/rbie/article/view/2320/2082>. Acesso em 26 mar. 2021.

⁸⁷ MIT MEDIA LAB. Professor Emeritus Seymour Papert, Pioneer of Constructionist Learning, Dies at 88. Artigo no site, 2016. Disponível em <https://news.mit.edu/2016/seymour-papert-pioneer-of-constructionist-learning-dies-0801>. Acessado 18 de março de 2021.

⁸⁸ PAPERT, S. Logo: computadores e educação. São Paulo: Brasiliense, 1988.

de ensino, havia um entendimento do potencial emancipatório e progressivo da tecnologia como campo de pesquisa poderia trazer para a educação, perspectiva bastante influenciada por Piaget:

[...]a principal meta da educação é criar homens que sejam capazes de fazer coisas novas não simplesmente repetir o que outras gerações já fizeram. Homens que sejam criadores, inventores, descobridores. A segunda meta da educação é formar mentes que estejam em condições de criticar, verificar e não aceitar tudo que a elas se propõe.⁸⁹

A valorização da diversidade regional também esteve presente nas concepções, ou seja, em vez de impor um modelo único idêntico e centralizado, as políticas públicas pregressas se basearam em pesquisa acadêmica aplicada, totalmente vinculada à realidade da escola pública nas diversas regiões. Segundo Moraes, foi nesse contexto que “foram geradas as metodologias e não nos gabinetes ministeriais, permitindo que o projeto sobrevivesse em condições profundamente adversas, em termos financeiros. A comunidade participou de sua concepção, implementação, acompanhamento e avaliação.”⁹⁰

Essa visão disruptiva, no entanto, que poderia impulsionar transformações substanciais nas políticas e práticas educacionais subsequentes, vem se perdendo ao longo dos anos. Educação formal no século 21, com ou sem a presença de tecnologias digitais, ainda é sinônimo de separação do conhecimento em matérias específicas, padrão de atendimento de fábrica (em massa), salas de aula com carteiras enfileiradas, transmissão e

⁸⁹ PIAGET, J. O nascimento da inteligência na criança. 4. Ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1982, p. 246.

⁹⁰ MORAES, M.C. Informática educativa no Brasil: uma história vivida, algumas lições aprendidas. Revista Brasileira de Informática na Educação. cit. p.27

memorização de conteúdos como concepção de aprendizagem. Em paralelo, a propagação deslumbrada dos benefícios das tecnologias é vastamente difundida por empresas fornecedoras, superestimando aplicativos para a apreensão de conteúdos pelos alunos. É nesse cenário que se consolida e se dissemina o entendimento equivocado e limitado da tecnologia como um simples meio impulsionador do ensino. Cenário esse que, invariavelmente, tende a se propagar com a inteligência artificial (IA) que, atualmente, prospera devido à gigantesca disponibilidade dados, o *Big Data*⁹¹.

Por ser uma tecnologia que tem ampliado seu alcance em um curto espaço de tempo, com aplicações no marketing, na medicina, na engenharia, na política, em serviços relacionados a recursos humanos e financeiros e até em atividades de lazer, incluindo games e redes sociais, a natureza ubíqua da IA tem feito com que as pessoas interajam com a tecnologia de forma passiva, somente visualizando vantagens, sem avaliar, por exemplo, se há exposição da privacidade ou vigilância.

Nesse sentido, as aplicações de IA são frequentemente apontadas como potencializadoras para o ensino⁹², sem, no entanto, haver recomendações sobre a importância de buscar compreender a conjuntura atual na qual ela emerge. Apesar de ser um campo de estudo datado da década de 50⁹³, a IA na atualidade envolve múltiplas dimensões que precisam ser consideradas: sociais, econômicas, políticas e legais. Faz parte

⁹¹ KAUFMAN, D. A inteligência artificial irá suplantar a inteligência humana? Estação das Letras e Cores, 2019.

⁹² GAROFALO, D. Como a inteligência artificial pode colaborar com a sua aula. Nova Escola, 2019. Disponível em <https://novaescola.org.br/conteudo/18312/como-a-inteligencia-artificial-pode-colaborar-com-sua-aula>. Acesso em 29 de mar. 2021.

⁹³ O termo surge pela primeira vez durante o congresso de Dartmouth/EUA <http://www-formal.stanford.edu/jmc/history/dartmouth/dartmouth.html>

da formação humana e cidadã a aquisição do que Buzato destaca como *data literacy* (letramento em dados), “habilidade de compreender as práticas sociais baseadas na dataficação”,⁹⁴ especialmente diante de futuros emergentes e incertos⁹⁵.

Incerteza, aliás, é uma palavra bastante apropriada para o cenário marcado pelo enfrentamento da pandemia da COVID-19 em todo o mundo. Para a educação, o fechamento dos espaços físicos levou à necessidade de adotar ambientes digitais visando a manutenção das aulas de forma remota. Porém, a pesquisa TIC Educação 2019⁹⁶ apontou que somente 14% das escolas públicas brasileiras desenvolviam algum trabalho pedagógico utilizando plataformas virtuais antes da pandemia. A “solução” para o problema foi rapidamente aderir a serviços oferecidos por grandes plataformas comerciais que utilizam largamente IA e dados como modelo de negócio, como mostrou o levantamento⁹⁷ realizado pelos institutos Alana, Educadigital e Intervezes.

A adoção de tais plataformas vem ocorrendo sob uma perspectiva utilitarista e ferramental, ignorando riscos e implicações relacionados ao uso de dados e à vigilância, especialmente por serem ofertadas de maneira gratuita pelas

⁹⁴ BUZATO, Marcelo El Kouri. Dataficação, visualização e leitura do mundo: quem fala por nós quando os dados falam por si? *Linguagem em foco*. Fortaleza, CE, v. 10, n. 1, p. 83-92, 2018. Disponível em <https://revistas.uece.br/index.php/linguagememfoco/article/view/1191/1007>. Acesso em: 12 fev. 2021.

⁹⁵ GONSALES, P.; AMIEL, T. Educação na contemporaneidade: entre dados e direitos. *Panorama Setorial da Internet*. São Paulo, nº 3, outubro de 2020, p.1-7. Disponível em https://nic.br/media/docs/publicacoes/6/20201110120042/panorama_setorial_ano-xii_n_3_inteligencia_artificial_educacao_infancia.pdf. Acesso em 9 fev. 2021.

⁹⁶ CETIC.br. TIC Educação 2019. Disponível em <https://cetic.br/pt/pesquisa/educacao/indicadores/>. Acesso em 9 fev. 2021.

⁹⁷ Levantamento de plataformas utilizadas pelas secretarias de educação na pandemia: <https://onlyo.co/2VCQy9w>

empresas que atualmente dominam a economia mundial, as chamadas *Bigtech*. O “grátis”, na verdade, é pago com dados pessoais e dados estratégicos⁹⁸, além de repassar toda a responsabilidade pela utilização às respectivas instituições (secretarias de educação) ao aceitarem os termos e políticas de privacidade dessas empresas, que são respaldados em legislações dos respectivos países em que mantém seus servidores⁹⁹. Para o filósofo israelense Yuval Harari, em seu livro *21 Lições para o Século 21*, se não considerarmos a IA como um campo de estudo em toda sua multidimensionalidade, podemos ter em um futuro breve retrocessos em relação à liberdade, criatividade e inovação.¹⁰⁰

2. TECNOLOGIA COMO CAMPO DE CONHECIMENTO

A presença da tecnologia na sociedade é invariavelmente associada a progresso, como se todas as mudanças e transformações por ela causadas fossem sempre positivas¹⁰¹. Ao adotar ou adquirir uma determinada tecnologia com vistas a melhorar a qualidade do ensino, os gestores educacionais acabam sendo atraídos por soluções tecnológicas ditas “inovadoras”, justamente pela visão de “progresso”, o que

⁹⁸ CÓRDOVA, Y. Artificial Intelligence and the need for data fairness in the global south. Medium, 2018. Disponível em <https://medium.com/digitalhks/data-fairness-for-the-global-south-d383b6159b86>. Acesso em 22 de mar. 2021.

⁹⁹ Mais detalhes podem ser encontrados no relatório Educação, Dados e Plataformas, de 2020, disponível em: <https://zenodo.org/record/4012539#.X1QD25NKj4M>

¹⁰⁰ HARARI, Y.N. 21 lições para o século 21. Tradução de Paulo Geiger. São Paulo: Companhia das Letras, 2018

¹⁰¹ MARIOTTI, H. ZAUHY, C. O desafio da incerteza: a cultura atual, a inteligência artificial e a necessidade do pensar complexo. Mariotti, 2019, edição kindle, l. 1675

extirpa sua potencialidade como um fenômeno cultural, econômico e social e também de linguagem¹⁰².

Nos últimos anos, a IA desponta como sendo a promessa para a obtenção de diversas melhorias na educação. O termo “transformação digital”, por exemplo, vem sendo empregado em larga escala como caminho de aperfeiçoamento do ensino, com foco na adoção de plataformas adaptativas e aplicativos cujas funcionalidades propiciam formas automatizadas e preditivas de transmitir conteúdos e de monitorar a apreensão desses conteúdos.

Em 2019, a educadora Francielle Gatti fez uma análise¹⁰³ de 16 trabalhos acadêmicos brasileiros, do período de 1996 a 2018, que tinham como foco a inter-relação inteligência artificial e educação. Todos os trabalhos trataram somente de possibilidades de personalização do ensino, sem nenhuma menção a questões conjunturais, como limites éticos, letramento digital ou proteção de dados.

A constatação de Gatti vai ao encontro do Mapeamento da Associação Brasileira de Startups e CIEB¹⁰⁴ que relacionou 449 *edtechs* ativas no Brasil, sendo que a maioria está localizada

¹⁰² VARGAS, F. Tecnologias enquanto linguagem: desafios e perspectivas das novas linguagens em sala de aula. Anais do Encontro Virtual de Documentação em Software Livre e Congresso Internacional de Linguagem e Tecnologia Online. v.3 n.1, 2014. Disponível em http://periodicos.letras.ufmg.br/index.php/anais_linguagem_tecnologia/article/viewFile/5886/5116. Acesso em 12 mar. 2021.

¹⁰³ GATTI, Francielle Nogueira. Educação básica e inteligência artificial: perspectivas, contribuições e desafios. 2019. Dissertação de Mestrado - PUC-SP, São Paulo, 2019. Disponível em <https://tede2.pucsp.br/handle/handle/22788>. Acesso em 5 mar. 2021

¹⁰⁴ ABSTARTUPS E CIEB. Mapeamento Edtechs: investigação sobre as tecnologias educacionais no Brasil. São Paulo, 2019. Disponível em https://cieb.net.br/wp-content/uploads/2020/04/Mapeamento-Edtech_CIEB-e-Abstartups-2019.pdf. Acesso em 14 de mar. 2021

na região Sudeste (59%). As atividades ofertadas por essas empresas estão concentradas em soluções voltadas ao ensino de conteúdos curriculares. Segundo a classificação adotada, 67,04% são plataformas de ensino, 26,28% ferramentas de ensino ou de gestão administrativa e 14,03% conteúdos para ensino. Somente uma ínfima parcela, 2,23%, oferecem serviços sob medida ou segundo a demanda da instituição educativa.

O modelo de ensino ainda se pauta fortemente na formação de cidadãos funcionais, prontos para atender à demanda do mercado de trabalho do período industrial. Por essa perspectiva, valores associados ao rendimento e à produtividade aparecem na frente de outros ligados ao respeito à coletividade, criatividade, resiliência, solução de problemas etc, competências hoje altamente demandantes no mundo do trabalho, como aponta o relatório do Fórum Econômico Mundial¹⁰⁵.

Documentos recentes sobre rumos da educação, seja no âmbito nacional¹⁰⁶ como internacional¹⁰⁷ vêm ressaltando a necessidade urgente de revisão dos sistemas de ensino formal, ambicionando contemplar competências para o século 21, as chamadas socioemocionais ou *soft skills*. Simultaneamente, referenciais globais da ONU¹⁰⁸ e UNESCO¹⁰⁹ convocam países a conquistar melhores índices

¹⁰⁵ WORLD ECONOMIC FORUM. The future of jobs report, 2020. Disponível em <https://www.weforum.org/reports/the-future-of-jobs-report-2020>. Acesso em 29 de mar. 2021.

¹⁰⁶ BRASIL. *Base Nacional Comum Curricular*. Ministério da Educação, 2016. Disponível em <http://basenacionalcomum.mec.gov.br/>. Acesso em 2 nov. 2020.

¹⁰⁷ OECD Skill Outlook 2015: https://www.oecd-ilibrary.org/education/oecd-skills-outlook-2015_9789264234178-en

¹⁰⁸ Objetivos do Desenvolvimento Sustentável da ONU: <https://brasil.un.org/pt-br/sdgs>

¹⁰⁹ UNESCO OER Recommendation: <https://en.unesco.org/themes/building-knowledge-societies/oer/recommendation>

de qualidade, equidade, inclusão e abertura em educação.

No Brasil, a Base Nacional Curricular Comum (BNCC)¹¹⁰ destaca o aprendizado sobre cultura digital em uma de suas dez competências gerais que convalidam a necessidade de a educação contemplar aspectos relacionados ao desenvolvimento integral que já haviam sido ressaltados pela UNESCO no final dos anos 90: aprender a aprender, aprender a fazer, aprender a conviver e aprender a ser¹¹¹.

A distância entre teoria e prática, entre discurso e realização, no entanto, é bastante presente nos processos de implementação de políticas educacionais e de formação de professores, especialmente no que tange à educação para a cidadania no ambiente digital. Em seu artigo 26, o Marco Civil da Internet¹¹² pontua a necessidade de a educação trabalhar a cidadania digital, contemplando o uso responsável, seguro e consciente da internet, aspectos que ainda passam longe da agenda educacional, como se a tão almejada integração da tecnologia aos processos de ensino e de aprendizagem devesse ser meramente conteudista.¹¹³

Na verdade, os riscos e benefícios da tecnologia são contradições constantes que precisam ser considerados. Quem faz a tecnologia que decidimos utilizar? Com qual objetivo? De onde vêm e como são produzidos os

¹¹⁰ BRASIL. Base Nacional Comum Curricular, 2018.

¹¹¹ DELORS, J. Educação: um tesouro a descobrir. Relatório para a UNESCO da Comissão Internacional sobre Educação para o século XXI. São Paulo: Cortez, 1996. Disponível em http://dhnet.org.br/dados/relatorios/a_pdf/r_unesco_educ_tesouro_descobrir.pdf. Acesso em 15 nov. 2020.

¹¹² BRASIL. Marco Civil da Internet. Lei 12.965/2014. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm. Acesso em 1 mar. 2021.

¹¹³ GONSALES, P.; AMIEL, T. Educação na contemporaneidade: entre dados e direitos. Cit. p. 4

componentes de um dispositivo digital? Há impactos ambientais envolvidos? Qual o modelo de negócio por trás de um serviço gratuito? Como utilizam dados pessoais? Essas são algumas das indagações que raramente estão presentes nos planejamentos pedagógico-curriculares. Educar envolve uma complexidade de situações e contextos, um ecossistema de agentes, condições e estruturas que vão muito além do “ato de ensinar” por meio de tecnologias e/ou ferramentas. Como nos diz Paulo Freire:

[...]É por isso que transformar a experiência educativa em puro treinamento técnico é amesquinhar o que há de fundamentalmente humano no exercício educativo: o seu caráter formador. Se se respeita a natureza do ser humano, o ensino dos conteúdos não pode dar-se alheio à formação moral do educando. Educar é substantivamente formar. Divinizar ou diabolizar a tecnologia ou a ciência é uma forma altamente negativa e perigosa de pensar errado.¹¹⁴

Imaginemos uma plataforma que rastreia o comportamento de estudantes no intuito de oferecer conteúdo, avaliações e assistência personalizada conforme as dificuldades e necessidades identificadas. Essa plataforma poderá ter informações oportunas, como o tempo que o aluno gasta ativamente estudando on-line, de que forma organiza seus estudos, a partir de qual dispositivo acessa a plataforma, se ao mesmo tempo se conecta em outras plataformas, quais são as matérias e tipos de assunto que ele tem mais dificuldade, quais conteúdos costuma acessar com frequência, quais notas recebe em avaliações, quais perguntas faz para professores ou tutores virtuais. As informações coletadas por ferramentas de IA para finalidades de personalização do ensino também dizem respeito a

¹¹⁴ FREIRE, Paulo. *Pedagogia da autonomia*. São Paulo: Paz e Terra, 1997. p. 18-19 Disponível em http://www.apeoesp.org.br/sistema/ck/files/4-%20Freire_P_%20Pedagogia%20da%20autonomia.pdf. Acesso em 20 mar. 2021

questões pessoais dos estudantes e, constantemente, geram questionamentos quanto à privacidade, liberdade de expressão e autonomia dos alunos. Nem sempre há transparência sobre quais são as consequências dessa coleta, do processamento e do armazenamento desses dados: qual a finalidade, quem controla, como é a segurança dos dados e por quanto tempo serão armazenados. Com a entrada em vigência da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD)¹¹⁵, espera-se que tais pontos sejam claramente identificados e esclarecidos.

Crianças e adolescentes que desde muito cedo interagem com a tecnologia estão construindo um rastro de dados, um mapa sobre si mesmos que poderá acompanhá-las por muito tempo. Além disso, a relação educador-aluno tende a ser imersa em confiança mútua e sensibilidade. Se a mediação de tal relação começar a se dar através de máquinas, o que pode acontecer caso essas interações sejam armazenadas em ferramentas pouco transparentes sobre a segurança e uso dos dados coletados?

É fundamental que inteligências artificiais voltadas para a educação sejam construídas de forma adequada e condizente com os direitos humanos. Para tanto, é primordial que gestores educacionais compreendam o funcionamento das tecnologias de IA e sua relevância na economia mundial contemporânea para poder demandar o cumprimento de princípios éticos, como o conceito do *privacy by design*¹¹⁶, que aparece na LGPD.

¹¹⁵ BRASIL. Lei geral de proteção de dados. Lei 13.709/18. Disponível em <https://www.gov.br/defesa/pt-br/acao-a-informacao/lei-geral-de-protecao-de-dados-pessoais-lgpd>. Acesso em 22 de mar. 2021

¹¹⁶ BIONI, B.R. Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p.231: “privacy by design é a ideia de que a proteção de dados pessoais deve orientar a concepção de um produto ou serviços, devendo eles ser embarcados com tecnologias que facilitem o controle e a proteção das informações pessoais”.

Segundo Libâneo¹¹⁷, a escola não pode ser mais uma instituição isolada em si mesma e separada da realidade a sua volta, mas sim integrada à comunidade que interage com a vida social ampla. De fato, o ambiente escolar é um espaço com potencial para que esse tema seja tratado e a lógica de funcionamento da IA possa ser apresentada e discutida como meio de esclarecer aos estudantes o que torna os dispositivos inteligentes tão invasivos.

3. EXPERIÊNCIAS DE ENSINO DA IA

Podemos considerar que existem duas vertentes relacionadas ao uso de IA na educação. A primeira, como vimos no tópico anterior, envolve ensinar utilizando aplicações de IA amparadas em plataformas e ferramentas tecnológicas, que podem personalizar a experiência de cada aluno ou educador a partir da coleta de dados.

A segunda vertente, ainda pouco considerada, apesar de constar nas diretrizes curriculares para o Ensino Médio¹¹⁸, é a que se concentra na importância de compreender a lógica de funcionamento da IA. Trata-se de um potencial caminho para apresentar aos estudantes o que torna os dispositivos inteligentes tão invasivos, proporcionando a formação de novas gerações de cidadãos conscientes a respeito dos benefícios, riscos e cuidados relacionados ao uso de tais dispositivos. Há motivos importantes para que a escola inclua no seu

¹¹⁷ LIBÂNEO, J.C. Organização e Gestão da Escola: Teoria e Prática, 5. ed. Goiânia: Alternativa, 2004

¹¹⁸ BRASIL. Atualização das diretrizes curriculares para o ensino médio. Disponível em <http://novoensinomedio.mec.gov.br/resources/downloads/pdf/dcnem.pdf>. Acesso em 22 de mar. 2021. [...] aprofundamento de conhecimentos estruturantes para aplicação de diferentes conceitos matemáticos em contextos sociais e de trabalho, estruturando arranjos curriculares que permitam estudos em resolução de problemas, (...), robótica, automação, inteligência artificial (...).

currículo temas relacionados ao ensino de IA, dentre eles podemos apontar os impactos que ela tem causado nas relações humanas na sociedade do século 21¹¹⁹. Além disso, a ampliação da integração da IA nos recursos do dia-a-dia aponta para mudanças no mundo profissional, potencializado pela quarta revolução industrial¹²⁰.

Há no Brasil dois exemplos bem interessantes nesse sentido: o Colégio Fecap, em São Paulo, que criou o primeiro curso de ensino médio técnico em IA no país e a Escola Sesc de Ensino Médio, no Rio de Janeiro, com um itinerário formativo que associa matemática, robótica e IA e vem contribuindo para os debates relacionados à conjuntura que pontuamos ao longo deste artigo.

3.1 FORMAÇÃO PROFISSIONAL TÉCNICA EM IA

Instituição centenária na cidade de São Paulo, o Colégio Fecap é o primeiro no país a implementar o ensino médio técnico em IA em 2020. Segundo a coordenadora pedagógica dos cursos técnicos, Evelyn Cid¹²¹, a ideia surgiu a partir de análise de contexto em relação ao futuro das profissões, no entanto, foi preciso criar um curso do zero, uma vez que não havia nenhum curso de graduação em IA para servir de

¹¹⁹ DRUGA, S. Growing up with AI - Cognimates: from coding to teaching machines. In: Dissertação (Mestrado). Massachusetts Institute of Technology, 2018. Disponível em <https://www.media.mit.edu/publications/growing-up-with-ai/>. Acesso em 24 de mar. 2021

¹²⁰ Assim como a primeira revolução industrial introduziu máquinas no sistema de produção, a segunda introduziu a eletricidade e a terceira a informática, a quarta revolução engloba um amplo sistema de tecnologias avançadas como inteligência artificial, robótica e internet das coisas.

¹²¹ CID, E. Apresentação realizada na Live Inteligência Artificial: por uma nova compreensão da realidade. Disponível em <https://www.youtube.com/watch?v=FouzTVgCFWI>. Acesso em 29 de mar. 2021.

inspiração. Apenas algumas especializações em nível de pós-graduação traziam alguma ênfase em IA.

Criar um curso de ensino médio técnico não é tarefa simples. O primeiro passo consiste em apresentar o desenho da proposta curricular (Figura 1), as atividades práticas e a carga horária, considerando a oferta concomitante do técnico com os três anos do médio regular. Uma vez apresentada à diretoria de ensino regional, um processo de avaliação se inicia, com a participação de profissionais de uma universidade pública que analisa corpo docente e infraestrutura e, na sequência, a aprovação final é feita pelo Conselho Estadual de Educação.

Curso aprovado, matrículas abertas, início da primeira turma em fevereiro. Março a pandemia é decretada e todo o planejamento teve de ser refeito para abarcar atividades remotas. Para conectar os jovens com profissionais do mercado, o Colégio organizou painéis temáticos sobre IA e sobre a profissão de desenvolvedor em IA. Desafios pedagógicos concretos também foram lançados, como o de propor a melhoria do fluxo de pessoas em um hospital de campanha da COVID19 comparando os dados fornecidos pelo governo do estado. Em outro desafio, os estudantes criaram um *chat bot*¹²² para apoiar a busca de informações sobre o colégio e, em outro, criaram uma competição de robótica.

¹²² Sobre a atividade: <https://www.fecap.br/2020/11/03/2o-edicao-da-semana-desafios-discute-educacao-e-chatbot/>

	Série	Teoria	Prática	Aula	Horas
Lógica de Programação - Python	1ª	30%	70%	4	133h
Arquitetura de Dados	1ª	20%	80%	3	100h
Introdução a IA	1ª	30%	70%	2	67h
Soluções de IA para Negócios	1ª	80%	20%	1	33h
Princípios de Robótica e IOT	1ª	30%	70%	2	67h
Direito e Ética	1ª	100%	0%	2	67h
Tecnologias Interativas	1ª	0%	100%	2	67h
Big Data	2ª	70%	30%	3	100h
Linguagem de Programação	2ª	20%	80%	3	100h
Estatística para IA	2ª	20%	80%	2	67h
Plataformas Cognitivas	2ª	20%	80%	2	67h
Sistema de Reconhecimento de Voz	2ª	30%	70%	2	67h
Educação Financeira	2ª	30%	70%	1	33h
Gestão de Projetos para IA	3ª	60%	40%	2	67h
Soluções para IA	3ª	40%	60%	3	100h
Empreendedorismo	3ª	50%	50%	2	67h

Projeto Interdisciplinar:
240h

Carga Horária do curso:
1.203h

Carga Horária Total:
1443h

COLÉGIO FECAP

Figura 1 – Composição do curso técnico em IA

A iniciativa do Colégio Fecap é pioneira até em relação a documentos referenciais sobre o tema no Brasil, como o que foi lançado pela UNESCO em março de 2021, destacando o profissional técnico de IA como uma “possível nova ocupação de nível técnico que emergirá do processo de difusão de IA”¹²³. Segundo o documento, as principais atribuições do técnico em IA são as seguintes:

- Transformar dados não estruturados em dados limpos e prontos para serem manipulados e armazenados em bancos de dados
- Apoiar a modelagem de dados
- Auxiliar a realização de testes de resultados dos modelos
- Realizar busca inteligente por dados, imagens e textos

¹²³ CARUSO, L.A.C. Impactos da difusão da inteligência artificial (IA) na educação técnica de ensino médio. UNESCO do Brasil, 2021. Disponível em <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000375710?posInSet=1&queryId=59cfc0a0-cdff-4eb4-9bc1-bbd808243118>. Acesso em 29 de mar. 2021.

Realizar busca inteligente de frameworks (API) e bibliotecas de softwares livres¹²⁴

3.2 ITINERÁRIO FORMATIVO EM IA INTEGRADOR

Inaugurada em 2008, a Escola Sesc de Ensino Médio (ESEM) faz parte do Polo Educacional Sesc, e localiza-se no bairro de Jacarepaguá, no Rio de Janeiro. A ESEM é uma escola de tempo integral, que oferece educação gratuita para estudantes de todas as regiões do Brasil. Os estudantes de fora da cidade residem na instituição. Em 2019, a ESEM criou uma disciplina para o itinerário formativo de Matemática chamada *Matemática Maker*, inspirada na abordagem STEM (*Science, Technology, Engineering and Mathematics*), integrando robótica, automação, programação e IA no ensino de Matemática.

Uma das atividades que se desdobram das ações que a *Matemática Maker* possibilita é o Clube de Inteligência Artificial. No primeiro ano do Clube, 2019, os estudantes participaram de oficinas que promoveram a introdução de conceitos de aprendizagem de máquina¹²⁵ por meio de Robótica Educacional (RE). Atividades relacionadas a reconhecimento de padrões, definição de base de dados, treino, classificação e acurácia, utilizando a linguagem de programação Python¹²⁶, foram realizadas durante quatro meses. Como recurso de IA foi

¹²⁵ Aprendizado de Máquina - Machine Learning - é um campo da IA cujo objetivo é desenvolver algoritmos capazes de aperfeiçoar seu desempenho ao realizar tarefas específicas. Os algoritmos de aprendizado de máquina aprendem as informações diretamente dos dados, sem a necessidade de uma equação predeterminada como modelo.

¹²⁶ Linguagem de programação que pode ser utilizada para as mais diversas aplicações. É Open Source e foi desenvolvida tendo como um dos principais objetivos ser de fácil utilização.

utilizada a Rede Neural Sem Peso WiSARD¹²⁷, considerada um modelo de entendimento simples, pois as operações que realiza, em sua maioria, são de lógica binária. Para compreender o seu funcionamento é necessário saber realizar operações matemáticas básicas, dentre elas, efetuar cálculos percentuais e reconhecer representações de imagens binárias. Além disso, é preciso possuir habilidades que envolvem o pensamento combinatório e processos aleatórios.

A ESEM desenvolveu no seu Espaço Maker, o robô Frankie (Figura 2), sigla para *Fostering Reasoning And Nurturing Knowledge through Informatics in Education* (Promovendo o Raciocínio e Nutrindo o Conhecimento por meio da Informática na Educação). Esse robô possibilita ensinar aos estudantes os mecanismos por trás de uma rede neural artificial, promovendo o aprendizado do que torna um recurso de IA tão importante em inúmeras aplicações.

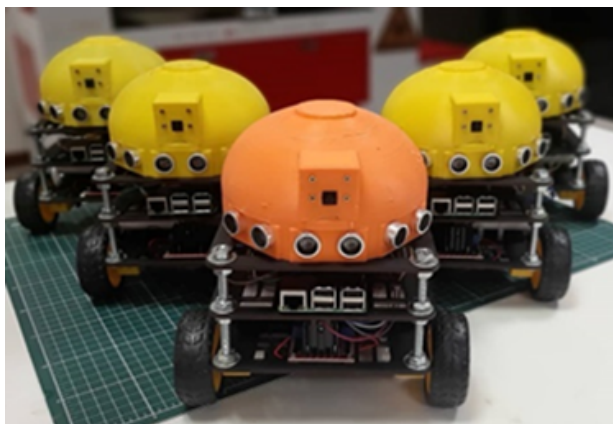


Figura 2 – Dispositivo Robótico Frankie

O uso da robótica para promover o ensino de conceitos de matemática e ciência da computação possibilita uma vivência

¹²⁷ Sigla que destaca os nomes dos criadores: Wikie, Stonham e Aleksandre's Recognition Device.

multidisciplinar e cria diferentes formas de interação com o espaço de aprendizagem. Durante as oficinas, os estudantes “ensinavam” ao robô formas geométricas que, ao reconhecê-las, deveria tomar uma decisão no ambiente (Figura 3). Por meio de uma base de dados de imagens criada por eles, os estudantes treinavam o algoritmo para reconhecer a figura geométrica, e posteriormente se locomover em determinada direção pré-estabelecida. Ao perceberem que a IA do Frankie por vezes não reconhecia adequadamente a imagem aprendida, e conseqüentemente se locomovia numa direção diferente da esperada, os estudantes o compararam a um carro autônomo e levantaram a seguinte questão: *“De quem seria a responsabilidade se uma IA, que conduz um carro autônomo, tomar uma decisão inadequada e provocar um acidente? Do dono do carro ou de quem desenvolveu o algoritmo de IA?”*.

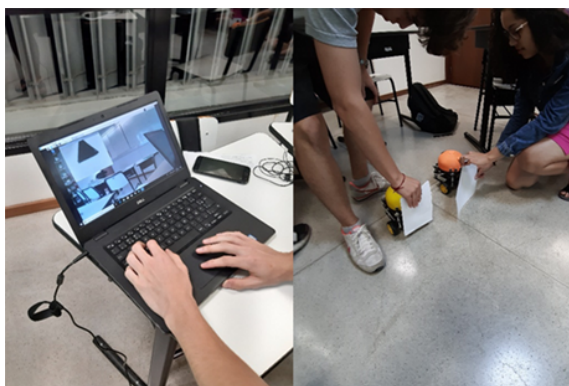


Figura 3 – Realização de atividades de campo com o Robô Frankie

Além do engajamento dos estudantes nas oficinas sobre recursos de IA por meio de robótica, o primeiro ano do Clube de IA mostrou que o tema pode ir além do aprendizado de conceitos de matemática e de ciência da computação. Os encontros com os estudantes apontaram para a necessidade de uma discussão multidisciplinar para debater algumas questões que começaram a ser levantadas, dentre elas, o poder que a

IA possui ao processar uma grande quantidade de dados e transformá-la em informação privilegiada. Um dos participantes disse que havia lido que os dados são o novo petróleo, se referindo a uma frase do cientista da computação Kai-fu Lee, que em um de seus livros diz “se a inteligência artificial é a nova eletricidade, o *big data* é o petróleo que alimenta os geradores”.¹²⁸

Além disso, os estudantes demonstram preocupação com a ética por parte de quem desenvolve algoritmos de IA, e de quem obtém e utiliza os dados pessoais da população por meio desses algoritmos. Eles também apontaram receio quanto aos impactos sociais do uso dessa tecnologia, tais como a automação de inúmeros campos de trabalho e consequente desemprego. Os jovens avaliaram que os cidadãos sem qualificação teriam dificuldade em se alocar profissionalmente, e que, para uma realidade com IA, seria fundamental investimento em programas sociais.

Como resultado, as oficinas de 2019 na ESEM superaram os limites do aprendizado de tecnologias, instigando a reflexão sobre questões éticas e sociais a respeito da IA. Com a pandemia em 2020, o Clube manteve suas atividades com experimentações remotas de aprendizado de máquina utilizando plataformas de interação na web como o *Teachable Machine*¹²⁹ e *QuickDraw*¹³⁰, e convergiram para atividades mão-na-massa de programação na plataforma Google Colab¹³¹, que permitiam que os estudantes programassem colaborativamente

¹²⁸ LEE, Kai-Fu. Inteligência artificial: como os robôs estão mudando a forma como amamos, nos relacionamos, trabalhamos e vivemos. Tradução de Marcelo Barbão. Rio de Janeiro: Globolivros, 2019, p. 67.

¹²⁹ <https://teachablemachine.withgoogle.com/>

¹³⁰ https://quickdraw.withgoogle.com/?locale=en_US

¹³¹ <https://colab.research.google.com/>

bibliotecas de Aprendizado de Máquina na linguagem Python. Foram promovidos workshops on-line utilizando recursos de IA tais como Algoritmo de Regressão Linear, Clusterização com *Scikit-Learn*, Algoritmo Árvore de Decisão e Redes Neurais sem Peso.

O Clube também organizou *Lives*¹³² quinzenais para debater algumas questões a respeito das implicações éticas e sobre poder e política envolvendo a IA, com a presença de educadores de diferentes áreas do conhecimento e profissionais externos convidados, dentre eles ex-alunos da instituição, e pesquisadores, como o professor Paulo Blikstein, da Universidade de Columbia. Em uma das *Lives* sobre valores e princípios que envolvem a implementação e utilização da IA por empresas de tecnologia, uma estudante descreveu o caso polêmico da empresa norte-americana Target¹³³, destacando como o modelo da economia atual usa dados pessoais de seus clientes para recomendar produtos direcionados no intuito de potencializar vendas, sem que as pessoas percebam.

O grupo de estudantes também trouxe como exemplo aplicativos de menstruação, por meio dos quais as usuárias compartilham dados, como seu período menstrual, sintomas de tensão pré-menstrual, emoções e até datas de relações sexuais. Para poder utilizá-los, as usuárias precisam consentir que seus dados sejam usados pelas empresas sem imaginar que eles podem ser compartilhados e vendidos para outras empresas.

¹³² Lives realizadas pela escola: Implicações éticas <https://youtu.be/WZ9u-TetaFuw> e Poder e política <https://youtu.be/xNa5RDx2XA8>

¹³³ Caso relatado no livro *O Poder do Hábito*, no qual a empresa norte-americana Target descobriu a gravidez de uma cliente antes mesmo de sua família ficar sabendo <https://sebraers.com.br/momento-da-empresa/o-poder-do-habito/>

Na *Live* sobre poder e política, o grupo debateu sobre a disseminação de *fake news* e de propaganda política direcionada, como foi o caso emblemático da empresa britânica *Cambridge Analytica*¹³⁴ que se apropriou de dados de usuários do Facebook para influenciar as eleições nos Estados Unidos de 2017.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como vimos, os avanços das aplicações de IA para a área de educação envolvem um contexto paradoxal, pois ao mesmo tempo em que pode trazer diversos benefícios, há também ameaças. No meio educacional, difundiu-se a ideia de que as grandes plataformas entregam serviços gratuitos, úteis e sem riscos. No entanto, segundo relatório da Universidade de Buckingham¹³⁵ sobre visão ética da IA na educação, é preciso haver cautela na introdução da IA no ambiente de aprendizagem, uma vez que a tecnologia pode contribuir para aumentar o acesso à educação, potencializar a aprendizagem, além de ampliar oportunidades para uma formação fundamentada em valores humanos, porém, pode se tornar uma forma de vigilância e controle.

Na mesma linha, educadores que participaram de um workshop realizado em 2017 pelo Instituto Educadigital, em parceria com a IBM e a PUC-SP, listaram cuidados e oportunidades que a IA inspira, dentre eles:

¹³⁴O documentário *Privacidade Hackeada*, disponível na Netflix, relata o caso.

¹³⁵THE UNIVERSITY OF BUCKINGHAM. The ethical framework for IA in education. The Institute for Ethical AI in Education, 2020. Disponível em <https://fb77c667c4d6e21c1e06.b-cdn.net/wp-content/uploads/2021/03/The-Institute-for-Ethical-AI-in-Education-The-Ethical-Framework-for-AI-in-Education.pdf>. Acesso em 2 de mar. 2021.

Não permitir que os resultados obtidos a partir da IA sejam utilizados para categorizar (rotular) as pessoas de maneira estanque e estereotipada; deve haver uma responsabilidade ética na utilização dos dados, para não favorecer interesses econômicos (não à mercantilização dos dados) nem informações tendenciosas/preconceituosas.¹³⁶

Segundo Harari¹³⁷, mesmo aqueles que como ele não se consideram *experts* em tecnologia, precisam compreender minimamente como a tecnologia funciona e de que forma está sendo desenvolvida atualmente, levando em conta desdobramentos nas esferas política, econômica e social. Por exemplo, entender que os dados de todas as pessoas do mundo estão sendo coletados e acumulados em dois locais: EUA e China. Vale ressaltar, entretanto, que não são apenas as empresas privadas que utilizam tecnologias de IA, a tendência é que o uso pelos serviços públicos governamentais aumente nos próximos anos.

Educadores, estudantes e famílias precisam compreender melhor as novas formas de manipulação e vigilância que estão sendo feitas por meio de dados coletados pelas tecnologias de inteligência artificial. A implementação de tecnologias de IA nas escolas pode expor estudantes e educadores à coleta massiva de dados. Ponderações pertinentes devem permear as escolhas, como exigir transparência sobre quais dados serão utilizados, para qual finalidade e por quanto tempo. Ao trazer uma tecnologia de uma empresa para dentro da escola

¹³⁶ SILVA, M. da G. S.; GONSALES, P. Possibilidades da inteligência artificial na educação. IBM, PUC-SP, Educadigital, 2017. Disponível em <https://www.ibm.com/ibm/responsibility/br-pt/downloads/e-book-IA-na-educacao.pdf>. Acesso em 22 de mar. 2021.

¹³⁷ HARARI, Y. N. Palestra na Câmara dos Deputados, moderação de Ronaldo Lemos. (vídeo 1h20m23s). Disponível em <https://www.youtube.com/watch?v=I7nppl0MZc0>. Acesso em 26 de mar. 2021.

para que os alunos a utilizem — ou mesmo implementar uma tecnologia totalmente elaborada pelo sistema público — é fundamental assegurar que os dados de crianças e adolescentes coletados sejam protegidos.

Há que se considerar, de todo modo, o abismo entre a formação de educadores e gestores educacionais e o desenvolvimento atual da cultura digital amparada nas tecnologias de IA. O tema é profundamente desconhecido ou ignorado pela maior parte dos profissionais do setor governamental, haja vista o estudo¹³⁸ sobre o perfil de participantes na consulta pública¹³⁹ do Ministério da Ciência e Tecnologia sobre os caminhos para a construção de uma estratégia de IA: das 908 contribuições, somente 2 vieram do governo:

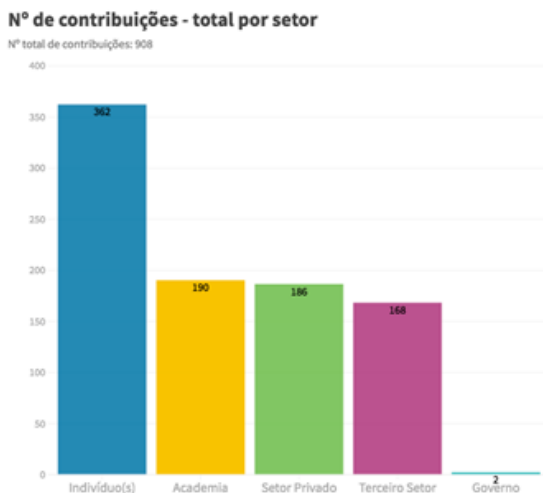


Figura 4 – Perfil de participação da sociedade. Fonte: ITS-Rio

¹³⁸ Realizado pelo ITS-Rio, disponível em: <https://itsrio.org/pt/comunicados/estrategia-brasileira-de-inteligencia-artificial/>

¹³⁹ Consulta pública sobre a estratégia brasileira de IA: <http://participa.br/estrategia-brasileira-de-inteligencia-artificial/estrategia-brasileira-de-inteligencia-artificial-aplicacao-no-poder-publico>

Já existem, contudo, algumas iniciativas oriundas do terceiro setor e de organismos multilaterais que podem orientar esse público na organização de políticas institucionais em consonância com a proteção de dados, bem como apoiar educadores na construção de práticas pedagógicas assertivas sobre cidadania digital nas escolas. Destacamos três delas:

- Guia Escola no Mundo Digital <https://dadosestudantis.org.br/> – reúne informações sobre como garantir a proteção de crianças e adolescentes no uso de tecnologias nas escolas tendo como base as legislações vigentes;
- Guia Escolha Livre <https://escolhalivre.org.br/> – indica diversas soluções para práticas educativas remotas a partir de software livre e tecnologias abertas que não utilizam dados como modelo de negócio;
- Plataforma Pilares do Futuro <https://pilaresdofuturo.org.br/> – promove o compartilhamento de boas práticas sobre cidadania digital entre educadores, destacando temas relacionados à inteligência artificial.

Em suma, o uso da IA na educação deve ser planejado com atenção e responsabilidade, analisando as implicações sobre os dados pessoais, buscando minimizar o impacto negativo que o processamento massivo de tais dados pode gerar. Ao mesmo tempo, as propostas de formação docente e os projetos pedagógicos a serem desenvolvidos diretamente com estudantes devem propiciar o debate sobre a IA como um vasto campo multifacetado, repleto de implicações, mas que só poderá prosperar se de fato contribuir com a manutenção de direitos humanos no contexto digital.

PROTEÇÃO DE DADOS, INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E CRIANÇAS

Ana Frazão¹⁴⁰

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A economia digital centrada nos dados vem trazendo transformações em ritmo acelerado, muitas vezes sem as reflexões jurídicas e éticas necessárias. Parte dessa dificuldade deve-se à assimetria informacional. Com efeito, na economia movida a dados, os algoritmos constituem verdadeiras caixas-pretas, pois ninguém sabe ao certo como funciona esse poder de ação e de predição¹⁴¹.

Como descreve Shoshana Zuboff¹⁴², o “capitalismo de vigilância” apropria-se da experiência humana por meio de operações propositadamente ocultadas para transformá-la em produção e vendas. Na economia digital, os dados são vistos como mercadorias valiosas, cuja extração exige uma ampla vigilância de seus usuários. A “sociedade de vigilância” é, portanto, a outra face do “capitalismo de vigilância”.

É verdade que a coleta de dados não é algo propriamente novo, sendo a história marcada por inúmeras experiências e avanços na tarefa de obter, coletar e acessar dados. Entretanto,

¹⁴⁰ Advogada e Professora Associada de Direito Civil, Comercial e Econômico da Universidade de Brasília – UnB.

¹⁴¹ FRAZÃO, Ana. Plataformas digitais, Big Data e riscos para os direitos de personalidade. In: TEPEDINO, Gustavo. MENEZES, Joyciane Bezerra (coords). Autonomia privada, liberdade existencial e direitos fundamentais. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 341.

¹⁴² ZUBOFF, Shoshana. [Entrevista concedida a] Finding ctrl., 2019. Disponível em: <https://findingctrl.nesta.org.uk/shoshana-zuboff/>. Acesso em 26 jul. 2020. Cf. também ZUBOFF, Shoshana. The age of surveillance capitalism. The fight for a human nature at the new frontier of power. New York: Public Affairs, 2019.

o *Big Data* e o *Big Analytics* possibilitaram que tais atividades ocorressem de forma muito mais eficiente, com mais veracidade, velocidade, variedade e volume¹⁴³. Mais do que isso, o *Big Data* e o *Big Analytics* permitiram, a partir da coleta e do registro de dados, utilizações e aplicações que não seriam sequer imagináveis há poucos anos e que, na ausência de uma regulação adequada, passaram a ser realizadas sem limites e com resultados que podem se projetar para sempre¹⁴⁴.

O ponto de partida para essa engrenagem é, claro, a coleta de dados, cada vez mais maciça e, muitas vezes, realizada sem o consentimento de seus titulares. De acordo com a pesquisa empírica realizada por Chris Hoofnagle e outros¹⁴⁵, hoje se pode dizer que é impossível evitar o rastreamento digital (*online tracking*), em razão da utilização crescente de tecnologias e mecanismos que os usuários não têm como evitar¹⁴⁶.

Daí a conclusão de Jack Balkin de que o *Big Data* corresponderia ao “novo óleo” da economia: assim como o funcionamento das máquinas e das fábricas na era da Economia industrial dependia do óleo, a chamada “Sociedade dos algoritmos” depende de imensas bases de dados, que

¹⁴³ FRAZÃO, Ana. Fundamentos dos dados pessoais – Noções introdutórias para a compreensão da importância da Lei Geral de Proteção de dados. In: FRAZÃO, Ana; TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato (coords). Lei Geral de Proteção de Dados e suas repercussões no Direito Brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. E-book, pp. 25-63 (p. 57); ROSS, Alec. The industries of the future. Nova York: Simon & Schuster, 2016.

¹⁴⁴ FRAZÃO, Ana. Fundamentos dos dados pessoais, cit., p. 27

¹⁴⁵ HOOFNAGLE, Chris Jay; SOLTANI, Ashkan; GOOD, Nathaniel; WANBACH, Dietrich J. Behavioral advertising: the offer you can't refuse. Harvard Law & Policy Review, v. 6, pp. 273-296, 2012.

¹⁴⁶ FRAZÃO, Fundamentos dos dados pessoais, cit., p. 29.

podem ser coletados e analisados facilmente e a baixo custo¹⁴⁷. O objetivo da “Sociedade dos Algoritmos”, como adverte o autor, é praticamente sua onisciência: isto é, a habilidade não apenas para saber, mas também para predizer, o máximo possível, sobre quem está fazendo o que, quando e onde¹⁴⁸.

A introdução da inteligência artificial é mais uma etapa da tentativa de decodificar as pegadas digitais das pessoas, inferindo e predizendo até mesmo aquilo que ninguém revela e, muitas vezes, não tem nem mesmo consciência. Por meio do aprendizado da máquina, os algoritmos podem “aprender” a modificar sua própria estrutura e suas regras sem que haja controle ou mesmo previsibilidade sobre tais alterações e os resultados que daí decorrerão.¹⁴⁹

Assim, o chamado “capitalismo de vigilância” dá origem a uma nova espécie de poder, muito mais temido: o poder que Shoshana Zuboff¹⁵⁰ intitulou de *instrumentarian power*. Trata-se de um poder sem precedentes na história, que se vale de uma arquitetura computacional automatizada de redes, dispositivos e espaços artificialmente inteligentes, conectados à internet e cada vez mais onipresente.

Se tal processo já é extremamente preocupante em relação a adultos, o é ainda mais em relação a crianças, o que exige um cuidado adicional na proteção dos dados destas, como o presente artigo passará a expor.

¹⁴⁷ BALKIN, Jack M.. Free Speech in the Algorithmic Society: big data, private governance, and new school speech regulation. UC Davis Law Review, Davis, v. 51, n. 3, p. 1149-1210, fev. 2018. Disponível em: https://lawreview.law.ucdavis.edu/issues/51/3/Essays/51-3_Balkin.pdf. Acesso em: 20 jul. 2020.

¹⁴⁸ BALKIN, Free Speech, cit., 1155.

¹⁴⁹ FRAZÃO, Plataformas digitais, Big Data e riscos para os direitos de personalidade cit., p. 340.

¹⁵⁰ ZUBOFF, Shoshana. [Entrevista concedida a] Finding ctrl., cit. Cf. também ZUBOFF, Shoshana. The age of surveillance capitalism, cit.

2. SER CRIANÇA EM UMA SOCIEDADE DE VIGILÂNCIA

De acordo com Shoshana Zuboff, o capitalismo de vigilância utiliza-se de toda a experiência humana, incluindo vozes, personalidades e emoções, como matéria-prima gratuita para ser traduzida em dados comportamentais¹⁵¹. Essa forma de vigilância, segundo Bruce Schneier¹⁵², espalha-se facilmente, porque é feita em massa e de forma barata, escondida, automática e ubíqua.

Apenas para se ter uma dimensão do risco para os usuários, o professor Martin Hilbert, especialista em *Big Data*, afirma que, com 150 “curtidas”, determinados algoritmos podem saber mais sobre uma pessoa do que seu companheiro e que, com 250 “curtidas”, os algoritmos podem saber mais sobre uma pessoa do que ela mesma¹⁵³.

A economia movida a dados e o capitalismo de vigilância são, portanto, duas facetas da mesma moeda, pois, quanto mais importantes os dados, mais estímulos haverá para o exercício da vigilância, e quanto maior a vigilância, maior será a extração dos dados.

Muito além de aperfeiçoar estratégias econômicas já existentes, como as classificações e perfilizações (*profiling*) e como o *targeting marketing*, os dados processados têm implicações que podem levar à total modificação do cenário econômico, social e político.

¹⁵¹ ZUBOFF, Shoshana. The age of surveillance capitalism, cit., p. 8.

¹⁵² SCHNEIERER, Bruce. Data and Goliath. The hidden battles to collect your data and control your world. New York: W.W. Norton & Company, 2015, p. 57. Cf. FRAZÃO, Fundamentos dos dados pessoais, cit., p. 30.

¹⁵³ LISSADY, Gerardo. “Despreparada para a era digital, a democracia está sendo destruída”, afirma guru do “big data”. BBC. 9 abr. 2017. Disponível em <https://www.bbc.com/portuguese/geral-39535650>. Acesso em 27 jul. 2020.

Com efeito, os sistemas de inteligência artificial estão hoje sendo programados para a extração de padrões e inferências a partir dos quais são tomadas, de forma automatizada, decisões sobre questões objetivas, mas atreladas a importantes dados sensíveis, assim como decisões subjetivas, que envolvem complexos juízos de valor, como (i) avaliar características, a personalidade, as inclinações e as propensões de uma pessoa, inclusive no que diz respeito à sua orientação sexual; (ii) analisar o estado de ânimo ou de atenção de uma pessoa; (iii) identificar estados emocionais, pensamentos, intenções e mesmo mentiras; (iv) detectar a capacidade e a habilidade para determinados empregos e funções; (v) analisar a propensão à criminalidade; (vi) antever sinais de doença, inclusive depressão, episódios de mania e outros distúrbios, mesmo antes da manifestação de qualquer sintoma¹⁵⁴.

Como se vê, a inteligência artificial vem sendo utilizada para análises que abarcam as respostas para as nossas perguntas mais difíceis, como decisões e diagnósticos, que, além de representarem uma verdadeira devassa na intimidade das pessoas, ainda terão impactos nas possibilidades e no acesso destas a uma série de direitos e oportunidades¹⁵⁵. Imagine-se então o poder de tais algoritmos quando eles começam a coletar dados do indivíduo desde a sua mais tenra infância.

Os sistemas de inteligência artificial, aliás, preocupam tanto quando acertam como quando erram. Preocupam quando acertam, pois podem revelar aspectos íntimos de nossa personalidade que gostaríamos de manter em segredo, até porque podem ser utilizados para nos tolher o exercício de direitos e oportunidades¹⁵⁶. Preocupam quando erram,

¹⁵⁴ FRAZÃO, Fundamentos dos dados pessoais, cit., p. 35.

¹⁵⁵ FRAZÃO, Fundamentos dos dados pessoais, cit., p. 35.

¹⁵⁶ FRAZÃO, Fundamentos dos dados pessoais, cit., p. 37.

pois desconfiguram a nossa individualidade, atribuindo-nos características que não temos e que também podem ser utilizadas para nos tolher direitos e oportunidades, com o agravante de que tais decisões podem ser baseadas em juízos totalmente equivocados¹⁵⁷.

O mais importante é que isso é feito a partir de uma série de dados que até podem parecer irrelevantes para o usuário, tais como suas buscas na internet, tempo gasto em redes sociais, “curtidas” sobre determinadas questões, músicas e locais de sua preferência, entre outros. É com base nesses dados, que depois são convertidos em novos dados, que a inteligência artificial age para exercer a predição, considerada um *input* central para os processos decisórios¹⁵⁸.

Caminhamos, portanto, para uma sociedade de classificação, como diria Stefano Rodotà¹⁵⁹, ou para um cenário em que os perfis se transformam em verdadeiras representações virtuais, corpos digitais ou mesmo sombras delas, como diria Danilo Doneda.¹⁶⁰

Ao refletir sobre esse processo, Jonh Cheney-Lippold¹⁶¹ aponta para o fato de que os algoritmos hoje agregam e controlam nossas identidades “datificadas” (*datafied selves*), sendo que são essas vidas codificadas que passarão a definir

¹⁵⁷ FRAZÃO, Fundamentos dos dados pessoais, cit., p. 37.

¹⁵⁸ AGRAWAL, Jay; GANS, Joshua; GOLDBARF, Avi. Prediction machines. The simple economics of artificial intelligence. Boston: Harvard Business Review Press, 2018.

¹⁵⁹ RODOTÀ, Stefano. A vida na sociedade da vigilância. A privacidade hoje. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. Trad. Danilo Doneda e Laura Cabral Doneda, p. 111-139.

¹⁶⁰ DONEDA, Danilo. Da privacidade à proteção de dados pessoais. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 174-175.

¹⁶¹ CHENEY-LIPPOLD, John. We are data. Algorithms and the making of our digital selves. New York: New York University Press, 2017, p. xiii-7.

não apenas quem somos, mas também quem seremos, na medida em que os dados nos representam ao mesmo tempo que nos regulam¹⁶².

Se tal cenário já é preocupante para adultos, imagine-se então para crianças e adolescentes. Não é difícil concluir, portanto, que a utilização de dados pode subjugar o indivíduo. O uso da expressão “subjugação” não é exagerado: os algoritmos (ou aqueles que os criam ou utilizam) tanto podem determinar o destino das pessoas como podem ser desenhados para influenciar e modificar o comportamento humano¹⁶³. Com efeito, o conhecimento profundo das características do usuário, inclusive no que se refere às suas fragilidades, pode ser utilizado para toda sorte de discriminações e abusos, além da manipulação de suas emoções, crenças e opiniões para diversos fins¹⁶⁴.

Sob esse aspecto, até a noção de privacidade usualmente restrita à ideia de privacidade e ao direito de ser deixado só sofre uma transformação. Daí a advertência de Rodotà¹⁶⁵ de que “o problema da circulação das informações pessoais, portanto, não pode ser solucionado somente a partir de noções correntes de privacidade”, e que a “privacidade não se confunde com o que é secreto”, motivo pelo qual “pode-se dizer hoje que a sequência quantitativamente mais relevante é “pessoa-informação-circulação-controle” e não apenas “pessoa-informação-sigilo”, em torno da qual foi construída a noção clássica de privacidade.

¹⁶² FRAZÃO, Fundamentos dos dados pessoais, cit., p. 38.

¹⁶³ FRAZÃO, Fundamentos dos dados pessoais, cit., p. 40.

¹⁶⁴ FRAZÃO, Fundamentos dos dados pessoais, cit., p. 41.

¹⁶⁵ RODOTÀ, Stefano. A vida na sociedade da vigilância, cit., pp. 18-19.

Além dos riscos à personalidade, a coleta e utilização de dados desperta sérias preocupações também sob o ponto de vista da isonomia. Isso porque um dos desdobramentos da vigilância é a possibilidade de selecionar e classificar indivíduos, o que pode afetar, de maneira expressiva, suas oportunidades de vida.

Esses riscos são potencializados diante da utilização, cada vez mais ampla, de algoritmos sem a menor transparência. No contexto de uma “sociedade de vigilância” é imprescindível assegurar o mínimo de *accountability* e de clareza, para que haja maior controle sobre (i) a qualidade dos dados, a fim de saber se atendem aos requisitos da veracidade, exatidão, precisão, acurácia e, sobretudo, adequação e pertinência, diante dos fins que justificam sua utilização e (ii) a qualidade do processamento dos dados, para identificar se a programação utilizada é idônea para assegurar resultados confiáveis¹⁶⁶.

A falta de transparência torna-se ainda mais preocupante quando se verifica que os algoritmos são aperfeiçoados a partir de inteligência artificial, por meio do qual, com a aprendizagem de máquina (*machine learning*), mais e mais algoritmos se desenvolvendo, aprimorando a si mesmos a partir dos próprios “erros”¹⁶⁷.

Daí a advertência de Jonh Gilliom e Torin Monahan¹⁶⁸ de que esses sistemas fazem muito mais do que nos vigiar; efetivamente, trabalham para moldar nossas identidades e nos categorizar por meio de padrões sociais existentes e ainda vinculados a desigualdades de raça, classe e gênero, para que, a partir daí, passemos a ser tratados diferentemente, e

¹⁶⁶ FRAZÃO, Fundamentos dos dados pessoais, cit., p. 41.

¹⁶⁷ FRAZÃO, Fundamentos dos dados pessoais, cit., p. 42.

¹⁶⁸ GILLIOM, John; MONAHAN, Torin. *Supervision. An Introduction to the Surveillance Society*. Chicago: The University of Chicago Press, 2013, p. 129-139.

a ter nossas escolhas e comportamentos alterados mediante premiações e punições. No seu livro *Turing's Cathedral*, George Dyson afirma, com ironia, que o Facebook define quem somos, a Amazon define o que queremos e o Google define o que pensamos¹⁶⁹.

De fato, as plataformas digitais, como descrito anteriormente, exercem enorme poder econômico, político e social. Grande parte disso se explica por sua capacidade massiva de extração de dados, que a chamada "economia da atenção" assegura. Tem-se aí, o que, segundo Castells¹⁷⁰ é a forma mais fundamental de poder: a habilidade de moldar a mente humana, a partir da capacidade relacional que um ato social tem de influenciar, de forma assimétrica, as decisões de outros atos sociais em favor de seus próprios interesses e valores.

3. AGRAVAMENTO DOS RISCOS EM RAZÃO DA SUPEREXPOSIÇÃO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES

As crianças e adolescentes estão ainda mais suscetíveis a tais processos de coleta de dados e aos efeitos nefastos que deles podem decorrer. De acordo com a Pesquisa Tic Online

¹⁶⁹ FRAZÃO, Fundamentos dos dados pessoais, cit., p. 45.

¹⁷⁰ CASTELLS, Manual. O poder da comunicação. São Paulo: Paz e Terra, 2016.

2019¹⁷¹, 89% das crianças e adolescentes entre 9 e 17 anos são usuários¹⁷² de internet no Brasil. Entre as crianças de 9 a 10 anos, o percentual é de 79% e, na faixa etária de 11 a 12 anos, o valor é ainda maior: 90%.

Entre as crianças e os adolescentes que são usuários de internet, 83% assistiu a vídeos, programas, filmes ou séries *online*, e 68% utilizou redes sociais. Ao segmentar os números por faixa etária, observa-se que a quantidade de crianças que utilizou as redes sociais é bastante expressiva: 28% dos usuários entre 9 e 10 anos e 51% entre aqueles de 11 e 12 anos. De acordo com a pesquisa, o percentual de crianças que compartilhou conteúdo na internet também é elevado: 21% dos usuários de 9 e 10 anos, 33% dos usuários de 11 a 12 anos, 52% dos adolescentes que têm entre 13 e 14 anos e 61% dos que têm entre 15 e 17 anos.

Essa hiperconectividade, aliada à superexposição das crianças e adolescentes na rede, traduz-se em uma massiva coleta de dados e na impossibilidade de controlar o fluxo dos dados pessoais. Todavia, como destaca a Unicef, o exercício efetivo do direito das crianças a seu desenvolvimento, educação, liberdade de expressão e acesso à informação online depende

¹⁷¹ Cf. NIC.BR - NÚCLEO DE INFORMAÇÃO E COORDENAÇÃO DO PONTO BR. TIC Kids Online Brasil 2019: pesquisa sobre o uso da internet por crianças e adolescentes no Brasil. São Paulo: Comitê Gestor da Internet no Brasil (CGI.br), 2020. Disponível em: https://cetic.br/media/docs/publicacoes/2/20201123093344/tic_kids_online_2019_livro_eletronico.pdf/. Acesso em 28 ago. 2020. A pesquisa TIC Kids Online Brasil é realizada anualmente, desde 2012, pelo Centro Regional de Estudos para o Desenvolvimento da Sociedade da Informação (Cetic.br). A iniciativa tem como objetivo examinar o acesso à Internet por crianças e adolescentes de 9 a 17 anos de idade e uso usos que eles fazem da rede.

¹⁷² A pesquisa considera “usuário” aquele que utilizou a Internet pelo menos uma vez nos três meses que antecederam a entrevista.

da garantia de que seus dados pessoais não serão expostos a riscos¹⁷³.

Os efeitos colaterais que os métodos de vigilância podem causar às crianças ainda são pouco conhecidos. Muito se fala dos riscos decorrentes do uso de computadores para socialização e a perda da infância, mas ainda se discute muito pouco as consequências do registro de todos os passos das crianças, mormente porque o entendimento clássico a respeito da privacidade baseou-se em um mundo ainda analógico¹⁷⁴.

Em pouco tempo, contudo, os dados acumulados das crianças, precocemente inseridos na economia movida a dados, irá superar os de seus próprios pais. Com efeito, as crianças de hoje são a primeira geração cujos dados são armazenados desde o nascimento, quando não desde a vida intrauterina. Os efeitos a longo prazo disso, todavia, são difíceis de prever com precisão¹⁷⁵, mas a novidade do tema impõe cautela.

Mesmo na ausência de estudos mais específicos, entretanto, não é difícil imaginar que os riscos à autonomia, à liberdade, à autodeterminação, além da intimidade, são ainda mais graves para as crianças por sua peculiar característica de pessoa em desenvolvimento, cujo caráter e personalidade ainda estão em processo de formação. Essa fase dinâmica do desenvolvimento agrava a preocupação com eventuais classificações e predições.

¹⁷³ UNICEF. Children and Digital Marketing: rights, risks and responsibilities. discussion paper. [s.l.], 2018. Disponível em: https://sites.unicef.org/csr/css/Children_and_Digital_Marketing_-_Rights_Risks_and_Responsibilities.pdf. Acesso em: 1 ago. 2020, p. 4.

¹⁷⁴ EBERLIN, Fernando Büscher von Teschenhausen. Direitos da criança na Sociedade da informação. São Paulo: RT, 2019. E-book.

¹⁷⁵ MASCHERONI, G; HOLLOWAY, Donnel. The quantified child: discourses and practices of dataveillance in different life stages. In: O Erstad, R. et al (orgs.) Routledge Handbook of Digital Literacies in Early Childhood. Abington: Routledge, 2019.

Isso porque infância e adolescência são etapas tipicamente caracterizadas pela curiosidade, pelo aprendizado e por novas experiências, gostos, mudanças de comportamento, etc.

É imperioso assegurar que o tratamento de dados, a serviço de interesses comerciais, não impeça que as crianças e adolescentes possam exercer seu direito de traçar suas trajetórias de vida livremente. Some-se a isso o fato de que as crianças têm menos condições de entender a extensão e os impactos da extração de dados. Não é sem razão que são, inclusive, consideradas, “consumidores hipervulneráveis”.

Registre-se que muitas crianças pequenas e bebês têm seus dados expostos nas redes sociais pelos pais ou, algumas vezes, pelas escolas. Em geral, quando os pais publicam informações dos filhos, eles acreditam que os dados não serão vistos nem utilizados por outras pessoas além da audiência selecionada, especialmente porque as próprias redes sociais permitem escolher quem poderá visualizar as informações.

Isso, aliás, estimula os pais a compartilharem dados de crianças e adolescentes, sem estarem totalmente conscientes das consequências a longo prazo dessa exposição, mormente diante da falta de clareza das políticas de privacidade das plataformas. A partir da informação postada, contudo, *data brokers* criam mini perfis das crianças, que podem ser continuamente incrementados durante toda a sua vida.

Há também um número expressivo de crianças que possuem perfis próprios nas redes sociais — apesar de, em tese, os termos e condições das principais plataformas fixarem a idade mínima em 13 anos. O comportamento é estimulado pela falta da instituição de mecanismos mínimos de controle de idade pelas plataformas, além da promoção e monetização de conteúdos produzidos por crianças, a exemplo dos *youtubers mirins*.

O formato das plataformas de comunicação, como Facebook, Instagram e YouTube, também estimula a superexposição das crianças e adolescentes por meio dos recursos de engajamento (curtidas, compartilhamentos, números de visualizações, números de seguidores ou inscritos, etc).

Some-se a isso a necessidade de aprovação, especialmente na puberdade e na adolescência, que fomenta a exposição nas redes na busca desenfreada pelos “likes”. A psiquiatra Loura Moron compara a “ditadura dos likes” a uma espécie de droga em razão de seu caráter viciante.¹⁷⁶

Como expõe Fernando Eberlin¹⁷⁷, apoiado nas lições de Han, “os meios de comunicação e de interação, via redes sociais, minam as reações humanas e a capacidade de resistência às pressões, estimulando um sentimento próprio narcísico que expõe o ego em forma de mercadoria”, assim “ao mesmo tempo em que ganham controle sobre a sua própria rede, ficam sujeitas a determinadas pressões que nascem desse ambiente”.

Não por acaso, Sean Parker, cofundador do Facebook, em 2017, proferiu uma forte declaração em uma entrevista, ressaltando que a plataforma é, deliberadamente, desenhada para explorar a vulnerabilidade da mente humana, na medida

¹⁷⁶ MORÓN, Lola. A ditadura dos ‘likes’. El País. [s.l.]. 21 abr. 2018. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2018/04/11/eps/1523439393_286283.html. Acesso em: 27 jul. 2020.

¹⁷⁷ EBERLIN, Fernando Büscher von Teschenhausen. Direito da criança na Sociedade da Informação, cit.

em que cada *like* ou comentário funciona como uma pequena dose de dopamina que estimula novas publicações.¹⁷⁸

Não fossem todos os efeitos psicológicos daí decorrentes, essa superexposição nas plataformas sociais, como visto, transforma-se em mercadoria — os dados — a partir dos quais os sistemas de algoritmos buscam moldar nossas identidades, predizendo nossos comportamentos, o que, se já é extremamente preocupante para um adulto, torna-se ainda mais grave para uma criança.

4. A LGPD E A NECESSÁRIA PROTEÇÃO DE DADOS DAS CRIANÇAS

A Lei Geral de Proteção de Dados estabeleceu tratamento diferenciado para a coleta, armazenamento e tratamento de dados de crianças e adolescentes, reconhecendo a necessidade de tutela especial, em observância à Constituição Federal e ao Estatuto da Criança e do Adolescente. A regra, a rigor, seria, inclusive, dispensável, ante o disposto no texto constitucional, do qual já decorre a necessidade de assegurar tutela especial a esses indivíduos. O legislador, contudo, fez questão de reforçar a proteção ao impor, logo no caput do art. 14, a necessidade de que seja observado o melhor interesse da criança e do adolescente no tratamento de dados.

A disciplina, prevista no art. 14, embora exígua, estabelece parâmetros extremamente importantes para compreender os deveres de cuidado impostos aos controladores e operadores em razão da maior vulnerabilidade desses sujeitos de direito.

¹⁷⁸ ALLEN, Mike. Sean Parker unloads on Facebook: God only knows what it's doing to our children's brains. *Axios*. [s.l.]. 9 nov. 2017. Disponível em: <https://www.axios.com/sean-parker-unloads-on-facebook-god-only-knows-what-its-doing-to-our-childrens-brains-1513306792-f855e7b4-4e-99-4d60-8d51-2775559c2671.html>. Acesso em: 13 ago. 2020.

O dispositivo estrutura-se sob quatro pilares: (i) a necessidade de observar o melhor interesse da criança; (ii) a exigência de consentimento específico parental razoavelmente verificável; (iii) a impossibilidade de condicionar a prática de jogos ou outras aplicações ao fornecimento de dados pessoais desnecessários e (iv) transparência e clareza na política de dados.

Em seu art. 14, § 1º, a LGPD estabeleceu que o tratamento de dados pessoais de crianças depende do consentimento “específico e em destaque dado por pelo menos um dos pais ou responsável legal”. A proteção diferenciada se justifica em razão da presumida vulnerabilidade da criança. Em razão de seu desenvolvimento incompleto, as crianças não teriam condições de ponderar os riscos relativos ao tratamento de dados.

Registre-se que a exigência de consentimento parental no § 1º do art. 14 não impede a incidência de outras bases legais de tratamento de dados de crianças, notadamente daquelas elencadas nas alíneas “a” a “g” do art. 11, inciso II, da LGPD.

A doutrina tem criticado a distinção para o tratamento de crianças e adolescentes adotado no caput do art. 14 da Lei Geral de Proteção de Dados, que só exigiu, expressamente, o consentimento dos pais para as crianças. A aplicação dessa disciplina pode trazer algumas discussões importantes. Isso porque, sob a ótica da legislação civil, consideram-se absolutamente incapazes os menores de 16 anos (art. 3º do CC), de modo que, em regra, não podem celebrar negócios jurídicos válidos sem a devida representação dos pais.

Ainda que se admita que as pessoas com 12 anos dispõem de certa maturidade intelectual — o que, aliás, justifica que não sejam mais consideradas como “crianças” pelo Estatuto da Criança e do Adolescente —, é muito difícil imaginar que elas serão capazes de compreender toda a extensão e

as consequências de termos e condições contratuais que, diversas vezes, se revelam ininteligíveis inclusive para adultos. De fato, a utilização de serviços e plataformas digitais, ante os inúmeros desdobramentos da coleta e tratamento de dados de seus usuários, constitui negócio jurídico cujos efeitos são muito mais complexos e gravosos do que grande parte dos contratos previstos no Código Civil, sendo, portanto, bastante problemática a dispensa do consentimento parental a partir dos 12 anos.

Entretanto, diante dos requisitos legais para que o consentimento seja válido, nos termos do art. 5º da LGPD, já se imagina inclusive a pouca eficácia que o consentimento terá como base legal de tratamento de dados, pois dificilmente se poderá atingir todos os pressupostos legais para que seja considerado válido, ainda mais diante das dificuldades naturais inerentes à compreensão de tratamentos de dados cada vez mais complexos e sofisticados, ainda mais quando são feitos de forma automatizada e por técnicas avançadas de inteligência artificial.

Não é sem razão que a dificuldade de assegurar um “consentimento pleno e informado” tem sido objeto de grande preocupação na doutrina. Neste sentido, Ana Carolina Brochado e Anna Cristina de Carvalho Rettore¹⁷⁹, ao refletirem sobre o tratamento dos dados de crianças e adolescente, advertem que (i) o grande número de Termos e Condições, que tornam impossível sua memorização, (ii) a tendência dos consumidores de darem maior atenção aos benefícios imediatos, do que aos efeitos de longo prazo e (iii) a prática do “tudo ou nada”, que

¹⁷⁹ BROCHADO, Ana Carolina. RETTORE, Anna Cristina de Carvalho. A autoridade parental e o tratamento de dados de crianças e adolescentes. In: FRAZÃO, Ana; TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato (coords). Lei Geral de Proteção de Dados e suas repercussões no Direito Brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, pp. 633-655, 2019. E-book, p. 633.

condiciona o usufruto dos serviços ao consentimento, quanto ao fornecimento dos dados, podem ser grandes entraves para se assegurar o consentimento livre e informado.

Daí a correta conclusão de Fernando Eberlin¹⁸⁰ de que “a menos que os contratos de adesão sejam substancialmente modificados, não há elementos que permitam concluir que os pais terão mais atenção aos longos termos de uso e privacidade”, o que fará com que o “consentimento parental tenha pouca, ou até mesmo nenhuma utilidade”, mormente porque é improvável que os pais deixem de aderir a determinado serviço, em razão de políticas de privacidade vagas, ou cujos efeitos a longo prazo são muito difíceis de compreender.

Há, na verdade, uma manifesta assimetria de poder entre os usuários (consumidores) e muitos fornecedores de serviços digitais, dentre os quais as plataformas, o que é reforçado pelo imenso volume de informações que, em geral, o usuário não tem condições de compreender nem de avaliar, o que inviabiliza que haja um processo genuíno de tomada de decisão¹⁸¹. Essa preocupação se reforça diante do critério de idade fixado na LGPD, que só exige o consentimento dos pais para menores de 12 anos, deixando a cargo de absolutamente incapazes decisões complexas, cujo consentimento pleno e informado, como visto, é um desafio inclusive para os próprios pais.

Além disso, o consentimento qualificado descrito na LGPD também se baseia na ficção de que os consumidores poderão barganhar por privacidade ou simplesmente deixar de contratar. Ora, a posição dominante exercida por várias plataformas, decorrente da falta de rivalidade, e aliadas a cláusulas do *tipo*

¹⁸⁰ EBERLIN, Fernando Büscher von Teschenhausen. Direitos da criança na sociedade da informação, cit.

¹⁸¹ BROCHADO, Ana Carolina. RETTORE, Anna Cristina de Carvalho. A autoridade parental e o tratamento de dados de crianças e adolescentes, cit., p. 636.

“*take it or leave it*” torna muito discutível a legitimidade do consentimento.

Daí a imperiosa necessidade de que seja observado o princípio do melhor interesse no tratamento de dados de crianças e adolescentes, como expressamente determina o *caput* do art. 14, além do § 4º do mesmo dispositivo, independentemente do consentimento dos pais.

A lei impõe, ainda, o dever de o controlador “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” (art. 14, § 5º, da LGPD).

O consentimento parental deve ser, portanto, passível de verificação, incumbindo ao controlador o ônus de realizar os melhores esforços para assegurar que os pais, plenamente informados, manifestem sua concordância com a política de privacidade que será conferida aos dados de seus filhos.

Diante de todas essas limitações e dificuldades para se assegurar, de maneira efetiva, que o consentimento será livre e plenamente informado, e mesmo que o tratamento de dados se justifique por outra base legal que não o consentimento, é imperioso entender que deverá sempre atender ao princípio do melhor interesse de crianças e de adolescentes.

Nesse sentido, como adverte Tânia da Silva Pereira¹⁸², o princípio prevalece mesmo em detrimento dos interesses dos pais. Nas palavras da autora, “a aplicação do princípio do *best interest* permanece como um padrão considerando sobretudo, as necessidades da criança em detrimento dos interesses de

¹⁸² PEREIRA, Tânia da Silva. O “melhor interesse da criança”. In: PEREIRA, Tânia da Silva (Coord). O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar. Rio de Janeiro, Renovar, 1999, p. 3.

seus pais, devendo-se realizar sempre uma análise do caso concreto”.

Apesar de seu conceito indeterminado, o princípio não pode ser interpretado de maneira aleatória, devendo ser entendido no sentido que leve ao adimplemento do espírito da Constituição e das garantias por ela previstas, como alerta Heloísa Helena Barboza¹⁸³.

Nesse cenário, não há dúvida de que o consentimento expresso dos pais não ilide a obrigação descrita no caput do art. 14 de que o tratamento dos dados pessoais seja feito no melhor interesse da criança. A própria topografia da lei, que inseriu a observância do melhor interesse do melhor no caput é evidência disso¹⁸⁴.

Note-se que, mesmo quando os pais manifestam vontade clara, inequívoca e informada em determinado sentido, é necessário avaliar se a decisão atende ao melhor interesse, cuja observância, como descrito anteriormente, é de observância obrigatória em toda questão que envolva crianças e adolescentes.

Com maior razão, deve-se dar primazia a esse princípio em relação ao consentimento dos pais em relação à tutela dos dados pessoais, ante as dificuldades de assegurar que esse consentimento se dará de forma livre e plenamente informada. Como descrito anteriormente, muitas vezes, as políticas de privacidade se valem de redações truncadas ou

¹⁸³ BARBOZA, Heloísa Helena. Paternidade responsável: o cuidado como dever jurídico. In: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de. Cuidado e responsabilidade. São Paulo: Atlas, 2011, p. 86.

¹⁸⁴ BARBOZA, Heloísa Helena et al. Contornos jurídicos do apadrinhamento no direito brasileiro: considerações à luz do melhor interesse de crianças e adolescentes, RJLB, ano 6, nº 3, 2020, p. 855-896. Disponível em https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2020/3/2020_03_0855_0896.pdf. Acesso em 22 jul. 2020.

vagas, para, por via transversa, obter o consentimento dos usuários para fins sequer compreendidos pelos pais. Some-se a posição dominante das plataformas que restringe a liberdade de consentimento.

Não há, portanto, outra conclusão possível senão a de que a obrigação dos controladores de atuar em conformidade com o melhor interesse da criança subsiste ainda que os pais, expressamente, consintam com a coleta, tratamento e utilização de dados que não estejam em consonância com esse fim. A bem da verdade, não se poderia sequer admitir esse tipo de conduta, que viola flagrantemente a lei e a Constituição. Com efeito, a formulação da política de privacidade deverá, necessariamente, atender ao melhor interesse da criança.

O atendimento do melhor interesse da criança exige, como referem Ana Carolina Brochado e Anna Rettore¹⁸⁵, que os dados de crianças e adolescentes não sejam utilizados

como meio de classificação dos futuros adultos por suas preferências e modos de vida, aprofundando uma postura discriminatória que dificulte ainda mais uma igualdade de oportunidades, segundo as competências, as habilidades reais e condições pessoais ou para buscar um emprego, por exemplo.

É preciso, como destacam as autoras, proteger suas memórias, para que interesses de mercado não levem ao condicionamento de sua vida adulta¹⁸⁶.

Um dos desdobramentos inequívocos do dever de observância do melhor interesse da criança e do adolescente

¹⁸⁵ BROCHADO, Ana Carolina. RETTORE, Anna Cristina de Carvalho. A autoridade parental e o tratamento de dados de crianças e adolescentes, cit., p. 643.

¹⁸⁶ BROCHADO, Ana Carolina. RETTORE, Anna Cristina de Carvalho. A autoridade parental e o tratamento de dados de crianças e adolescentes, cit., p. 645.

está previsto no § 4º do art. 14, traduzido na vedação à exigência de informações pessoais além do estritamente necessário.

Com efeito, procurando superar muitos dos inconvenientes da *take-it-or-leave-it choice*, a LGPD previu, como regra, que serviços ofertados pela internet para crianças não devem ser condicionados ao fornecimento de informações pessoais, salvo as estritamente necessárias à atividade, nos termos do § 4º do art. 14. Portanto, caso haja o desrespeito a tal previsão, o tratamento deve ser considerado abusivo, mesmo tendo havido o consentimento de pelo menos um dos pais ou do responsável legal pela criança.

Condicionar o acesso ao fornecimento de dados pessoais, além do estritamente necessário para a utilização e a melhoria do serviço, assegura o chamado "*behavioral surplus*"¹⁸⁷, no qual se baseia o capitalismo de vigilância. As plataformas têm utilizado esses dados há anos, não apenas para promover a propaganda direcionada, mas também para a implantação de arquiteturas que influenciam o comportamento do usuário¹⁸⁸. O *surplus* é o que alimenta os processos de *machine learning*, responsáveis por fabricar previsões cada vez mais sofisticadas sobre o comportamento dos usuários.

Em relação às crianças, contudo, essa prática foi expressamente vedada pelo art. 14, § 1º, da LGPD. A previsão busca reduzir os efeitos deletérios que cláusulas do tipo "*take it or leave it*" poderiam produzir. No que se refere aos adolescentes, ainda que não exista previsão expressa, a interpretação decorre não somente da referência do *caput*

¹⁸⁷ ZUBOFF, Shoshana. The age of surveillance, cit., p. 97.

¹⁸⁸ YATES, Mark. "Behavioral Surplus" Is Not Evil: it's essential to customer experience. IDC. [s.l.]. 20 maio 2019. Disponível em: <https://blog-idcuk.com/behavioral-surplus-for-cx/>. Acesso em: 5 ago. 2020.

do art. 14, que impõe a observância do princípio do melhor interesse no tratamento de dados pessoais tanto de crianças quanto de adolescentes, como dos próprios princípios da finalidade e da necessidade (LGPD, art. 6º, I e III), que apenas admitem — inclusive para adultos — a coleta dos dados absolutamente indispensáveis para os propósitos legítimos a que devem ser destinados.

Acresce que, não bastassem as regras já existentes sobre os deveres de transparência e informação, o § 6º do art. 14 ainda prevê 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.”

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante dos riscos decorrentes da coleta indiscriminada de dados de crianças, não é de surpreender que a Lei Geral de Proteção de Dados tenha imposto tratamento mais protetivo à coleta e tratamento de dados nessas hipóteses.

Além da observância das regras expressamente previstas no art. 14 da LGPD e seus respectivos parágrafos, a tutela especial das crianças e adolescentes impõe uma conclusão importante sobre o tema: o consentimento dos pais ou do responsável legal, no caso das crianças, ou do próprio titular, no caso dos adolescentes, conforme o caso, não eximem os controladores de observarem o melhor interesse da criança e do adolescente no que se refere ao tratamento de seus dados.

De toda sorte, qualquer que seja a base legal, é importante deixar claro que devem ser observados os princípios específicos do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) e os princípios da LGPD, dentre os quais o da finalidade e da necessidade, de forma que apenas será legítima a coleta de dados que seja imprescindível para a finalidade legítima que a justifica, assim como o da ampla transparência.

Em todo caso, é fundamental assegurar que os dados de crianças não possam ser coletados para qualquer utilização que possa tolher as suas opções e horizontes de vida, assim como o seu direito ao livre desenvolvimento da personalidade. Se a maior luta do ser humano na atualidade pode ser a preservação do seu livre arbítrio, temos que assegurar que nossas crianças e adolescentes possam pelo menos ter o direito de participar desta luta.

DECISÕES AUTOMATIZADAS E A PROTEÇÃO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES

Sergio Marcos Carvalho de Ávila Negri¹⁸⁹
Maria Regina Rigolon Korkmaz¹⁹⁰

1. INTRODUÇÃO

O *The New York Times* reportou que Hector Balderas, o procurador-geral do estado do Novo México, nos Estados Unidos, apresentou uma ação judicial contra o Google em fevereiro de 2020, sobre o fundamento de que a *tech giant* usou as suas aplicações direcionadas para a educação para vigiar o comportamento de crianças e de suas famílias. Dados pessoais como localização, *sites* visitados, vídeos assistidos no YouTube e gravações de voz foram exemplificadas na ação como presentes no escopo da vigilância, tendo sido apontadas violações ao *Children's Online Privacy Protection Act* (COPPA) e à respectiva lei estadual.

Anteriormente, em setembro de 2019, diante de acusações em nível federal e pelo estado de Nova Iorque, o Google concordou em pagar uma multa no valor de 170 milhões de dólares pela coleta ilícita de dados pessoais de crianças no YouTube. Em 2015, o Google havia assinado um compromisso

¹⁸⁹ Professor Adjunto do Departamento de Direito Privado e membro do corpo docente permanente do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito e Inovação da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF). Doutor e Mestre em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Especialista em Direito Civil pela Università degli Studi di Camerino (Itália). E-mail: sergio.negri@ufjf.edu.br.

¹⁹⁰ Doutoranda em Direito Civil pela UERJ. Mestre em Direito e Inovação pela UFJF. Advogada. Membro do Observatório de Legislação e Jurisprudência da Comissão de Direito Privado e Novas Tecnologias do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. E-mail: mariareginadcr@gmail.com.

voluntário de preservar a privacidade de estudantes, limitando a coleta dos dados aos estritamente necessários para fins educacionais, entre outras contingências. Hector Balderas apontava, entre os fundamentos do processo, a violação desse acordo.¹⁹¹ Em setembro de 2020, a demanda foi negada, tendo o juízo competente acolhido o fundamento levantado pelo Google no sentido de que não havia violado qualquer normativa, uma vez que apenas se exige juridicamente que esforços razoáveis sejam envidados para notificar e obter o consentimento.¹⁹² Houve recurso para a *10th U.S. Circuit Court of Appeals*.¹⁹³

Embora a diversidade do contexto normativo do Brasil,¹⁹⁴ o caso ilustra como a infância e a adolescência estão suscetíveis a interesses e interferências heterônomos diante dos avanços tecnológicos.

¹⁹¹ SINGER, Natasha; WAKABAYASHI, Daisuke. New Mexico Sues Google Over Children's Privacy Violations. 2020. The New York Times. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2020/02/20/technology/new-mexico-google-lawsuit.html>. Acesso em: 09 mar. 2021.

¹⁹² BRYAN, Susan Montoya. US judge dismisses New Mexico privacy claims against Google. 2020. ABCNews. Disponível em: <https://abcnews.go.com/Technology/wireStory/us-judge-dismisses-mexico-privacy-claims-google-73295336>. Acesso em: 02 abr. 2021.

¹⁹³ READ, Sara Merken 1 Min. New Mexico AG seeks to revive children's privacy lawsuit against Google. 2020. Reuters. Disponível em: <https://www.reuters.com/article/dataprivacy-google-newmexico-idUSL1N2IG2G2>. Acesso em: 02 abr. 2021.

¹⁹⁴ O fenômeno conceituado por "capitalismo de vigilância" por Shoshana Zuboff, no qual o Google figuraria como pioneiro, tem, em realidade, acepção global. Cf. "Surveillance capitalism unilaterally claims human experience as free raw material for translation into behavioral data. Although some of these data are applied to product or service improvement, the rest are declared as a proprietary behavioral surplus, fed into advanced manufacturing processes known as "machine intelligence," and fabricated into prediction products that anticipate what you will do now, soon, and later". (ZUBOFF, Shoshana. *The Age of Surveillance Capitalism: the fight for a human future at the new frontier of power*. New York: PublicAffairs, 2019).

No paradigma da ostensiva coleta de dados pessoais, tecnologias baseadas em Inteligência Artificial (IA)¹⁹⁵ vêm

¹⁹⁵ Não há consenso sobre o conceito de Inteligência Artificial. Russel e Norvig visualizam oito tipos diferentes de definições para o termo. Os autores dividem as abordagens em quatro categorias: (i) pensando como um humano; (ii) pensando racionalmente; (iii) agindo como seres humanos; e (iv) agindo racionalmente (RUSSELL, Stuart; NORVIG, Peter. *Inteligência artificial*. 3. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013). Nesse sentido, observa-se que definições dividem-se em perspectivas sobre processos de pensamento e raciocínio e comportamento, além de utilizarem como referencial o desempenho humano ou a racionalidade, respectivamente. Para Eduardo Magrani, Inteligência Artificial é um subcampo da informática que tem por objetivo habilitar o desenvolvimento de computadores que sejam capazes de emular a inteligência humana ao realizar determinadas tarefas (MAGRANI, Eduardo. *Entre dados e robôs: ética e privacidade na era da hiperconectividade*. Porto Alegre: Arquipélago Editorial, 2019. p. 1-304). Alexandre Quaresma ressalta que a própria expressão “inteligência artificial” contém um equívoco, qual seja, uma ambiguidade conceitual que decorre do fato de que esses sistemas não surgem artificialmente por si, mas sim da própria inteligência humana (QUARESMA, Alexandre. *Inteligência artificial e bioevolução: Ensaio epistemológico sobre organismos e máquinas*. Dissertação de mestrado pelo programa de pós-graduação em Tecnologias da Inteligência e Design Digital (TIDD), pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo). Sem desconsiderar os variados campos e abordagens, nota-se que a IA foi historicamente conceituada em termos antropomórficos. Além de sempre se falar de máquinas que pensam e aprendem, o próprio nome - inteligência artificial - nos desafia a comparar reiteradamente os modos humanos de raciocínio com algoritmos e outros modelos matemáticos. Cf. “Da mesma forma que acontece com os conceitos jurídicos, nem sempre é claro se essa linguagem é utilizada em sentido literal ou metafórico.” (NEGRI, Sergio Marcos Carvalho de Avila; *Robôs como pessoas: a personalidade eletrônica na Robótica e na Inteligência Artificial*. PENSAR, v. 25, p. 1-14, 2020). Nos últimos anos, ganhou destaques o chamado aprendizado de máquina, que não se confunde propriamente com a IA: “Aprendizado de máquina é qualquer metodologia e conjunto de técnicas que podem empregar dados para criar novos padrões e conhecimentos e gerar modelos que podem ser usados para previsões eficazes sobre os dados. O aprendizado de máquina é definido pela capacidade de definir ou modificar regras de tomada de decisão de forma autônoma.” (OTTERLO, Van. *A machine learning view on profiling*. In: HILDEBRANDT, M.; DE VRIES, K. (Eds.) *Privacy, due process and the computational turn: philosophers of law meet philosophers of technology*. Abingdon: Routledge, 2013. p. 41-64.). Atualmente as técnicas utilizadas dividem-se nas seguintes abordagens principais: o aprendizado supervisionado, o aprendizado não supervisionado e o aprendizado por reforço. Ao tratar do aprendizado de máquina, Caitlin Mulholland e Isabella Z. Frajhof alertam que, muitas vezes, os resultados são obtidos sem que seja possível reconhecer previamente os padrões que foram adotados pela inteligência artificial para a análise dos dados selecionados e o modo de trabalho que levaram a esses outputs (MULHOLLAND, Caitlin; FRAJHOF, Isabella Z. *Inteligência Artificial e a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais: Breves anotações sobre o direito à explicação perante a tomada de decisões por meio de machine learning*. In: FRAZÃO, Ana; MULHOLLAND, Caitlin (Org.). *Inteligência Artificial e Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 263-290).

sendo utilizadas em larga escala no campo da saúde e do bem-estar de crianças e adolescentes. A IA assume papel crescente em brinquedos e oportunidades criativas, sob a premissa de estimular *social skills* e o desenvolvimento da linguagem. Em conjunto com a educação formal, ganha referência a “*AI-powered educational technology (ed tech)*”.¹⁹⁶ A facilitação de diagnósticos médicos e a indicação de tratamento, a criação de *chatbots* “terapêuticos”, a identificação de dificuldades no campo da saúde mental e indicação de assistência, a criação de relatórios de tendências suicidas para facilitar a assistência prévia, como reportado pelo Berkman Klein Center for Internet and Society, apresentam a limítrofe atuação que essas tecnologias podem representar em termos de privacidade e riscos à segurança da informação, sobretudo para menores.¹⁹⁷

As previsões de comportamento com base em dados podem ser utilizadas com a finalidade de direcionar práticas de *nudge*, persuasão e conduzir, em última análise, o público alvo a aderir a comportamentos que resultariam em um resultado lucrativo, ainda que se valendo de práticas obscuras.¹⁹⁸ Da parte do mercado, é de conhecimento a influência que

¹⁹⁶ HASSE, Alexa; CORTESI, Sandra; LOMBANA-BERMUDEZ, Andres; GASSER, Urs. Youth and Artificial Intelligence: Where We Stand. 2019. Berkman Klein Center for Internet & Society publication. Disponível em: <https://cyber.harvard.edu/publication/2019/youth-and-artificial-intelligence/where-we-stand>. Acesso em: 02. fev. 2021.

¹⁹⁷ HASSE, Alexa; CORTESI, Sandra; LOMBANA-BERMUDEZ, Andres; GASSER, Urs. Youth and Artificial Intelligence, cit., p. 15-19.

¹⁹⁸ UNITED NATIONS. General Assembly. Artificial intelligence and privacy, and children’s privacy - Report of the Special Rapporteur on the right to privacy, Joseph A. Cannataci. 2021. Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G21/015/65/PDF/G2101565.pdf?OpenElement>. Acesso em: 29 mar. 2021, p. 14.

jovens exercem nas decisões de consumo de suas famílias.¹⁹⁹ Este cenário macro, que transcende a esfera de crianças e adolescentes, tem implicações mais sensíveis neste grupo. O mercado de publicidade *online* para crianças e adolescentes pode corresponder a 1,7 bilhões de dólares em 2021, com mais de 72 milhões de pontos de dados coletados de cada criança por companhias de publicidade antes que atinjam a idade dos 13 anos, como reporta a CNIL, autoridade de proteção de dados francesa, junto às Nações Unidas.²⁰⁰

Em paralelo, de maneira progressiva, a auto estima e a própria concepção individual necessárias para a formação da personalidade e da identidade de crianças e adolescentes são construídas de maneira digital. É nesse cenário que afloram discussões sobre a tomada de decisões com base no tratamento automatizado de dados que interfiram, de maneira sensível, em crianças e adolescentes. Para além da própria admissibilidade das decisões automatizadas, o exercício de remédios jurídicos diante dessas decisões, em atenção à condição peculiar de desenvolvimento desses agentes, também deve ser analisado.

A rigor, a autonomia humana, sobretudo em se tratando de grupos vulneráveis, pode ser limitada pela incapacidade de a pessoa compreender informações ou fazer decisões

¹⁹⁹ DONEDA, Danilo; ROSSINI, Caroline Almeida A. Proteção de dados de crianças e adolescentes na Internet. In: Barbosa, A. F. (Coord). TIC Kids Online Brasil 2014: pesquisa sobre o uso da internet por crianças e adolescentes no Brasil. São Paulo: Comitê Gestor da Internet no Brasil, 2015, p. 37-46. Disponível em: http://cetic.br/media/docs/publicacoes/2/TIC_Kids_2014_livro_eletronico.pdf. Acesso em: 01 abr. 2021, p. 37.

²⁰⁰ UNITED NATIONS. General Assembly. Artificial intelligence and privacy, and children's privacy - Report of the Special Rapporteur on the right to privacy, Joseph A. Cannataci, cit., p. 14.

adequadas.²⁰¹ Não apenas a vulnerabilidade típica da infância e da juventude, mas a consideração da ostensiva coleta de dados pessoais que está presente desde o útero nas novas gerações e que pode influenciar nos processos decisórios automatizados. Adicionalmente, no contexto brasileiro, as desigualdades, nos mais diversos níveis, elevam os desafios a um outro patamar,²⁰² apesar do imperativo constitucional disposto no art. 227 que estabelece a proteção prioritária, por parte da família, da sociedade e do Estado, da criança e do adolescente.

Com efeito, o presente artigo tem por finalidade explorar em que medida a tomada de decisões automatizadas seria admissível diante de crianças e adolescentes no ordenamento jurídico brasileiro, bem como as suas implicações e remédios diante de uma leitura sistematizada da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD – Lei n. 13.709 de 2018), especialmente do melhor interesse da criança e do adolescente previsto no *caput* do seu art. 14, bem como na Convenção sobre os Direitos da Criança (Decreto n. 99.710 de 1990).²⁰³ Como destacado pelo Comitê dos Direitos da Criança, o melhor interesse se apresentaria com uma natureza tríplice, enquanto

²⁰¹ TSAMADOS, Andreas; AGGARWAL, Nikita; COWLS, Josh; MORLEY, Jessica; ROBERTS, Huw; TADDEO, Mariarosaria; FLORIDI, Luciano. The ethics of algorithms: key problems and solutions. *AI & Society*, [s.l.], 20 fev. 2021. Springer Science and Business Media LLC. <http://dx.doi.org/10.1007/s00146-021-01154-8>.

²⁰² “There are also important concerns around the impact that AI systems might have in amplifying existing social inequalities among youth of different races, socio-economic statuses, genders, and regions (e.g., Global North and Global South)” (HASSE, Alexa; CORTESI, Sandra; LOMBANA-BERMUDEZ, Andres; GASSER, Urs. *Youth and Artificial Intelligence*, cit., p. 8).

²⁰³ Para a Convenção, considera-se criança a pessoa de até 18 anos incompletos.

um direito substantivo, um princípio jurídico fundamentalmente interpretativo e como uma regra processual.²⁰⁴

Para tanto, após a presente introdução, serão apresentadas breves notas sobre a natureza dos sistemas automatizados e suas possíveis aplicações. Em seguida, serão apresentados determinados aspectos normativos desse campo no *General Data Protection Regulation* (GDPR – Regulamento 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho da União Europeia), enquanto grande referência exógena do Brasil em proteção de dados. Após, serão introduzidos aspectos da interface entre remédios diante de decisões automatizadas e o regime da tutela prioritária de crianças e adolescentes na LGPD, seguido das considerações finais.

2. NOTAS SOBRE A NATUREZA DOS SISTEMAS AUTOMATIZADOS E AS SUAS POSSÍVEIS APLICAÇÕES

No paradigma da sociedade da informação, os processos decisórios, antes atribuídos a seres humanos, são cada vez mais definidos por sistemas automatizados sob argumentos de maior racionalização e eficiência. A capacidade humana de processar uma miríade de dados não se compara à de sistemas como os de IA, no entanto, múltiplos desafios, que vão desde a esfera ética a questionamentos sobre as potencialidades da tecnologia, demandam resposta.

²⁰⁴ NAÇÕES UNIDAS (Convenção sobre os Direitos da Criança). Interesse superior da criança: comentário geral n.º 14 (2013) do comitê dos direitos da criança sobre o direito da criança a que seu interesse superior seja tido primacialmente em consideração. Comentário geral n.º 14 (2013) do Comitê dos Direitos da Criança sobre o direito da criança a que seu interesse superior seja tido primacialmente em consideração. 2017. Tradução: Pedro D'Orey. Disponível em: https://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/pdf/cdc_com_geral_14.pdf. Acesso em: 08 out. 2020, p. 10.

Mittelstadt *et. al.* apresentam alguns dos desafios éticos que se aplicam às decisões automatizadas.²⁰⁵ Primeiro, algoritmos²⁰⁶ utilizados para essa finalidade podem gerar evidências inconclusivas, na medida em que os métodos estatísticos podem apresentar significativas correlações, mas que não necessariamente implicam na existência de causalidade. Registre-se o fenômeno da *apofenia*, ao qual esses sistemas estão suscetíveis, que se traduz em enxergar padrões onde não existem, mas que se justificariam pela ostensiva quantidade de dados que pode oferecer conexões em todas as direções.²⁰⁷ Um segundo desafio é a inescrutabilidade da evidência produzida, uma vez verificada a dificuldade de saber quais dados foram efetivamente utilizados e qual peso foi atribuído para cada um deles para se chegar à conclusão esboçada na decisão. Anote-se a comum referência a esses sistemas enquanto *black*

²⁰⁵ MITTELSTADT, Brent Daniel; ALLO, Patrick; TADDEO, Mariarosaria; WACHTER, Sandra; FLORIDI, Luciano. The ethics of algorithms: mapping the debate. *Big Data & Society*, [s.l.], v. 3, n. 2, p. 1-21, dez. 2016. SAGE Publications. <http://dx.doi.org/10.1177/2053951716679679>.

²⁰⁶ No presente artigo, adota-se um conceito amplo de algoritmos como construção matemática, bem como as suas implementações enquanto programas e configurações (aplicações). (TSAMADOS, Andreas; AGGARWAL, Nikita; COWLS, Josh; MORLEY, Jessica; ROBERTS, Huw; TADDEO, Mariarosaria; FLORIDI, Luciano. The ethics of algorithms, cit., n. p.).

²⁰⁷ BOYD, Danah; CRAWFORD, Kate. Critical Questions for Big Data. *Information, Communication & Society*, [s.l.], v. 15, n. 5, p. 662-679, jun. 2012. Informa UK Limited. <http://dx.doi.org/10.1080/1369118x.2012.678878>. Disponível em: <https://www.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/1369118X.2012.678878>. Acesso em: 09 mar. 2021.

boxes.²⁰⁸ O fato de que o *output* de dados não pode ir além do *input* considerado pelo sistema também contribui para um desafio que os autores se referem como “evidência mal orientada”. Estes desafios são categorizados como problemas epistêmicos no uso de algoritmos.

A possibilidade de resultados injustos também é destacada, no sentido de que embora um resultado se apresente como estatisticamente correto, a sua aplicação pode promover discriminações.²⁰⁹ Os efeitos transformativos dos algoritmos sobre a forma como conceituamos o mundo, modificando a sua organização social ou política, são também apontados, apresentando-se entre os desafios normativos, assim como a possibilidade de resultados injustos. Por fim, destaca-se a difícil apuração e a identificação dos responsáveis pelos danos causados por algoritmos.²¹⁰

²⁰⁸ A metáfora da black box apresentada por Frank Pasquale apresenta dois significados: como monitoramento de dados e como um sistema que trabalha de forma misteriosa, sabemos o input e o output, mas não se compreende como um se transformou no outro. Deparamo-nos na atualidade com os dois significados, na medida em que somos progressivamente rastreados por empresas e pelo governo, sem que seja assinalado o uso das informações, onde ela pode chegar e as suas consequências, processo permeado de estratégias para a manutenção das black boxes que agrava a assimetria informacional. (PASQUALE, Frank. *The Black Box Society: The Secret Algorithms That Control Money and Information*. Cambridge: Harvard University Press, 2015).

²⁰⁹ Cf. RODOTÀ, Stefano. *Il mondo nella rete: Quali i diritti, quali i vincoli*. Roma: Laterza & Figli – Gruppo Editoriale L’Espresso, 2019.

²¹⁰ Em 2021, parte do grupo de pesquisadores envolvidos nesse mapeamento de dilemas éticos sobre algoritmos publicou um artigo que ratificou o mapa anteriormente apresentado, mas com as suas atualizações próprias dos avanços na pesquisa e no campo da tecnologia. Ressalvou-se, todavia, a crescente defesa da “IA for social good”, destacando-se que para esse objetivo devem igualmente ser endereçados, de maneira satisfatória, os riscos que cada uma das seis categorias indicadas no mapa apontou. (TSAMADOS, Andreas; AGGARWAL, Nikita; COWLS, Josh; MORLEY, Jessica; ROBERTS, Huw; TADDEO, Mariarosaria; FLORIDI, Luciano. *The ethics of algorithms*, cit., n. p.).

Veronica Barassi, por sua vez, defende a inviabilidade de se tentar “consertar” o viés de algoritmos ou o propósito de construí-los de maneira justa. Com base no reconhecimento de erro humano em algoritmos, a autora apresenta três interconectadas dimensões que devem ser consideradas, especialmente em se tratando do processamento de dados de crianças e adolescentes: o viés do algoritmo, a sua inacurácia e a irresponsabilidade algorítmica.²¹¹

O enviesamento algorítmico²¹² afetaria diretamente crianças e adolescentes através de práticas de *profiling* doméstico promovidas por *data brokers* e empresas de tecnologia.²¹³ Em se tratando da inacurácia dos algoritmos, Barassi argumenta que quando falamos de *data traces* de crianças, a categoria de dados pessoais, enquanto termo “guarda-chuva”, não é suficiente, na medida em que dados de crianças são constantemente coletados e processados através do perfilamento de seus pais. A propósito, a autora se reporta à pesquisa na qual se demonstrou que um problema fundamental sobre sistemas de IA em casa diz respeito à coleta de dados através de dispositivos que não foram desenhados ou não têm crianças e adolescentes como

²¹¹ BARASSI, Veronica. The Human Error in AI and question about Children’s Rights. 2020. The Human Error Project - Child Data Citizen - RESPONSE to the Consultation on the White Paper on Artificial Intelligence - A European Approach. Disponível em: http://childdatacitizen.com/cdc/wp-content/uploads/2020/06/The-Human-Error-in-AI-and-Children-Rights_Prof.-Barassi_Response-to-AI-White-Paper-.pdf. Acesso em: 09 mar. 2021.

²¹² Em atenção à amplitude do debate sobre o enviesamento algorítmico, realizou-se um recorte, no presente estudo, sobre certas peculiaridades diante de crianças e adolescentes.

²¹³ Data brokers no campo da educação nos Estados Unidos vendem não apenas dados de estudantes, mas aqueles relativos às suas famílias, como profissão, origem étnica, situação financeira, estado civil, elementos de estilo de vida, entre outros. (RUSSELL, N. Cameron; REIDENBERG, Joel R.; MARTIN, Elizabeth; NORTON, Thomas. Transparency and the Marketplace for Student Data. *Ssrn Electronic Journal*, [s.l.], n. 4, p. 1-34, jun. 2018. Elsevier BV. <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3191436>).

destinatários principais. Com efeito, como evasivas desses agentes de tratamento que não teriam o foco, a princípio, em crianças e adolescentes, muitos deles não cumprem disposições específicas de proteção dispostas no COPPA ou no GDPR. A dificuldade também residiria na sobreposição de perfis de membros do lar, bem como a criação de perfis inconsistentes, nesta coleta ampla no ambiente doméstico. Além disso, as famílias podem inserir voluntariamente dados imprecisos nesses sistemas como forma de proteger a sua privacidade.²¹⁴

Na irresponsabilidade algorítmica pode ser apontado o fato de que, historicamente, indivíduos são perfilados com bases em suas famílias e nos grupos sociais dos quais fazem parte, o que leva os desafios a um outro patamar diante de deficiências em termos de transparência e explicabilidade desses sistemas.²¹⁵

A opacidade de como esses sistemas operam coloca em pauta os riscos da utilização de decisões tomadas com base nesses processamentos automatizados de dados para interferir na vida de crianças e adolescentes, sobretudo em se considerando a possibilidade de discriminação. No entanto, como enfatiza Elora Fernandes, o cânone do melhor interesse transcende, em muito, a questão discriminatória.²¹⁶ A utilização desses sistemas pode repercutir no acesso à educação, lazer, saúde – em sentido amplo –, futuro trabalho, entre outros. Ainda assim, o potencial de discriminação deve ser endereçado.

²¹⁴ BARASSI, Veronica. The Human Error in AI and question about Children's Rights, cit., p. 4-5.

²¹⁵ BARASSI, Veronica. The Human Error in AI and question about Children's Rights, cit., p. 6.

²¹⁶ FERNANDES, Elora Raad. Crianças e adolescentes na LGPD: bases legais aplicáveis. Bases legais aplicáveis. 2020. Migalhas. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/335550/criancas-e-adolescentes-na-lgpd--bases-legais-aplicaveis>. Acesso em: 09 dez. 2020.

Laura Mendes e Marcela Mattiuzzo associam o termo “discriminação algorítmica” aos cenários que envolvem afirmações estatisticamente inconsistentes, bem como aqueles nos quais, embora pautados em informações estatisticamente consistentes e lógicas, tomam os indivíduos que são dela objeto de uma forma a desconsiderar a sua situação particular, apenas compreendendo-o como parte de um grupo. Enquanto formas de discriminação algorítmica, pontua-se a discriminação por erro estatístico, discriminação por generalização, discriminação pelo uso de informações sensíveis²¹⁷ e discriminação limitadora do exercício de direitos.²¹⁸

No campo da tutela de crianças e adolescentes, o processamento automatizado de dados para previsões pode

²¹⁷ Segundo a LGPD, paralelamente ao GDPR, são considerados sensíveis os dados pessoais “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”. Sobre os mecanismos de tutela específicos para essa categoria de dados na LGPD, cf. KORKMAZ, Maria Regina Detoni Cavalcanti Rigolon. Dados sensíveis na Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais: mecanismos de tutela para o livre desenvolvimento da personalidade. 2019. 118 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito e Inovação, Universidade Federal de Juiz de Fora, Juiz de Fora, 2019. Disponível em: <http://repositorio.ufjf.br:8080/jspui/bitstream/ufjf/11438/1/mariareginadetonicavalcantirigolonkorkmaz.pdf>. Acesso em: 31 maio 2020.

²¹⁸ Sobre as características próprias de cada categoria, cf. MENDES, Laura Schertel; MATTIUZZO, Marcela. Discriminação Algorítmica: conceito, fundamento legal e tipologia. Revista Direito Público, Porto Alegre, v. 16, n. 90, p. 39-64, dez. 2019. Dossiê Proteção de Dados e Inteligência Artificial: Perspectivas Éticas e Regulatórias, p. 51-53.

se revelar aparentemente inofensivo²¹⁹ – a princípio –, como em recomendações de vídeos no YouTube com base no histórico de acesso, até em questões intrinsecamente pessoais e potencialmente danosas, como a atribuição de perfil de uso de entorpecentes a partir das atualizações do usuário no Facebook e dos seus *likes*. A utilização no campo da saúde, por exemplo, revela situação perigosa em termos de discriminação, na medida em que o processamento envolve dados sensíveis. As possíveis repercussões, em um cenário de *Big Data*, não são difíceis de conjecturar em atuais e futuras oportunidades desse público.²²⁰

O perfilamento através de algoritmos tem lugar em um período indefinido de tempo, no qual os indivíduos são categorizados de acordo com uma lógica interna de cada sistema, devendo-se acrescentar ainda a fluidez nessa categorização, uma vez que os perfis são alterados na medida em que são atualizadas as informações obtidas pelo sistema.²²¹ Como acrescentam Tsamados *et al.*, o *algorithmic profiling* também é pautado em informações obtidas de outras pessoas e grupos que tenham sido categorizados de maneira similar à

²¹⁹ Sobre a “aparência de inofensividade”, cf. “Ao se considerar as crianças e os adolescentes como pessoas em desenvolvimento, a bolha dos filtros presente na internet, advinda da extrema personalização do conteúdo por meio de algoritmos, pode ter efeitos geracionais nunca antes imaginados.” (NEGRI, Sergio Marcos Carvalho de Ávila; FERNANDES, Elora Raad; KORKMAZ, Maria Regina Detoni Cavalcanti Rigolon. A Proteção Integral de Crianças e Adolescentes: desafios jurídicos de uma sociedade hiperconectada. In: Fabiana de Menezes Soares; Thaís de Bessa Gontijo de Oliveira; Paula Carolina de Oliveira Azevedo da Mata. (Org.). Ciência, Tecnologia e Inovação: Políticas & Leis. 305ed. Florianópolis: Tribo da Ilha, 2019, v. 1, p. 283-304, p. 287).

²²⁰ HASSE, Alexa; CORTESI, Sandra; LOMBANA-BERMUDEZ, Andres; GASSER, Urs. Youth and Artificial Intelligence, cit., p. 17.

²²¹ TSAMADOS, Andreas; AGGARWAL, Nikita; COWLS, Josh; MORLEY, Jessica; ROBERTS, Huw; TADDEO, Mariarosaria; FLORIDI, Luciano. The ethics of algorithms, cit., n. p.

pessoa em alvo. Além dos riscos de evidências inconclusivas, este contexto coloca em pauta a necessidade da privacidade de grupos, destacada pelos autores, e a problemática da generalização.

Em se tratando de crianças e adolescentes, o *profiling*, de acordo com relatório das Nações Unidas, limita o potencial de auto-desenvolvimento na infância, adolescência e mesmo na fase adulta, através das práticas de predição de comportamentos e de técnicas de *nudging* que poderiam pré-determinar e direcionar de maneira abusiva opções e decisões a esse público.²²² A vulnerabilidade se coloca como particularmente sensível neste ponto, em vista da dificuldade de menores identificarem o propósito da utilização destas técnicas e oferecer resistência às sugestões, especialmente diante de crianças. A propósito, o relatório das Nações Unidas sobressalta o artigo 16 da Convenção dos Direitos da Criança que dispõe que:

(1) No child shall be subjected to arbitrary or unlawful interference with his or her privacy, family, home or correspondence, nor to unlawful attacks on his or her honour and reputation. (2) The child has the right to the protection of the law against such interference or attacks. That article must be interpreted broadly to fully accommodate the privacy experiences of children.²²³

O relatório sustenta uma leitura ampliada dessa disposição para afirmar que a privacidade de crianças e adolescentes se

²²² UNITED NATIONS. General Assembly. Artificial intelligence and privacy, and children's privacy - Report of the Special Rapporteur on the right to privacy, Joseph A. Cannataci, cit., p. 14.

²²³ "The term 'child' refers to an individual under 18 years of age" (UNITED NATIONS. General Assembly. Artificial intelligence and privacy, and children's privacy - Report of the Special Rapporteur on the right to privacy, Joseph A. Cannataci, cit., p. 11).

relaciona à sua “integridade mental e corporal, autonomia decisional, identidade pessoal, privacidade informacional e privacidade física e espacial”.²²⁴ Em outro relatório, as Nações Unidas dispõem sobre o impositivo de proibição legal da utilização de *profiling* de crianças e adolescentes para fins comerciais.²²⁵ No Brasil, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA – Lei n. 8.069 de 1990) estabelece o imperativo de respeito, enquanto direito à “inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral da criança e do adolescente, abrangendo a preservação da imagem, da identidade, da autonomia, dos valores, idéias e crenças, dos espaços e objetos pessoais”. Com efeito, alguns aspectos sobre o tema no regime jurídico da União Europeia devem ser apresentados.

3. DECISÕES AUTOMATIZADAS E A PROTEÇÃO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES NO *GENERAL DATA PROTECTION REGULATION*

²²⁴ Cf. “The Convention on the Rights of the Child provides States parties and parents with the capacity and obligation, where necessary, to adjudicate children’s enjoyment of their article 16 rights consistent with their evolving capacity (art. 5) in order to secure the best interests of the child (art. 3).” (UNITED NATIONS. General Assembly. Artificial intelligence and privacy, and children’s privacy - Report of the Special Rapporteur on the right to privacy, Joseph A. Cannataci, cit., p. 11).

²²⁵ “States parties should prohibit by law the profiling or targeting of children of any age for commercial purposes on the basis of a digital record of their actual or inferred characteristics, including group or collective data, targeting by association or affinity profiling. Practices that rely on neuromarketing, emotional analytics, immersive advertising and advertising in virtual and augmented reality environments to promote products, CR applications and services should also be prohibited from engagement directly or indirectly with children.” (UNITED NATIONS. Committee on the Rights of the Child. Convention on the Rights of the Child - General comment No. 25 (2021) on children’s rights in relation to the digital environment. 2021. Disponível em: https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolNo=CRC/C/GC/25&Lang=en. Acesso em: 29 mar. 2021, p. 7-8).

O GDPR disciplinou um regime mais rigoroso, no seu art. 22, quando forem tomadas decisões *exclusivamente*²²⁶ com base no tratamento automatizado de dados, incluindo a definição de perfis que se der nestes termos e/ou quando produzir efeitos na esfera jurídica da pessoa ou a afetar significativamente de forma similar.²²⁷ Decisões totalmente automatizadas podem não se referir a perfis, bem como perfis podem ser construídos sem se valer de decisões totalmente automatizadas. O art. 22 consagra o direito de oposição à tomada dessas decisões, que independeria de ser invocado pelo titular para surtir efeitos

²²⁶ Devem ser destacados os riscos da chamada “fabricação de intervenção humana”. Ou seja, para que uma decisão perca a sua natureza de exclusivamente automatizada, a intervenção humana deve ser consistente e ter a aptidão de alterar o resultado. (ARTICLE 29 DATA PROTECTION WORKING PARTY. Guidelines on Automated individual decision-making and Profiling for the purposes of Regulation 2016/679. 2017. Adopted on 3 October 2017 As last Revised and Adopted on 6 February 2018. Disponível em: https://ec.europa.eu/newsroom/article29/item-detail.cfm?item_id=612053. Acesso em: 08 ago. 2019. p. 21).

²²⁷ O art. 22 (1) do GDPR dispõe que “O titular dos dados tem o direito de não ficar sujeito a nenhuma decisão tomada exclusivamente com base no tratamento automatizado, incluindo a definição de perfis, que produza efeitos na sua esfera jurídica ou que o afete significativamente de forma similar”. O Grupo de Trabalho do Artigo 29 aponta que decisões não totalmente automatizadas poderiam ser tuteladas com a oposição prevista no art. 21 do GDPR, bem como traz sugestões possíveis do que poderia, no contexto do GDPR, ser compreendido dentro do escopo do que teria o condão de afetar significativamente o titular: “significantly affect the circumstances, behaviour or choices of the individuals concerned; have a prolonged or permanent impact on the data subject; or at its most extreme, lead to the exclusion or discrimination of individuals; (...) decisions that affect someone’s financial circumstances, such as their eligibility to credit; decisions that affect someone’s access to health services; decisions that deny someone an employment opportunity or put them at a serious disadvantage; decisions that affect someone’s access to education, for example university admissions”. (ARTICLE 29 DATA PROTECTION WORKING PARTY. Guidelines on Automated individual decision-making and Profiling for the purposes of Regulation 2016/679. 2017, cit., p. 21-22).

jurídicos.²²⁸ Essa natureza do direito à oposição toma contornos muito relevantes em se tratando de vulneráveis.

Há, todavia, a ressalva de que a oposição não se aplicará se a decisão for autorizada para a execução ou a celebração de um contrato entre o titular dos dados e o responsável pelo tratamento; pela União ou pelo Estado-Membro, se previstas salvaguardas; ou pelo consentimento explícito do titular. Salvo a hipótese de autorização pela União ou Estado-Membro – na qual devem ser previstas salvaguardas próprias –, o item 3 do art. 22 prescreve que ao titular dos dados será assegurado, *no mínimo*, o direito de obter intervenção humana pelo responsável, manifestar o seu ponto de vista e contestar a decisão.²²⁹

O Considerando 71 do GDPR dispõe que as decisões que se insiram no escopo do art. 22 não deverão ser utilizadas para crianças e adolescentes. No entanto, como ponderado pela Information Commissioner's Office (ICO), esta previsão não estaria refletida no UK GDPR, não representando uma absoluta proibição, apesar de ser uma clara indicação de que esta prática não deve ser a regra.²³⁰ O então constituído Grupo de Trabalho do Artigo 29 também entende nesta direção, o que foi ratificado pelo *European Data Protection Board*, ressaltando que os controladores não devem simplesmente invocar as

²²⁸ ARTICLE 29 DATA PROTECTION WORKING PARTY. Guidelines on Automated individual decision-making and Profiling for the purposes of Regulation 2016/679, cit., p. 19.

²²⁹ O item 4 do art. 22 estabelece restrições adicionais para o uso de dados sensíveis, descritos no art. 9 do GDPR, para as decisões automatizadas.

²³⁰ INFORMATION COMMISSIONER'S OFFICE (United Kingdom). What if we want to profile children or make automated decisions about them? Disponível em: <https://ico.org.uk/for-organisations/guide-to-data-protection/guide-to-the-general-data-protection-regulation-gdpr/children-and-the-uk-gdpr/what-if-we-want-to-profile-children-or-make-automated-decisions-about-them/>. Acesso em: 03 mar. 2021.

exceções do art. 22. O relatório adverte que as salvaguardas previstas no dispositivo devem ser efetivas e apropriadas para a proteção de crianças e adolescentes, bem como que deve ser evitada a criação de perfis para publicidade.²³¹

Para delimitar o que qualificaria uma decisão totalmente automatizada como objetável, especificamente em se tratando de crianças, a ICO refere que produzir efeitos na esfera jurídica pode ser lido como impacto em seus direitos e liberdades fundamentais, bem como algo que poderia afetar o seu *status* jurídico de alguma forma. Afetar de maneira significativa, por seu turno, poderia ser compreendido como um impacto igual ou equivalente ao que estivesse contido na categoria de efeitos jurídicos. Exemplo apontado pela ICO, nesta última hipótese, seria o tratamento automatizado com a finalidade de induzir a criança a fazer escolhas alimentares “pobres” nutricionalmente, em detrimento da sua saúde física. Também são apontadas decisões automatizadas que pudessem repercutir no futuro profissional do menor, na sua saúde mental, física e emocional, bem como o que poderia gerar danos de ordem patrimonial ou exploração comercial. O art. 21, item 2, do GDPR, de maneira geral aos titulares de dados, estipula o direito de oposição ao *profiling* direcionado a fins de *marketing*.²³²

Como exemplificado pela ICO, em jogos online o *profiling* pode ser utilizado para atingir jogadores que o algoritmo consideraria como mais suscetíveis a gastar dinheiro, valendo-

²³¹ ARTICLE 29 DATA PROTECTION WORKING PARTY. Guidelines on Automated individual decision-making and Profiling for the purposes of Regulation 2016/679, cit., p. 28-29.

²³² “Quando os dados pessoais forem tratados para efeitos de comercialização direta, o titular dos dados tem o direito de se opor a qualquer momento ao tratamento dos dados pessoais que lhe digam respeito para os efeitos da referida comercialização, o que abrange a definição de perfis na medida em que esteja relacionada com a comercialização direta”.

se de publicidade hiper direcionada. A idade e a maturidade da criança ou do adolescente podem afetar a sua habilidade de compreender a motivação que estaria por detrás do *marketing* e as suas consequências.²³³ Nesta direção esclarece o Considerando 38, do GDPR:

As crianças²³⁴ merecem proteção especial quanto aos seus dados pessoais, uma vez que podem estar menos cientes dos riscos, consequências e garantias em questão e dos seus direitos relacionados com o tratamento dos dados pessoais. Essa proteção específica deverá aplicar-se, nomeadamente, à utilização de dados pessoais de crianças para efeitos de comercialização ou de criação de perfis de personalidade ou de utilizador, bem como à recolha de dados pessoais em relação às crianças aquando da utilização de serviços disponibilizados diretamente às crianças. (...)

No relatório "*Children Front and Centre: Fundamentals for a Child-Oriented Approach to Data Processing*", a *Data Protection Commission* (DPC – autoridade de proteção de dados da Irlanda) apresenta fundamentos, entre os quais está a proibição de *profiling*, explicada como a impossibilidade de perfilar crianças e adolescentes para propósitos de *marketing* ou publicidade, ressalvado se o agente demonstrar que a prática se daria em atendimento ao melhor interesse dos menores, que se sobreporia a quaisquer interesses comerciais. A DPC sustenta o estreito espectro de admissibilidade dessas decisões no GDPR, que se daria na medida em que o propósito

²³³ A propósito, confira-se o infográfico apresentado pela Comissão Europeia: Disponível em: https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/online_marketing_infographic_2016_en.pdf. Acesso em: 31 mar. 2021.

²³⁴ No GDPR, estaria abarcada no conceito de criança a idade de até 18 anos.

da decisão automatizada residir na promoção do bem-estar de crianças e adolescentes.²³⁵

A ICO e a DPC apontam a necessidade de realizar o *Data Protection Impact Assessment* (DPIA) para averiguar a viabilidade da tomada de decisões totalmente automatizadas ou das práticas de *profiling*, especialmente para investigar se aquele processamento irá resultar em um alto risco a direitos e liberdades dos menores e se atenderá à promoção do melhor interesse. Os relatórios de impacto também são indicados pelas Nações Unidas.²³⁶ Com efeito, o respectivo regime jurídico na LGPD deve ser endereçado.

4. A PROTEÇÃO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES EM FACE DE DECISÕES AUTOMATIZADAS NA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS

De maneira relativamente análoga ao GDPR, os remédios estabelecidos na LGPD não se aplicam em face de qualquer decisão *totalmente* automatizada, demandando-se, para a sua incidência, uma interferência sensível na pessoa. Segundo o seu art. 20, o titular teria o direito de solicitar a “revisão de decisões tomadas unicamente com base em tratamento automatizado de dados pessoais que *afetem seus interesses, incluídas as decisões destinadas a definir o seu perfil pessoal, profissional, de consumo e de crédito ou os aspectos de sua*

²³⁵ DATA PROTECTION COMMISSION. Children Front and Centre: fundamentals for a child-oriented approach to data processing. Fundamentals for a Child-Oriented Approach to Data Processing. 2020. Draft Version for Public Consultation. Disponível em: https://www.dataprotection.ie/sites/default/files/uploads/2020-12/Fundamentals%20for%20a%20Child-Oriented%20Approach%20to%20Data%20Processing_Draft%20Version%20for%20Consultation_EN.pdf. Acesso em: 02 mar. 2021.

²³⁶ UNITED NATIONS. Committee on the Rights of the Child. Convention on the Rights of the Child - General comment No. 25 (2021) on children's rights in relation to the digital environment, cit., p. 21.

personalidade". Todavia, diversamente do modelo europeu, a LGPD não estabelece uma vedação legal a essas decisões e específicas autorizações de quando elas poderão se dar. Vale dizer, a LGPD não prevê a lógica da oposição, mas sim parte do direito à revisão.

A propósito, destaque-se a alteração promovida pela Lei 13.853 de 2019, que suprimiu a exigência legal de que a revisão teria de ser realizada por uma pessoa natural. A partir da nova redação, poderia um algoritmo revisar a decisão de outro algoritmo, pela dicção expressa do art. 20. Os desafios éticos apontados nesta sede ilustram as dificuldades decorrentes da atual redação da LGPD, sobretudo em se considerando o melhor interesse de crianças e adolescentes. Não por acaso, identifica-se um vetor, no cenário internacional, no sentido de se assegurar a interferência humana nas decisões. Neste sentido está o GDPR, que além de apresentar um regime mais rigoroso nesse cenário em favor do titular, estabelece a intervenção humana como uma das mínimas prerrogativas aplicáveis quando a decisão automatizada for autorizada pelo regulamento. Em última instância, em uma interpretação sistemática da LGPD, a revisão humana parece se impor, a despeito da alteração legal – o que não é possível elucidar nesta sede –, principalmente considerando a proteção prioritária de menores.

Anote-se que como o direito à revisão não implica, necessariamente, na alteração do resultado e como seria realizado pelo próprio agente de tratamento, deve-se destacar, eventualmente, o papel da inafastabilidade da tutela jurisdicional nesse campo, precisamente para mitigar abusos diante da assimetria informacional e de poder.

O direito à explicação, por sua vez, lança base normativa sobretudo no parágrafo 1º, do art. 20, que atribui ao controlador,

quando solicitado, o dever de apresentar “informações claras e adequadas a respeito dos critérios e dos procedimentos utilizados para a decisão automatizada, observados os segredos comercial e industrial”.²³⁷ Essa previsão pode ser interpretada como um reflexo da principiologia do livre acesso, da transparência e da não-discriminação. De maneira coordenada, o art. 9º, incisos I e II, bem como o art. 18, incisos I e II, da LGPD, que estabelecem o direito de confirmação da existência do tratamento de dados e o direito de acesso, consolidam um significativo regime de acesso à informação.²³⁸ A rigor, o direito à explicação é um pressuposto indispensável para proporcionar uma contestação efetiva da decisão automatizada, inclusive judicialmente.²³⁹

No entanto, a transparência apresenta múltiplas dimensões, as quais transcendem a esfera meramente individual. No âmbito do direito à explicação, a excessiva oferta de informações, bem como a sua apresentação de maneira obscura, pode repercutir em verdadeira negativa de informação. Assim, como referido

²³⁷ A propósito das controvérsias sobre o direito à explicação na União Europeia, cf. WACHTER, Sandra; MITTELSTADT, Brent; FLORIDI, Luciano. Why a Right to Explanation of Automated Decision-Making Does Not Exist in the General Data Protection Regulation. *International Data Privacy Law*, [s.l.], v. 7, n. 2, pp. 76-99, may 2017. Oxford University Press (OUP). <http://dx.doi.org/10.1093/idpl/ix005>; SELBST, Andrew D; POWLES, Julia. Meaningful information and the right to explanation. *International Data Privacy Law*, [s.l.], v. 7, n. 4, p. 233-242, 1 nov. 2017. Oxford University Press (OUP). <http://dx.doi.org/10.1093/idpl/ix022>.

²³⁸ SOUZA, Carlos Affonso; PERRONE, Christian; MAGRANI, Eduardo. O direito à explicação entre a experiência europeia e a sua positivação na LGPD. In: DONEDA, Danilo et al (org.). *Tratado de proteção de dados pessoais*. Rio de Janeiro: Forense, 2021. Cap. 12. p. 243-270. p. 263-264.

²³⁹ “(...) the rights to contest a decision, to obtain human intervention or to express views granted in Article 22 (3) may be meaningless if the data subject cannot understand how the contested decision was made”. (WACHTER, Sandra; MITTELSTADT, Brent; FLORIDI, Luciano. Why a Right to Explanation of Automated Decision-Making Does Not Exist in the General Data Protection Regulation, cit., p. 97).

pelo legislador, as informações devem ser claras e adequadas, o que deve considerar, por certo, o destinatário da informação e o premissa da inteligibilidade. Como exemplo dentre os que vêm sendo construídos de explicação, encontra-se a utilização das contrafactuais, compreendidas como a explicação de como o mundo deveria ser diferente para que se obtivesse outro resultado desejável naquele processamento automatizado.²⁴⁰ Esta medida pode representar um campo a ser explorado, sobretudo para o público vulnerável.

Para além do *caput* do art. 14 que enfatiza o melhor interesse de crianças e adolescentes quando do tratamento de seus dados, o parágrafo 2º deste dispositivo apresenta importante referência normativa para a proteção desse público em face das decisões automatizadas. Após a normatização do consentimento para o tratamento de dados de crianças no parágrafo 1º, a LGPD dispõe – o que deve ser lido como extensível a adolescentes, apesar da literalidade – que: “§ 2º No tratamento de dados de que trata o § 1º deste artigo, os controladores deverão manter pública a informação sobre os tipos de dados coletados, a forma de sua utilização e os procedimentos para o exercício dos direitos a que se refere o art. 18 desta Lei”. Em direto diálogo com esse dispositivo, o parágrafo 6º, do art. 14, determina que:

²⁴⁰ Sandra Wachter, Brent Mittelstadt e Chris Russell esclarecem a explicação contrafactual representa um primeiro passo para equilibrar transparência, explicabilidade e responsabilidade com outros interesses, a exemplo de uma minimização da carga regulatória sobre os interesses comerciais, a privacidade, além de promover a aceitação pública da decisão automatizada (WACHTER, Sandra; MITTELSTADT, Brent; RUSSELL, Chris. Counterfactual Explanations Without Opening the Black Box: automated decisions and the GDPR. Harvard Journal Of Law & Technology, Cambridge, v. 31, n. 2, p. 841-887, 2018. Disponível em: <https://jolt.law.harvard.edu/assets/articlePDFs/v31/Counterfactual-Explanations-without-Opening-the-Black-Box-Sandra-Wachter-et-al.pdf>. Acesso em: 09 jul. 2020).

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.

Um propósito do parágrafo 2º pode ser apontado em um maior patamar de transparência no tratamento desses dados, bem como uma maior ênfase na difusão de conhecimento acerca dos direitos dos titulares. Apesar de o dispositivo se referir expressamente ao art. 18, parece claro que o art. 20 também estaria nesta abrangência, uma vez que ambos se situam no Capítulo III da LGPD que versa sobre os direitos dos titulares.

O parágrafo 6º, por sua vez, representa uma forte referência legal para o que vem sendo apontado no exercício de direitos por crianças e adolescentes como *child friendly*, de maneira a facilitar o acesso a essas prerrogativas, o seu exercício e a sua compreensão, especialmente diante de decisões automatizadas.

Neste sentido, se posicionam a ICO²⁴¹ e as Nações Unidas.²⁴² Adicionalmente, a DPC se refere ao conceito de *child-oriented transparency*.²⁴³

A adequação da informação, enquanto fornecida de maneira simples, clara e acessível, em atenção às peculiaridades físico-motoras, perceptivas, sensoriais, intelectuais e mentais do interlocutor, não se restringe ao menor, mas também alcança pais e responsáveis, inclusive destacando a possível utilização de recursos audiovisuais propícios, segundo a LGPD.

²⁴¹ A ICO adverte que o propósito de tratar dados de crianças e adolescentes, sobretudo para fins de tomada de decisões automatizadas, deve ser explicado a esse público, em uma linguagem que eles consigam compreender, a lógica envolvida na decisão automatizada, a importância e as consequências previstas daquele processamento, o que seria depreendido dos artigos 13 e 14 do UK GDPR. (INFORMATION COMMISSIONER'S OFFICE (United Kingdom). What if we want to profile children or make automated decisions about them?, cit., n. p.).

²⁴² Os altos padrões de transparência – sem descuidar da complexidade e opacidade comum a esses sistemas –, e accountability, explicações apropriadas à idade das crianças e adolescentes, ou a pais e responsáveis, são apontados pelas Nações Unidas: “In addition to developing legislation and policies, States parties should require all businesses that affect children’s rights in relation to the digital environment to implement regulatory frameworks, industry codes and terms of services that adhere to the highest standards of ethics, privacy and safety in relation to the design, engineering, development, operation, distribution and marketing of their products and services. That includes businesses that target children, have children as end users or otherwise affect children. They should require such businesses to maintain high standards of transparency and accountability and encourage them to take measures to innovate in the best interests of the child. They should also require the provision of age-appropriate explanations to children, or to parents and caregivers for very young children, of their terms of service.” (UNITED NATIONS. Committee on the Rights of the Child. Convention on the Rights of the Child - General comment No. 25 (2021) on children’s rights in relation to the digital environment, cit., p. 7, g. n.).

²⁴³ “6. Child-oriented transparency: Privacy information about how personal data is used must be provided in a concise, transparent, intelligible and accessible way, using clear and plain language that is easy to understand and suited to the age of the child.” (DATA PROTECTION COMMISSION. Children Front and Centre, cit., p. 7).

Essa expressa referência legal reafirma a importância de maior diálogo e orientação entre pais e/ou responsáveis e os menores. O processo deve se orientar por uma premissa de conscientização e respeito à autonomia dos menores, na medida da sua capacidade. A gradual evolução da aquisição de competências e possibilidades, por parte de crianças e adolescentes, merece atenção. A propósito, o estímulo a uma “alfabetização digital” para pais e responsáveis, que atuarão junto ao menor, ganha relevância não apenas para o comportamento, em termos fisiológicos, deste, mas também para o estímulo a uma progressiva “consciência” das implicações em relação ao ambiente digital.²⁴⁴

Além disso, assim como deve suceder no consentimento²⁴⁵ dos pais e/ou responsáveis para o tratamento de dados de crianças, enquanto poder jurídico, o exercício dos remédios de tutela em face das decisões automatizadas não é discricionário, mostrando-se legítimo apenas “na medida em que vai ao encontro dos interesses do menor”.²⁴⁶ Com efeito, o vetor na literatura internacional, em se considerando os propósitos de fomentar a privacidade e a autonomia de crianças e adolescentes, apontam o imperativo da proteção “de danos, de ter os seus pontos de vista devidamente considerados, e garantir a transparência na avaliação do melhor interesse da

²⁴⁴ UNITED NATIONS. Committee on the Rights of the Child. Convention on the Rights of the Child - General comment No. 25 (2021) on children’s rights in relation to the digital environment, cit., p. 4.

²⁴⁵ Se o consentimento já pode assumir contornos problemáticos diante de uma pessoa plenamente capaz, em se tratando de menores as dificuldades são elevadas a outro patamar. O consentimento não necessariamente expressa a autonomia do menor, e pode o desproteger, sobretudo diante da frequente assimetria de poder.

²⁴⁶ DONEDA, Danilo; ROSSINI, Caroline Almeida A. Proteção de dados de crianças e adolescentes na Internet, cit., p. 40.

criança e dos critérios que foram aplicados".²⁴⁷ Isso, em atenção às gradativas potencialidades de cada um e a um propósito de mitigar a vulnerabilidade. A propósito, a DPC recomenda que os menores devem ser autorizados a exercerem os seus direitos em qualquer idade, desde que tenham a capacidade de fazê-lo em atenção ao seu melhor interesse.²⁴⁸

Em se tratando de adolescentes, apesar de a LGPD dispensar a participação parental no consentimento para o tratamento de seus dados,²⁴⁹ a assistência de pais e/ou responsáveis pode ter um papel fundamental para a concretização dos remédios em caso de decisões automatizadas. Ainda que se adote um formato *child friendly* de conscientização de direitos e de viabilidade do seu exercício, como na revisão e na explicação, a condição de vulnerabilidade desse público permanece, apesar da normativa do consentimento.

As repercussões das decisões automatizadas e as formas através das quais elas podem repercutir de maneira nem sempre assinalada, elevam o desafio a outro patamar em se tratando de menores. A peculiar condição de desenvolvimento dificulta que se atribua a devida dimensão aos processamentos de dados, de maneira geral, mas também criam desafios para

²⁴⁷ UNITED NATIONS. Committee on the Rights of the Child. Convention on the Rights of the Child - General comment No. 25 (2021) on children's rights in relation to the digital environment, cit., p. 3, tradução nossa.

²⁴⁸ DATA PROTECTION COMMISSION. Children Front and Centre, cit., p. 7.

²⁴⁹ Sobre o tema, cf. TEFFÉ, Chiara Spadaccini de. Proteção de dados de crianças e adolescentes. Revista do Advogado, São Paulo, n. 144, p. 54-59, nov. 2019; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RETTORE, Anna Cristina de Carvalho. A autoridade parental e o tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes. In: TEPEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana; OLIVA, Milena Donato. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas repercussões no direito brasileiro. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 505-530.

o pleno exercício de direitos.²⁵⁰ Registre-se que o ambiente digital não foi desenhado, originariamente, para menores, apesar de assumir inquestionável papel na vida deles.

De particular valia no campo das decisões automatizadas, Ana Carolina Brochado Teixeira e Anna Cristina Rettore destacam que o melhor interesse significaria evitar que os dados de crianças e adolescentes funcionem como meio de classificação de futuros adultos, condicionando a sua autonomia. Este cuidado se justifica pela natural dinamicidade dessa fase da vida, pela época de curiosidade, de aprendizado, de novas experiências e preferências.²⁵¹ Com efeito, a pertinência temporal desses dados e a utilização no que se fizer estritamente necessário representam importantes chaves para uma decisão automatizada acurada e não discriminatória.²⁵²

De outra parte, em atenção à fisiologia das situações jurídicas, para além de políticas e iniciativas legislativas, por certo, essas referências devem permear todo o ciclo da informação, sobretudo no *design*. É nesta direção que as Nações Unidas sustentam a necessidade de incluir crianças e adolescentes no processo de desenvolvimento, compreender as suas necessidades, estabelecer salvaguardas adequadas

²⁵⁰ A dificuldade de obtenção de remédios para violações de direitos no ambiente digital, sobretudo considerando o contexto de atuação global de determinadas companhias, é um indicativo de maior necessidade de coordenação do controle na esfera coletiva, diante dos menores. (UNITED NATIONS. Committee on the Rights of the Child. Convention on the Rights of the Child - General comment No. 25 (2021) on children's rights in relation to the digital environment, cit., p. 24).

²⁵¹ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RETTORE, Anna Cristina de Carvalho. A autoridade parental e o tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes, cit., p. 516-517.

²⁵² O parágrafo 4º, do art. 14, pode ser destacado como uma maior ênfase no princípio da necessidade quando do tratamento de dados de crianças e adolescentes, que tem implicações diretas no processamento para fins da tomada de decisões automatizadas.

e, novamente, considerar a visão dos menores quando do desenvolvimento de produtos e serviços.²⁵³ A DPC, por sua vez, enfatiza o papel do *design* em implementar os altos padrões de proteção que devem se dar por padrão (*by default*) e em todo o processo.²⁵⁴

O parágrafo 2º, do art. 20, da LGPD, determina que em caso de negativa das informações que consolidariam o direito à explicação com base no segredo de empresa, a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD) poderá – ou, em realidade, deverá – realizar auditoria para a verificação de aspectos discriminatórios no tratamento de dados.²⁵⁵ Este papel é particularmente sensível quando a decisão automatizada diz respeito a crianças e adolescentes.

Além de auditorias, o relatório de impacto à proteção de dados pessoais²⁵⁶ representa um indispensável instrumento para a garantia das balizas de proteção de crianças e adolescentes, sobretudo como forma de comprovar o *efetivo* atendimento do princípio do melhor interesse que justificaria determinado processamento de dados, em especial para a tomada de decisões automatizadas, uma vez considerados os riscos que os menores estão suscetíveis neste campo. A princípio, decisões

²⁵³ UNITED NATIONS. Committee on the Rights of the Child. Convention on the Rights of the Child - General comment No. 25 (2021) on children's rights in relation to the digital environment, cit., p. 3.

²⁵⁴ DATA PROTECTION COMMISSION. Children Front and Centre, cit., p. 7.

²⁵⁵ “Em caso de não oferecimento de informações de que trata o § 1º deste artigo baseado na observância de segredo comercial e industrial, a autoridade nacional poderá realizar auditoria para verificação de aspectos discriminatórios em tratamento automatizado de dados pessoais”.

²⁵⁶ Estabelece a LGPD, no seu art. 5º, inciso XVII: “relatório de impacto à proteção de dados pessoais: documentação do controlador que contém a descrição dos processos de tratamento de dados pessoais que podem gerar riscos às liberdades civis e aos direitos fundamentais, bem como medidas, salvaguardas e mecanismos de mitigação de risco.”

automatizadas para fins de publicidade²⁵⁷ e com finalidades estritamente comerciais não estariam legitimadas pela LGPD.

Mais do que a garantia de remédios em hipóteses patológicas no campo das decisões automatizadas, uma aplicação sistematizada e diferenciada da LGPD deve ser sustentada para assegurar que a fisiologia destas situações jurídicas permita conciliar as diversas potencialidades das novas tecnologias com a promoção do melhor interesse de crianças e adolescentes. A progressiva utilização da IA em cenários como o da saúde, da educação e bem-estar demanda que a proteção prioritária dos menores constitua robusto filtro para a chancela dessas práticas.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A assimetria informacional e de poder que se desenha no cenário contemporâneo toma contornos mais críticos diante de crianças e adolescentes, sobretudo no campo das decisões automatizadas. É na contramão desta tendência que deve estar a dedicação do intérprete do marco regulatório de proteção de dados pessoais brasileiro: o esforço hermenêutico de sistematizar diversos instrumentos normativos que têm sede na LGPD e que devem ser orientados pela primazia do melhor interesse e da proteção prioritária desse público.

Nesse cenário, a necessidade de enfrentar os impactos de longo prazo que as decisões automatizadas podem ter

²⁵⁷ Sobre o tema de proteção de dados de crianças e adolescentes e a publicidade, cf. NEGRI, Sergio Marcos Carvalho de Ávila; FERNANDES, Elora Raad; KORKMAZ, Maria Regina Detoni Cavalcanti Rigolon. *A Proteção Integral de Crianças e Adolescentes*, cit., p. 283-304.

sobre os menores lançam vários questionamentos:²⁵⁸ como garantir que crianças e adolescentes compreendam as decisões tomadas sobre eles? Como fazemos a educação em torno da IA acessível e engajar os menores nesse campo? Como questões éticas sobre o uso dessas tecnologias, o seu *design* e o seu desenvolvimento podem ser apresentadas dentro e fora da sala de aula? Como engajar pais e responsáveis neste processo?

Em última análise, mecanismos como o direito à revisão, direito à explicação – em formato *child friendly* –, medidas preventivas e relatórios de impacto à proteção de dados pessoais não podem ser utilizados para legitimar práticas que são, evidentemente, abusivas e discriminatórias, principalmente quando se considera grupos vulneráveis, como é o caso de crianças e adolescentes. Como resultado, devem ser desenvolvidos também parâmetros diferenciados e, principalmente, muito mais rigorosos do que aqueles que são aplicados normalmente à proteção de dados de adultos. É o que a proteção prioritária constitucional demanda.

²⁵⁸ Parte desses desafios são sugeridos por HASSE, Alexa; CORTESI, Sandra; LOMBANA-BERMUDEZ, Andres; GASSER, Urs. *Youth and Artificial Intelligence*, cit., p. 13-17.

FTC V. YOU TUBE: UM ESTUDO DE CASO E APRENDIZADOS PARA A APLICAÇÃO DO ART. 14 DA LGPD NO BRASIL

Celina Carvalho²⁵⁹
João Victor Archegas²⁶⁰

1. INTRODUÇÃO: O CASO FTC V YOUTUBE NOS EUA

O presente capítulo irá abordar as repercussões do caso *Federal Trade Commission and People of the State of New York vs. Google, LLC and YouTube, LLC* (ou *FTC v. YouTube*) que tramitou na Corte Distrital dos EUA no Distrito de Columbia no final de 2019. A partir desse estudo de caso, o objetivo é avaliar quais são os aprendizados que podem ser deduzidos da experiência estadunidense com a aplicação do *Children's Online Privacy Protection Act* de 1998 (COPPA) para melhor informar a aplicação do art. 14 da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) no Brasil. Vale lembrar que os dois diplomas legais estabelecem regimes especiais de proteção de dados pessoais de crianças e, até certa medida, exigem o 'consentimento parental' para o tratamento desses dados.

Assim, nesta primeira seção será abordado o caso *FTC v. YouTube* em si, passando desde o problema enfrentado até suas reverberações. Na segunda seção será feita uma breve análise do art. 14 da LGPD e da correspondente disciplina de

²⁵⁹ Graduanda em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Pesquisadora júnior no Instituto de Tecnologia e Sociedade do Rio de Janeiro (ITS Rio).

²⁶⁰ Mestre em Direito e Gammon Fellow pela Universidade de Harvard. Graduado em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Pesquisador no Instituto de Tecnologia e Sociedade do Rio de Janeiro (ITS Rio).

proteção de dados de crianças no Brasil. É importante destacar, desde já, que essa é uma análise preliminar, uma vez que os tribunais brasileiros e a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD) ainda estão no estágio inicial de implementação da LGPD e, conseqüentemente, muitas das conclusões aqui lançadas são baseadas tão somente na interpretação textual da lei. Já na terceira seção será conduzido um esforço de dedução dos principais aprendizados do caso *FTC v. YouTube* para o ambiente brasileiro de proteção de dados. Por fim, na conclusão, serão abordados alguns dos incentivos criados pela obrigatoriedade do “consentimento parental” em plataformas digitais como o YouTube.

Nos EUA, o COPPA é a principal legislação federal sobre a proteção da privacidade de crianças na arena digital. A lei foi aprovada pelo Congresso estadunidense em 1998 e elegeu a FTC como o órgão responsável por garantir a sua aplicação. Ademais, de tempos em tempos o FTC publica novas regulamentações para atualizar as disposições da lei, garantindo, assim, que ela responda de forma eficiente aos novos desafios apresentados pela acelerada evolução tecnológica.

O COPPA se aplica apenas à menores de 13 anos e está estruturado em três principais pilares: regras sobre políticas de privacidade para plataformas digitais que oferecem serviços ao público infantil, regras sobre como essas plataformas devem agir para garantir que o consentimento oferecido pelos pais ou responsáveis legais é válido e legítimo e, por fim, regras que estabelecem obrigações às plataformas para que protejam a privacidade e segurança de crianças online.

Em setembro de 2019, a FTC, em conjunto com a advogada-geral do estado de Nova Iorque, apresentou uma reclamação perante a Corte Distrital dos EUA no Distrito de Columbia

alegando que o YouTube, plataforma de reprodução de mídias digitais que pertence à Google, havia violado as regras do COPPA, especialmente as seções 312.4 e 312.5, que determinam que a plataforma deve oferecer informações claras e completas sobre o tratamento dos dados de crianças e obter “consentimento parental verificável” quando coletar e usar dados pessoais de crianças. Em outras palavras, segundo a reclamação, o YouTube coletou dados de crianças por anos e, ainda assim, não se adequou às regras da legislação federal aplicável.²⁶¹

Segundo a seção 312.2 do COPPA, uma plataforma digital é considerada “voltada ao público infantil quando tem real conhecimento (*actual knowledge*) de estar coletando informações pessoais diretamente de usuários de outro website ou serviço online direcionado a crianças.” Sendo esse o caso, a plataforma deve notificar os pais ou responsáveis para obter seu consentimento antes de coletar dados pessoais de crianças.

Além disso, o COPPA proíbe o direcionamento de anúncios personalizados (ou seja, anúncios baseados no tratamento de dados pessoais para a segmentação de público-alvo) na ausência deste consentimento. Vale ressaltar que plataformas como o YouTube operam com base num modelo de negócios que depende dos lucros gerados por *ad placements* e na correspondente personalização de anúncios para diferentes

²⁶¹ FEDERAL TRADE COMMISSION; PEOPLE OF THE STATE OF NEW YORK. Complaint for Permanent Injunction, Civil Penalties and other Equitable Relief. Case No.: 1:19-cv-2642, Disponível em: <https://www.ftc.gov/system/files/documents/cases/172_3083_youtube_revised_complaint.pdf>. Acesso em: 15 de abril de 2021.

públicos que, por sua vez, são segmentados com base na coleta de dados pessoais.²⁶²

A reclamação da FTC é baseada no fato de que existem diversos canais infantis no YouTube que produzem conteúdos direcionados especificamente para crianças. O YouTube só permite que pessoas maiores de 13 anos criem um perfil na plataforma, mas ainda assim o site é repleto de canais infantis que são assistidos por milhões de crianças ao redor do mundo. Esses canais, a partir dos dados coletados pela plataforma, podem monetizar seu conteúdo através da venda de espaços publicitários que geralmente aparecem na forma de “propagandas” ao longo dos vídeos.

Esses anúncios são altamente personalizados e moldados de acordo com os interesses do público desses canais. Como a FTC notou em sua reclamação, o YouTube permite que os canais desabilitem os anúncios personalizados (*behavioral advertisements*) e permitam apenas anúncios contextuais (*contextual advertisements*) que não dependem da coleta de dados pessoais, mas essa opção diminui consideravelmente os lucros auferidos.

A FTC apresentou duas principais provas para demonstrar que o YouTube tinha conhecimento da situação. Em primeiro lugar, a empresa participou de diversas reuniões com marcas de brinquedos infantis como Mattel e Hasbro nas quais afirmou, por exemplo, que “o YouTube é hoje o líder em alcançar crianças entre 6 e 11 anos” em oposição aos tradicionais canais de TV e que “o YouTube foi unanimemente escolhido como o

²⁶² Apenas no último quadrimestre de 2020, o YouTube faturou 6.9 bilhões de dólares em lucros com a venda de anúncios na plataforma, um aumento de 46% em relação ao mesmo período em 2019. Business Insider, YouTube is a powerhouse for Google, with revenues up 46% to almost \$7 billion’ Disponível em: <<https://www.businessinsider.com/youtube-google-revenue-results-covid-19-2021-2>>. Acesso em: 15 de abril de 2021.

website favorito das crianças entre 2 e 12 anos". Em segundo lugar, o próprio YouTube implementa diversas ferramentas de categorização que incluem rótulos específicos para vídeos tidos como apropriados para 0-7 anos (*rating* Y).

Nada obstante, os canais com vídeos classificados como "Y" continuam coletando dados da mesma forma que os demais e contam com a possibilidade de monetizar o conteúdo com base em anúncios personalizados. Ademais, em 2015 o YouTube criou o aplicativo "YouTube Kids". Neste aplicativo, a monetização é feita apenas pela venda de anúncios contextuais, mas os vídeos exibidos ali continuam disponíveis na plataforma geral, onde o mesmo conteúdo pode ser monetizado através da venda de anúncios personalizados.

Diante da reclamação, a Google e sua subsidiária YouTube decidiram firmar um acordo com a FTC e o estado de Nova Iorque para encerrar a ação sem assunção de culpa. O acordo envolveu o pagamento de uma multa recorde de 136 milhões de dólares para a FTC e 34 milhões de dólares ao estado de Nova Iorque.²⁶³ Essa multa supera em muito o valor do maior acordo firmado pela FTC até então, quando, também em 2019, o TikTok pagou 5.7 milhões de dólares por supostamente coletar dados de crianças sem obter o consentimento válido dos pais ou responsáveis.²⁶⁴

²⁶³ Federal Trade Commission. Google and YouTube will pay record \$170 million for alleged violations of children's privacy law: FTC, New York Attorney General allege YouTube channels collected kids' personal information without parental consent. 2019. Federal Trade Commission. Disponível em: <<https://www.ftc.gov/news-events/press-releases/2019/09/google-youtube-will-pay-record-170-million-alleged-violations>>. Acesso em: 15 de abril de 2021.

²⁶⁴ Federal Trade Commission. Largest FTC COPPA settlement requires Musical.ly to change its tune. 2019. Federal Trade Commission. Disponível em: <<https://www.ftc.gov/news-events/blogs/business-blog/2019/02/largest-ftc-coppa-settlement-requires-musically-change-its>>. Acesso em: 15 de abril de 2021.

Através do acordo, o YouTube também se comprometeu a desenvolver e implementar um sistema para que os canais possam identificar conteúdos direcionados para crianças, além de notificá-los sobre a necessidade de respeitar as regras do COPPA. Ou seja, o acordo delega aos administradores de canais no YouTube a responsabilidade pela categorização dos vídeos para que, assim, a plataforma possa desabilitar anúncios personalizados e evitar a coleta de dados de crianças sem o consentimento dos pais ou responsáveis.

2. A PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS DE CRIANÇAS NO BRASIL: UMA BREVE ANÁLISE DO ART. 14 DA LGPD

Antes de nos aprofundar na análise dos ensinamentos deduzidos a partir do caso *FTC v. YouTube* e sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro, cumpre tecer algumas considerações a respeito do regime de proteção de dados no que tange a crianças e adolescentes no ambiente jurídico nacional. As regras do YouTube para classificação de conteúdo infantil no Brasil permanecem sob enfoque no intuito de traçar paralelos entre o caso previamente apresentado, que dá nome ao trabalho, e o ordenamento jurídico brasileiro.

A Lei Geral de Proteção de Dados (Lei nº 13.709/2018, também conhecida como “LGPD”) dedica seção especial à proteção de dados do público infante-juvenil. Por meio do art. 14 e seus parágrafos subsequentes, a lei prevê que o tratamento de dados pessoais dos menores de 18 anos deverá ser realizado em seu melhor interesse.

O legislador se preocupou em assegurar uma proteção mínima aos dados das crianças, inspirada no princípio do melhor interesse da criança, importado de um direito de família personalista por atribuir prioridade à criança e ao adolescente

para potencializar o exercício dos direitos fundamentais²⁶⁵. Deve-se considerar também as normas protetivas postuladas na Constituição Federal, no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) e na Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança para aplicação do princípio.

Apesar da louvável intenção do legislador de eleger o melhor interesse da criança como vértice interpretativo da disciplina e consolidá-lo já no *caput* do art. 14, a doutrina identifica de antemão alguns pontos frágeis no dispositivo que merecem destaque.²⁶⁶ No presente tópico, então, aborda-se brevemente as controvérsias pertinentes à análise do dispositivo, todavia sem pretensão de exaurir o tema. O intuito é meramente sinalizar áreas de tensão e trazer um prognóstico de como o emblemático caso *FTC v. YouTube* se encaixa nessas lacunas.

O primeiro ponto que merece cuidado é a exclusão do público adolescente dos §§ 1º a 5º do art. 14 – apesar de, paradoxalmente, fazer menção direta a ele no *caput*. Com isso, tão somente em relação às crianças, afirma-se que o tratamento de dados deverá ser realizado com o consentimento específico²⁶⁷ de um dos pais ou responsável legal (§1º). Em razão do silêncio quanto aos adolescentes, emergem importantes questionamentos se estes são equiparados aos adultos e,

²⁶⁵ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. RETTORE, Anna Cristina de Carvalho. A autoridade parental e o tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes. In: TEPEDINO, Gustavo et al. (Coord.). Lei geral de proteção de dados e suas repercussões no direito brasileiro. 2ª tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2019. p. 505-530.

²⁶⁶ SOUSA, Nathalia Guerra de; BARBOSA, Thainá. Como tratar dados de crianças e adolescentes no contexto da LGPD. Migalhas, [s.1], 8 set. 2020. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/333029/como-tratar-dados-de-criancas-e-adolescentes-no-contexto-da-lgpd>>. Acesso em: 20 mar. 2021.

²⁶⁷ É importante notar que este consentimento deve ser também livre, informado e direcionado a um tratamento de dados para finalidade determinada.

portanto, o consentimento dado por eles próprios seria admitido para tratar seus dados pessoais²⁶⁸.

Veja-se que o tratamento diferenciado entre crianças (pessoas até 12 anos de idade incompletos, segundo o art. 2º do ECA) e adolescentes (pessoas entre 12 e 18 anos de idade incompletos, também segundo o art. 2º do ECA) trouxe fragilidade ao dispositivo. Isso porque o §1º do art. 14 deixa dúvidas sobre o consentimento manifestado diretamente pelo adolescente sem assistência ou representação ser considerado plenamente válido – hipótese de capacidade especial –, ou se a opção legislativa foi de fato se omitir em relação ao tema²⁶⁹.

Ana Carolina Brochado Teixeira e Anna Cristina de Carvalho Rettore²⁷⁰ avaliam que, nos termos da legislação, os adolescentes seriam equiparados à adultos pela legislação, sendo o consentimento exigido para tratar seus dados uma “manifestação livre, informada e inequívoca pela qual o titular concorda com o tratamento de seus dados pessoais para uma finalidade determinada” (art. 5ª, XII, da LGPD).

Em segundo lugar, cumpre avaliar o potencial ponto de tensão desta previsão com as normativas de incapacidade absoluta e relativa do Código Civil, segundo as quais são incapazes para exercer atos da vida civil os menores de 16 anos (art. 3º) e relativamente incapazes os maiores de 16 e menores de 18 anos (art. 4º, I). Segundo a legislação civil, é necessária

²⁶⁸ TEPEDINO, Gustavo; TEFFÉ, Chiara Spadaccini de. Consentimento e proteção de dados pessoais na LGPD. In: TEPEDINO, Gustavo et al. (Coord.). Lei geral de proteção de dados e suas repercussões no direito brasileiro. 2ª tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2019. p. 281-316.

²⁶⁹ TEPEDINO, Gustavo; TEFFÉ, Chiara Spadaccini de. Consentimento e proteção de dados pessoais na LGPD, cit., p. 212.

²⁷⁰ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. RETTORE, Anna Cristina de Carvalho. A autoridade parental e o tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes. cit., p. 365.

a representação dos responsáveis no caso da incapacidade absoluta e a assistência no caso dos relativamente incapazes. Dessa forma, a LGPD, ao admitir o consentimento próprio do adolescente entre 12 e 18 anos para o tratamento de seus dados pessoais, dispensando por completo a participação parental, parece divergir da lógica por trás do instituto das incapacidades do Código Civil.

Nos ensinamentos de Caio Mário da Silva Pereira, o intuito do regime, especialmente no que tange a incapacidade absoluta, é evitar a facilidade de se deixar influenciar e a falta de autodeterminação²⁷¹. Assim, dada a relevância do consentimento para o tratamento de dados, questiona-se se uma transição mais branda entre a forma de consentimento exigido para crianças e adolescentes não reforçaria o melhor interesse dos maiores de 12 anos, que gradativamente navegam com mais liberdade pela internet²⁷².

Em terceiro lugar, resta abordar a exigência direcionada ao controlador para realizar todos os esforços razoáveis para verificar se o consentimento foi dado de fato pelo responsável legal (§5º). No entanto, inexistente previsão a respeito de mecanismos que possibilitariam tal verificação, tampouco parâmetros para aferir o “esforço razoável” por parte do controlador ou avaliar a tecnologia implementada para atingir tal objetivo²⁷³. Quanto a essa lacuna, convém ponderar formas para a atuação específica da Autoridade Nacional de Proteção

²⁷¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil. Maria Celina Bodin de Moraes. 28. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 232.

²⁷² TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. RETTORE, Anna Cristina de Carvalho. A autoridade parental e o tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes. cit., p. 365.

²⁷³ TEPEDINO, Gustavo; TEFFÉ, Chiara Spadaccini de. Consentimento e proteção de dados pessoais na LGPD, cit., p. 213.

de Dados (ANPD), que deverá se responsabilizar pela criação dos parâmetros faltantes.

A partir dos pontos apresentados, fica evidente os desafios a serem enfrentados para garantir a efetiva implementação e fiscalização do consentimento parental no ambiente nacional de proteção de dados pessoais, vez que a legislação foi imprecisa (e em alguns pontos até mesmo omissa) ao versar sobre o tema – especialmente no que diz respeito às formas de obter o consentimento –, fragilizando a aplicabilidade do instituto no Brasil. É precisamente nesse contexto que o caso *FTC v. YouTube* se enquadra e pode informar o debate nacional.

Diante da complexidade do instituto e a ausência de mecanismos para garantir a eficácia e aplicabilidade do consentimento parental, caminhos alternativos devem ser traçados. No Brasil, o YouTube implementou as mesmas políticas acordadas com o FTC, isto é, delegou aos canais e criadores de conteúdo a responsabilidade de identificar os conteúdos direcionados a crianças para que possa desabilitar anúncios personalizados e, conseqüentemente, esquivar-se da exigência do consentimento parental ao evitar a coleta de dados²⁷⁴.

É de se questionar se essa abordagem está de acordo com o melhor interesse da criança e adolescente. A despeito das repercussões práticas que serão abordadas mais a fundo no

²⁷⁴ Confira-se: “Confiamos em você para definir seu público com precisão, e modificaremos essa classificação somente em casos de erro ou abuso. Depois que essa definição for feita, limitaremos a coleta e o uso de dados nesse conteúdo de acordo com a configuração de público escolhida”. YouTube. Perguntas frequentes sobre conteúdo para crianças. YouTube Team. Perguntas frequentes sobre conteúdo para crianças. Disponível em: <https://support.google.com/youtube/answer/9684541?hl=pt-BR&ref_topic=9689353#zippy=%2Cpor-que-a-responsabilidade-de-cumprir-essa-lei-é-do-criador-de-conteúdo-se-o-youtube-é-o-único-que-coleta-dados>. Acesso em 29 de abril de 2021

tópico a seguir, cumpre salientar que a proteção de dados dos menores significa, em grande parte, garantir que o acesso à Internet não esteja vinculado a uma constante violação da privacidade dos menores.

Em um país no qual 68% dos indivíduos entre 9 a 17 anos possuem perfis nas redes sociais²⁷⁵, são especialmente preocupantes as deletérias consequências de um desenho regulatório em que os requisitos para garantir o melhor interesse da criança e adolescente podem estar fragilizados por falta de contornos mais precisos e eficazes. Sob esse prisma, será analisada detalhadamente a solução proposta no caso sob análise e as formas de evitar que as crianças tenham sua proteção e desenvolvimento comprometidos na Internet.

3. APRENDIZADO DO CASO *FTC V YOUTUBE* PARA O AMBIENTE NACIONAL DE PROTEÇÃO DE DADOS

Embora tanto a Lei Geral de Proteção de Dados no Brasil quanto o Children's Online Privacy Protect Act tenham eleito o consentimento parental prévio e específico como pressuposto para a proteção de dados de crianças na Internet, a legislação estadunidense se destaca por indicar em sua seção 312.5, "b" algumas avenidas que podem ser exploradas pelas plataformas digitais para a obtenção do consentimento, tais como: (I) o preenchimento de um formulário de consentimento pelos pais, enviado por e-mail; (II) o fornecimento de uma linha telefônica para o qual o responsável possa ligar de forma gratuita e conceder o consentimento; (III) a realização de videoconferência com o responsável para que ele possa

²⁷⁵ CGI.Br. Pesquisa sobre o uso da Internet por crianças e adolescentes no Brasil: TIC Kids Online Brasil 2019. Núcleo de Informação e Coordenação do Ponto BR. -- 1. ed. -- São Paulo: Comitê Gestor da Internet no Brasil, 2020. Disponível em: https://cetic.br/media/docs/publicacoes/2/20201123093344/tic_kids_online_2019_livro_eletronico.pdf. Acesso em: 20 mar. 2021.

conceder o consentimento; ou (IV) a concretização do consentimento via e-mail.²⁷⁶

Após avaliar essa importante distinção entre os dois diplomas legais, Yandra *et al* argumentam que “a legislação [brasileira] não é eficaz em prever formas aptas a promover e confirmar a veracidade do consentimento dos pais ou responsáveis legais, ao contrário do COPPA”.²⁷⁷ Embora elas tenham razão em argumentar que o art. 14 da LGPD não listou possíveis maneiras de se obter o consentimento dos pais ou responsáveis para o tratamento de dados de crianças – como foi possível concluir através da análise do dispositivo na seção acima –, é de se questionar se tal adição à lei realmente teria o condão de “promover e confirmar a veracidade do consentimento [parental]”.

Como será argumentado nesta terceira seção do capítulo, o caso *FTC v. YouTube* parece sugerir justamente o contrário: ainda que o COPPA traga uma lista de formas pelas quais uma plataforma digital pode obter e validar o consentimento parental, as práticas do YouTube ao longo dos anos e o acordo firmado com a FTC em 2019 apontam para a falência do referido dispositivo legal. Em outras palavras, ao invés de criar mecanismos para a obtenção e validação do consentimento parental à luz da seção 312.5, “b” do COPPA, o YouTube decidiu, através de seu acordo com o

²⁷⁶ YANDRA, Barbara Fernanda Ferreira; SILVA, Amanda Cristina Alves; SANTOS, Jéssica Guedes. Lei Geral de Proteção de Dados e a tutela dos dados pessoais de crianças e adolescentes: a efetividade do consentimento dos pais ou responsáveis legais. *Internet & Sociedade*, Rio de J., v. 1, n. 1, p. 238-238, fev. 2020. p. 238. Disponível em: <https://docs.google.com/document/d/1DG-pAYSc0sIroPvoOXfNdK9XVF5loHC7hZrcIBvM7sw/edit>. Acesso em: 29 abr. 2021.

²⁷⁷ YANDRA, Barbara Fernanda Ferreira. SILVA, Amanda Cristina Alves. SANTOS, Jéssica Guedes. Lei Geral de Proteção de Dados e a Tutela dos Dados Pessoais de Crianças e Adolescentes: a efetividade do consentimento dos pais ou responsáveis legais. *cit.* p. 244.

FTC, delegar a classificação dos conteúdos hospedados na plataforma aos próprios donos dos canais. Caso o vídeo seja classificado como “voltado ao público infantil”, a plataforma simplesmente desabilita a função de anúncios personalizados e, assim, encerra a coleta de dados de todos os usuários que interagirem com aquele conteúdo.

Uma primeira crítica dirigida ao acordo firmado entre a FTC e o YouTube diz respeito ao público acima de 13 anos de idade que também consome conteúdos classificados como infantis na plataforma. Ao adotar uma solução generalista e “*across-the-board*”, optando por simplesmente desabilitar anúncios personalizados em vídeos assim classificados, o acordo acaba por excluir usuários que também consomem esse tipo de conteúdo e, diferente do público-alvo primário, já possuem capacidade para consentir de forma válida a respeito da coleta e tratamento de seus dados pessoais.²⁷⁸

A falta de nuances, portanto, acaba impactando negativamente os produtores de conteúdo na plataforma. Os anúncios personalizados são ativados ou desativados por completo, não há qualquer meio-termo. Ou seja, uma vez que o vídeo seja classificado como infantil, ainda que uma considerável parcela dos usuários que interagirem com aquele conteúdo tenha mais que 13 anos de idade, o produtor continuará sofrendo uma queda considerável de monetização tal como se todos os usuários fossem de fato crianças.²⁷⁹

²⁷⁸ YouTube Team. Our comment on COPPA. YouTube Official Blog, 09 de dezembro de 2019. Disponível em: <<https://blog.youtube/news-and-events/our-comment-on-coppa>>. Acesso em 29 de abril de 2021.

²⁷⁹ BRODY, Ben. BERGEN, Mark. YouTube to FTC: Don't Assume Only Kids Are Watching Kids Videos. Bloomberg, 9 de dezembro de 2019. Disponível em: <<https://www.bloomberg.com/news/articles/2019-12-09/youtube-to-ftc-don-t-assume-only-kids-are-watching-kids-videos>> Acesso em 29 de abril de 2021.

Em segundo lugar, mesmo antes da publicação do acordo, a FTC começou a discutir possíveis emendas ao COPPA, o que geralmente ocorre de 10 em 10 anos, sendo a última atualização em 2013.²⁸⁰ Uma preocupação compartilhada entre diversos produtores de conteúdo no YouTube é que a FTC, ao propor a expansão do conceito “direcionado a crianças” (*child-directed*) para incluir o conceito “atrativo para crianças” (*child-attractive*) no COPPA, estaria forçando ainda mais canais na plataforma a desligarem a função de anúncios personalizados.²⁸¹ Afinal, vídeos de esportes, jogos eletrônicos e até mesmo de maquiagem podem ser considerados atrativos para o público infantil, embora não sejam direcionados para crianças.

Este é justamente o problema de adotar uma solução generalista e delegar a responsabilidade de classificação dos vídeos aos criadores de conteúdo: na falta de diretrizes claras e temendo uma eventual responsabilização – afinal, os donos de canais agora são considerados “operadores” nos termos do COPPA e sujeitos a “*strict liability*” –,²⁸² a tendência é que os canais optem pela desabilitação dos anúncios personalizados mesmo em casos onde a “atratividade” ou o “direcionamento” não estejam claramente definidos.

²⁸⁰ Federal Trade Commission. FTC Seeks Comments on Children’s Online Privacy Protection Act Rule. 25 de julho de 2019. Federal Trade Commission. Disponível em: <<https://www.ftc.gov/news-events/press-releases/2019/07/ftc-seeks-comments-childrens-online-privacy-protection-act-rule>>. Acesso em 29 de abril de 2021.

²⁸¹ JOHNSTON, Jeremy. SAVE Family-Friendly Content on Youtube, abaixo-assinado com mais de 900 mil assinaturas. Change.org, Disponível em: <<https://bit.ly/3xHrqQv>>. Acesso em 29 de abril de 2021.

²⁸² COHEN, Kristin. YouTube channel owners: Is your content directed to children? Federal Trade Commission, 22 de novembro de 2019. Acesso em 29 de abril de 2021. Disponível em: <<https://www.ftc.gov/news-events/blogs/business-blog/2019/11/youtube-channel-owners-your-content-directed-children>>

Em terceiro lugar, esse desenho regulatório, ao invés de ser mais protetivo para crianças que usam o YouTube, pode ter justamente o efeito contrário e representar mais riscos à privacidade e proteção de dados de crianças. Muitos produtores de conteúdo na plataforma são verdadeiros empresários, contando com diversos funcionários que auxiliam na produção, edição e distribuição dos vídeos e, por isso, dependem dos lucros auferidos através da monetização do conteúdo. Ao invés de desabilitarem os anúncios personalizados para se adequarem às obrigações impostas pelo COPPA aos operadores, estes produtores possuem um forte incentivo econômico para mudar o formato de seus vídeos, produzindo cada vez mais conteúdo jovem ou adulto para permitir a monetização plena sem correr os riscos mencionados acima.

Ao mesmo tempo, as crianças que já usam o YouTube continuarão navegando pela plataforma, mas encontrarão cada vez menos conteúdos voltados ao público infantil e cada vez mais conteúdos voltados ao público jovem e adulto. Além de serem expostas a conteúdos impróprios para a sua idade, os dados dessas crianças continuarão sendo coletados e tratados em violação ao COPPA.

Assim, é possível concluir que, ao menos em relação ao YouTube e outras plataformas de compartilhamento de vídeos na Internet, a exigência do consentimento parental acabou, na prática, se tornando uma maneira ineficiente de proteger a privacidade e os dados pessoais de crianças. Mesmo com todas as diretrizes apresentadas pela seção 312.5, "b" do COPPA, o YouTube, através do acordo firmado com a FTC, acabou jogando uma grande parcela da responsabilidade nas costas dos donos de canais e criando incentivos que podem colocar tanto os direitos das crianças quanto os dos próprios criadores de conteúdo em risco.

Como avaliou a *Common Sense*, um grupo que advoga pelo direito das crianças nos EUA, “atribuir boa parte do ônus aos criadores ao invés do próprio YouTube não será suficiente para proteger as crianças online”.²⁸³ Ainda que contra-intuitiva, uma melhor solução seria flexibilizar os requisitos de obtenção e validação do consentimento parental, permitindo que o YouTube promova o YouTube Kids como uma plataforma onde anúncios personalizados não são permitidos, tanto para vídeos atrativos quanto para vídeos direcionados para crianças, ao passo que na plataforma principal a empresa deveria se esforçar para notificar os pais ou responsáveis, de forma clara e didática, sobre a coleta de dados pessoais, permitindo, caso eles assim desejem, a desabilitação de anúncios personalizados. Em outras palavras, enquanto o *default* no YouTube Kids seria a não coleta de dados pessoais e os anúncios contextuais, no YouTube o *default* seria a coleta de dados pessoais e os anúncios personalizados.

4. CONCLUSÃO: OS INCENTIVOS CRIADOS PELA OBRIGATORIEDADE DO “CONSENTIMENTO PARENTAL” EM PLATAFORMAS DIGITAIS

O marcante caso *FTC v. YouTube* trouxe ensinamentos propícios ao sistema de proteção de dados de crianças e adolescentes no Brasil. Como se viu, frente às complexidades de obter o consentimento parental, em um primeiro momento, o YouTube coletava dados pessoais de crianças sem notificar os pais para obter o consentimento exigido pela legislação

²⁸³ KELLY, Makena. ALEXANDER, Julia. YouTube’s new kids’ content system has creators scrambling. *The Verge*, 13 de novembro de 2019. Acesso em 29 de abril de 2021. Disponível em: <<https://www.theverge.com/2019/11/13/20963459/youtube-google-coppa-ftc-fine-settlement-youtubers-new-rules>>

aplicável (COPPA); após o acordo com o FTC, a empresa delegou aos administradores de canais a categorização dos vídeos para que, assim, possam desabilitar anúncios personalizados – evitando a coleta de dados e a exigência de consentimento parental.

Além da nova arquitetura técnico-jurídica adotada pela plataforma delegar a tomada de uma decisão complexa a atores que não estão necessariamente bem posicionados para sopesar todos os interesses e direitos envolvidos, ela também representa um desincentivo à categorização dos vídeos pelos criadores como “direcionados ao público infantil”, uma vez que o zelo e a responsabilidade dos criadores são “recompensados” com a perda da monetização. Com isso, crianças ficam sujeitas a um crescente volume de conteúdos inadequados (voltados ao público jovem e adulto), são bombardeadas por anúncios personalizados e têm seus dados pessoais coletados em flagrante violação ao COPPA.

Não se pretende adotar um posicionamento diametralmente contrário ao consentimento parental neste trabalho. Reconhece-se que independentemente de haver ou não exigência legal, a participação dos responsáveis na decisão de consentimento para tratamento de dados é essencial dada a sua relevância como projeção da personalidade humana. O que se busca é utilizar o caso como ensinamento para a aplicação do art. 14 e seus parágrafos.

Ora, se todas as diretrizes apresentadas pelo COPPA foram insuficientes para garantir a proteção dos dados pessoais de crianças em relação ao YouTube, há de se considerar o caminho a ser tomado para implementação da LGPD: seria realmente necessária a criação de diretrizes e regulamentações mais precisas para esclarecer e verificar o consentimento parental? Ou então um modelo mais simples

e menos rígido que criasse um incentivo real de proteção da criança? Em suma, deve-se compatibilizar a arquitetura econômica da plataforma – via anúncios e coleta de dados – com o melhor interesse da criança, e nisso o caso *FTC v. YouTube* tem muito a nos ensinar.

PROTEÇÃO DE DADOS DE CRIANÇAS: UMA PERSPECTIVA INTERNACIONAL

*Janaina Costa*²⁸⁴
*Christian Perrone*²⁸⁵

INTRODUÇÃO

A relação entre crianças e tecnologia é uma das discussões mais importantes dos últimos anos. Perguntas como a quantidade de horas uma criança²⁸⁶ deve passar online e na frente delas domina discussões entre pais, mães e responsáveis.²⁸⁷ Não é à toa que a Organização Mundial da Saúde prescreveu que deve haver uma relação de controle por sobre a quantidade de horas

²⁸⁴ Advogada. Pós-Doutoranda em Direito Digital (UERJ); Mestre em Desenvolvimento Econômico e Social pelo IEDES - Paris 1 Panthéon-Sorbonne; Bacharel em Direito (UFMG). Ex-diretora da Diretoria de Convênios e Prestação de Contas da SEC de Minas Gerais.

²⁸⁵ Advogado, Consultor de Políticas Públicas. Pesquisador Fulbright (Universidade de Georgetown, EUA). Doutorando em Direito Internacional (UERJ); Mestre em Direito Internacional (L.L.M/Universidade de Cambridge, Reino Unido). Ex-Secretário da Comissão Jurídica Interamericana da OEA. Coordenador da área de Direito e Tecnologia no Instituto de Tecnologia e Sociedade do Rio de Janeiro (ITS Rio).

²⁸⁶ Ainda que seja efetivamente mais inclusivo falar em crianças e adolescentes, utilizar-se-á a terminologia de “criança” para se referir a crianças e adolescentes. Isso se dá em parte por questões de conveniência e economicidade e em parte porque muito da terminologia internacional tende a definir criança como até os 18 anos. Veja a Convenção dos Direitos da Criança, 1989, art. 1º. Disponível em: <https://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/crc.aspx>.

²⁸⁷ Pesquisa do Centro Pew nos EUA indica que mais de 71% dos pais estão preocupados com a quantidade de tempo que seus filhos passam em frente de telas. Veja: Pew Research Center. Parenting Children in the Age of Screens. 2020. Disponível em: <https://www.pewresearch.org/internet/2020/07/28/parenting-children-in-the-age-of-screens/>.

que ficam em frente da tv, celulares e outros dispositivos.²⁸⁸ Por detrás dessas preocupações há um manancial de questões que tratam tanto do desenvolvimento físico, como mental de crianças além do desfrute de direitos tanto em quanto na evolução do desenvolvimento de suas faculdades, como em sua fase adulta. A proteção de dados pessoais de crianças, então, serve como meio transversal de salvaguardar e garantir direitos.

Esse artigo busca ter um olhar internacional sobre esse importante direito de crianças à proteção de seus dados pessoais. O foco será na interação entre um espaço que tende a ser global (o ambiente digital) e a regulação de dados que em muito tende a ser nacional. É nesse paradoxo entre o mundial e o local que entra a necessidade de uma proteção de direito internacional.

Nesse sentido, quatro pontos serão explorados: (i) o lugar das crianças frente o ambiente digital; (ii) os fundamentos internacionais da proteção especial das crianças; (iii) a complexidade da regulação protetiva nacional; e (iv) a necessidade de uma solução comum buscando o melhor interesse da criança.

1. O LUGAR DA CRIANÇA NO AMBIENTE DIGITAL

Segundo dados do UNICEF, crianças representam $\frac{1}{3}$ dos usuários da internet.²⁸⁹ São consumidoras, replicadoras e

²⁸⁸ Veja: Organização Mundial da Saúde. Guidelines on physical activity, sedentary behaviour and sleep for children under 5 years of age. 2019. Disponível em: <https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/311664/9789241550536-eng.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.

²⁸⁹ The State of the World 's Children 2017 – Children in a digital world. Unicef, 2017. Disponível em <https://www.unicef.org/bulgaria/media/421/file/State%20of%20the%20world's%20children%20-%20children%20in%20a%20digital%20age.pdf>.

produtoras de informação e conteúdo – sem falar nas inúmeras que atuam como influenciadoras digitais²⁹⁰. A Internet oferece enormes oportunidades para as crianças se expressarem e disponibiliza acesso a uma vasta quantidade de informações ao alcance das pontas dos dedos. Durante a pandemia de Covid-19, restou ainda clara a importância da internet e dos serviços digitais para a população como um todo, mas ainda mais para crianças. Fez-se presente nas formas de aprendizagem, na interação e claro no entretenimento desse público.

Entretanto, a internet por elas navegada e as estruturas das principais plataformas digitais são, em grande maioria, pensadas para o público adulto, mesmo quando empresas criam alternativas projetadas para esse público, em sua grande maioria a lógica é a de um serviço originalmente para adultos, adaptado para crianças.²⁹¹

Assim, muitas vezes, tanto quanto adultos, as crianças e adolescentes ficam expostas a estruturas pensadas para dar suporte a modelos de negócio baseado na aquisição e tratamento de dados pessoais. Estes podem ser dispositivos de monitoramento que geram perfis detalhados – sendo muitas vezes inclusive monetizados²⁹²; ou mesmo subprodutos de características da própria rede, como a dificuldade de

²⁹⁰ Folha. O Youtube influencia o jeito de falar da minha filha. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2021/04/o-youtube-influencia-o-jeito-de-falar-da-minha-filha.shtml?origin=folha>

²⁹¹ Por exemplo, plataformas como o YouTube Kids foram criticadas por hospedar vídeos perturbadores que haviam escapado de seu site principal para além de seus algoritmos: crianças encontraram vídeos de Mickey Mouse coberto de sangue, personagens da série Peppa cometendo atos de violência e de até mesmo de canibalismo. [<https://www.tecmundo.com.br/internet/123877-youtube-kids-deixando-escapar-videos-improprios-criancas.htm>]

²⁹² Sobre esse aspecto, vide: ZUBOFF, Shoshana. A Era do Capitalismo de Vigilância. Intrínseca; 1ª edição, 2021.

efetivamente apagar dados e informações tornadas disponíveis (e em grande medida públicas).²⁹³

Desde o advento e popularização da Internet, uma série de publicações buscaram compreender as maneiras como crianças e adolescentes usam e interagem com as tecnologias digitais. No entanto, são recentes as pesquisas que examinam como as crianças são objeto de uma proliferação de práticas de obtenção de dados que registram detalhes de suas vidas e, na mesma esteira, a preocupação em regular e proteger suas experiências e o tratamento de seus dados.²⁹⁴

Tecnologias como brinquedos conectados, dispositivos vestíveis, plataformas de mídia social e software educacional têm se tornado fontes indiscutíveis de dados de crianças e adolescentes. Os dados gerados por essas tecnologias são frequentemente usados para monitoramento e avaliação que podem incluir detalhes relacionados a sua aparência, crescimento, desenvolvimento, saúde, relações sociais, humor, comportamento, realizações educacionais.²⁹⁵

As crianças podem se envolver nessas práticas, mas muitos outros atores o fazem em seu nome, incluindo não apenas seus pais e outros responsáveis e familiares, amigos, professores e profissionais de saúde, mas também entidades comerciais que buscam capitalizar e lucrar com o pessoal das crianças em formação.

²⁹³ Com relação a essa discussão veja: MAYER-SCHONBERGER, V. Delete: The Virtue of Forgetting in the Digital Age. Princeton: PUP, 2011.

²⁹⁴ STOILOVA, NANDAGIRI & LIVINGSTONE. Children's data and privacy online: Growing up in a digital age. LSE Media and communications. 2018

²⁹⁵ Para exemplos de como tecnologias e dispositivos conectados coletam e usam dados de crianças e adolescentes veja: BARASSI, V. CHILD | DATA | CITIZEN: How Tech Companies Are Profiling Us from Before Birth. MIT Press, 2020.

Veronica Barassi argumenta que, para explorar o surgimento do cidadão datificado, precisamos olhar para as crianças. Segundo a autora, as crianças são a chave para a compreensão de como a cidadania está sendo transformada por nossas culturas baseadas em dados.²⁹⁶

Barassi reconhece que a autovigilância – voluntária – oferece benefícios para aqueles que participam. Em outras palavras, quando adultos, conscientes das práticas de monitoramento, participam de atividades (e desfrutam de serviços online), pode haver uma relação sinalagmática. A consciência e a capacidade de controle de adultos servem para dar sustento à relação de troca em que existe uma entrega de dados e potencial tratamento por um serviço prestado no meio digital.

No entanto, no que se refere a crianças, a relação se torna mais complexa. As crianças podem obter prazer, diversão ou segurança sem necessariamente estar a par ou ter completa consciência da “vigilância” a que estão submetidas. Para as crianças que optam por se envolver nestas situações, tais práticas podem impactar em processos de individualidade e identidade até mesmo em termos de exercício de “direitos à informação, educação e participação” Barassi evoca que esse impacto pode ser ao mesmo tempo positivo ou negativo, em suas palavras:

[a] vigilância de dados realizada em crianças por outras pessoas, bem como a vigilância social mútua, também pode contribuir positivamente para as relações íntimas e o bem-estar das crianças. Para aquelas pessoas que estão monitorando características das crianças em suas vidas por meio de tecnologias de vigilância de dados, as informações geradas podem auxiliar em suas estratégias de cuidado. Nesse contexto,

²⁹⁶ BARASSI, V. CHILD | DATA | CITIZEN: How Tech Companies Are Profiling Us from Before Birth. MIT Press, 2020.

a vigilância íntima pode ser importante para a formação de identidades como pais amorosos e comprometidos, familiares ou amigos, ou suas identidades profissionais como cuidadores, professores ou provedores de saúde (Finn, 2016). Nesse sentido, a vigilância de dados pode ser entendida como uma nova forma de atendimento ético. Ao participar da vigilância de dados, portanto, tanto crianças quanto adultos estão se conformando com noções neoliberais idealizadas do sujeito empreendedor que assume a responsabilidade por gerenciar e otimizar sua vida (ou aqueles por quem tem responsabilidades de cuidar) (Lupton, 2016).

Diante deste cenário, é importante compreender que no caso de crianças, os diferentes direitos afetados devem ser protegidos não quanto a uma análise da capacidade de consentir ou estar consciente da vigilância, há que se fazer uma orientação com base externa, visando o interesse da criança a ser protegido. Tome-se o exemplo das dimensões de privacidade involucradas. Em relação a crianças, a privacidade é mais do que um direito de ser deixado só,²⁹⁷ reconhece-se como um direito habilitador, com políticas e organizações de bem-estar buscando proteger a segurança das crianças, as relações familiares e o desenvolvimento emocional de violações de privacidade.

Também no caso da liberdade de expressão das crianças. Há a exploração de si mesmas, a busca de informações e os direitos cívicos, além do reconhecimento de direitos positivos das crianças de acesso e à participação, especialmente online. Nesse sentido, o elemento vontade, consciência e controle

²⁹⁷ Referência a origem da discussão do direito à privacidade particularmente na sua versão norte-americana. Uma visão interessante sobre como se estrutura nos EUA: COHEN, Julie E. *Between Truth and Power: the legal construction of informational capitalism*. Nova Iorque: OUP, 2019.

estão entendidos em conjunto com a proteção objetiva do interesse da criança.

Isso não é um acaso, é fruto de uma construção histórica da posição das crianças como detentoras e titulares de direitos humanos. Esse desenvolvimento é tanto nacional, quanto internacional. Analisar-se-á primeiro os aspectos internacionais, para depois olhá-los de um ponto de vista nacional.

2. OS DIREITOS DAS CRIANÇAS NO PLANO INTERNACIONAL: FUNDAMENTOS DE PROTEÇÃO ESPECIAL

Se a internet e o espaço digital são fenômenos relativamente recentes, a proteção internacional dos direitos das crianças e adolescentes, não o é. Os primeiros documentos internacionais de proteção às crianças ainda não completaram um século. Para se ter uma ideia, em 1924 a Liga das Nações – antecessora da Organização das Nações Unidas, adotou a Declaração de Genebra sobre os Direitos da Criança. Nela se afirma o dever de todos de promover os meios para o desenvolvimento das crianças e adolescentes. Mas este não é o único documento histórico sobre o assunto. Pode-se ter acesso a uma linha do tempo dos direitos das crianças e adolescentes sob uma perspectiva internacional:

1924 – Declaração de Genebra sobre os Direitos das Crianças e Adolescentes

A Declaração afirma que todas as pessoas devem às crianças o direito a: meios para o seu desenvolvimento; ajuda especial em momentos de necessidade; prioridade de socorro; liberdade econômica e proteção contra a exploração; e uma educação que instila consciência social e dever.

1948 – Declaração Universal dos Direitos Humanos

O Artigo 25 confere às mães e crianças o direito a “cuidados e assistência especiais” e “proteção social”.

1959 – A Assembleia Geral da ONU adota a Declaração dos Direitos da Criança.

Reconhece, entre outros direitos, os direitos das crianças à educação, brincar, um ambiente favorável e cuidados de saúde.

1966 – Pactos Internacionais sobre Direitos Cívicos e Políticos e sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais,

Os Estados Membros da ONU prometem defender direitos iguais – incluindo educação e proteção – para todas as crianças.

1973 – A Organização Internacional do Trabalho adota a Convenção 138

A Convenção define 18 anos como a idade mínima para realizar trabalhos que possam ser perigosos para a saúde, segurança ou moral de uma pessoa.

1989 – A Convenção sobre os Direitos da Criança é adotada pela Assembleia Geral da ONU

Amplamente aclamada como uma conquista histórica para os direitos humanos, reconhece o papel das crianças como atores sociais, econômicos, políticos, cívicos e culturais. A Convenção garante e estabelece padrões mínimos para proteger os direitos das crianças em todas as capacidades.

1995 – Estabelecimento formal da Rede Internacional dos Direitos da Criança (CRIN) em 1995.

2014 – O CRIN submete ao Comitê das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança proposta para uma carta de

como a Convenção sobre os Direitos da Criança pode ser aplicada ao contexto digital.

2021 – Comitê das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança adota o Comentário geral n° 25 sobre os Direitos das Crianças em relação ao ambiente digital.

O documento detalha como a Convenção sobre os Direitos da Criança, tratado de direitos humanos mais ratificado em todo o mundo (com mais de 190 Estados signatários), se aplica igualmente ao mundo digital.

Tem-se, então, que em diversos momentos desde o início do século XX, a compreensão de direitos fundamentais se estendeu a crianças. A lógica foi criar elementos que ao mesmo tempo, por um lado, fossem protetivos e posicionassem a responsabilidade pelo cuidado e desenvolvimento das crianças nos ombros de pais, mães e responsáveis e criassem a obrigação de proporcionar assistência por parte do Estado; e, por outro, permitissem o desenvolvimento da personalidade das crianças e as dessem voz.

Para tal, quatro princípios acabaram se tornando cardiais: (i) não discriminação, (ii) direito à vida e desenvolvimento, (iii), interesse superior da criança e (iv) respeito às opiniões e pontos de vista da criança. Estes regem o principal instrumento de proteção internacional, a Convenção dos Direitos da Criança de 1989.²⁹⁸ Deles se tece uma teia interpretativa que guia a compreensão de todos os direitos relacionados a crianças.

²⁹⁸Veja artigos 2, 3, 6 e 12 da Convenção dos Direitos da Criança, 1989. O Comitê da ONU também entende que esses são princípios cardiais do sistema de proteção das crianças. Veja, por exemplo: Fact Sheet No.10 (Rev.1), The Rights of the Child. Disponível em: <https://www.ohchr.org/Documents/Publications/FactSheet10rev.1en.pdf>.

2.1. PRINCÍPIOS CARDIAIS

2.1.1 NÃO DISCRIMINAÇÃO

A não discriminação no que tange a crianças se relaciona a pelo menos dois prismas distintos que se complementam. O primeiro é que com relação ao tratamento de crianças, esse deve ser equitativo, levando em consideração a evolução e o desenvolvimento das capacidades e a maturidade das crianças. De outro, trata-se de garantir que não exista discriminação quanto a crianças no que tange a características específicas como religião, raça, etnia, orientação sexual entre outras.

2.1.2. DIREITO À VIDA E DESENVOLVIMENTO²⁹⁹

Na base dos direitos da criança está uma obrigação de proteção frente a riscos à vida e a integridade de crianças. Uma obrigação estatal de prevenir e proteger ante ameaças à vida e ao desenvolvimento de crianças, tanto de um ponto de vista negativo de não gerar de por si maiores riscos, como de se antecipar, prevenir e atuar frente a outros elementos externos, sejam eles naturais ou criados por outros entes.

2.1.3. INTERESSE SUPERIOR DA CRIANÇA

Provavelmente o elemento primordial para se compreender a estrutura de proteção resta no elemento de “interesse superior da criança” pois ele serve de base para a concepção, compreensão, interpretação e aplicação de todo direito que se refere a crianças como titulares. De fato, o interesse superior da criança é um conceito que possui três dimensões: (i) é um

²⁹⁹ Interessante notar que na Convenção há também uma ênfase em sobrevivência da criança e que estabelece uma obrigação ampla para os Estados de garanti-la (art. 6(2)).

direito substantivo em si mesmos, no qual crianças devem ter os seus interesses tomados em consideração (de maneira primária, i.e. superior); (ii) um princípio interpretativo de que toda interpretação deve favorecer os interesses das crianças; e (iii) uma regra procedimental de que em todas as decisões que envolvem crianças deve existir essa avaliação de se o interesse das crianças foram tomados em consideração.³⁰⁰

Nessa compreensão tripartite do interesse superior da criança se estabelece um quadro que deve almejar satisfazer a fruição de direitos e realizar de maneira substantiva os interesses das crianças. Mas este depende de uma metodologia para tanto ouvir as opiniões das crianças – e ter elas incluídas em assuntos que as afetem, quanto avaliar quais são estes interesses.

2.1.4. RESPEITO ÀS OPINIÕES E PONTOS DE VISTA DAS CRIANÇAS

Dois direitos auxiliam no processo de realização do interesse superior da criança, o direito a serem ouvidas e o direito de se expressar e de terem suas opiniões e pontos de vista respeitados. Nesse sentido, o interesse superior deve ser avaliado frente um padrão protetivo que considere o interesse expresso da criança. Pais, mães e responsáveis têm um papel significativo no posicionamento e compreensão desses interesses, mas na medida em que a criança se desenvolve, cada vez mais o posicionamento de responsáveis deve ceder espaço de direcionamento para conselho e finalmente para uma troca de igual para igual.³⁰¹

³⁰⁰ ONU. Comitê dos Direitos das Crianças. Comentário geral nº 14, 2013.

³⁰¹ ONU. Comitê dos Direitos das Crianças. Comentário geral nº 12, paras. 70-74 e 84; e ONU. Comitê dos Direitos das Crianças. Comentário geral nº 14, paras. 43 e 44.

2.2. PRIVACIDADE E PROTEÇÃO DE DADOS NO PLANO INTERNACIONAL

No plano internacional a articulação de direitos das crianças quanto a privacidade tende a ser entendido primariamente como uma proteção da criança no que tange a seu desenvolvimento, a um espaço íntimo em que possa desenvolver a sua personalidade de maneira livre e de desimpedida. Somente de maneira mais recente, esse direito foi interpretado no sentido de possuir uma dimensão de proteção de dados.

O relatório da UNICEF sobre privacidade infantil online e liberdade de expressão, voltado para a indústria, é exemplificativo desse processo de evolução conceitual. O estudo inicialmente distingue a privacidade física, de comunicação, informação e decisão, com especial atenção para que a proteção da privacidade e contra exposição a conteúdo inadequado ou perigoso sejam balanceados pelo seu direito à liberdade de expressão e informação. A privacidade física é entendida como comprometida em situações em que o uso de tecnologias de rastreamento, monitoramento ou transmissão ao vivo pode revelar a imagem, atividades ou localização de uma criança. Ameaças à privacidade de comunicação estão relacionadas ao acesso a postagens, bate-papos e mensagens de destinatários indesejados. A violação da privacidade das informações pode ocorrer com a coleta, armazenamento e processamento de dados pessoais das crianças, especialmente se isso ocorrer sem o seu entendimento ou consentimento. Finalmente, as interrupções da privacidade de decisão estão associadas à restrição de acesso a informações úteis que podem limitar a tomada de decisão independente ou as capacidades de

desenvolvimento das crianças. Todas essas são sopesadas de acordo com o desenvolvimento e evolução da criança.³⁰²

O que se percebe é uma compreensão que articula direitos (e ameaças a esses) na medida que esses originalmente afetam a privacidade enquanto espaço de livre desenvolvimento e depois enquanto a preservação sobre o controle de tratamento de informações relacionadas às crianças.

Dois outros estudos recentes da Universidade London School of Economics reforçam esses elementos. No estudo *Children's data and privacy online Growing up in a digital age – An evidence review*³⁰³ se afirma que “[a]s tentativas de reconhecer o direito das crianças à privacidade em seus próprios termos são relativamente novas e foram trazidas à tona pelo recente enfoque mais abrangente na privacidade (e suas violações) à luz das discussões motivadas pela adoção do [GDPR – Regulamento Europeu de Proteção de Dados] em toda a Europa.”

No estudo *Children's understanding of personal data and privacy online – a systematic evidence mapping* identificam-se as pesquisas disponíveis sobre como as crianças entendem, valorizam e tratam seus dados pessoais e privacidade online³⁰⁴. As autoras destacam que contextos de privacidade, com interpessoal, institucional e comercial “variam nas normas

³⁰² UNICEF. *Children's online privacy and freedom of expression: Industry toolkit*. New York: UNICEF, 2018.

³⁰³ Veja relatório da LSE, *Children's data and privacy online Growing up in a digital age - An evidence review*, 2018. Disponível em: <https://www.lse.ac.uk/media-and-communications/assets/documents/research/projects/childrens-privacy-online/Evidence-review-final.pdf>.

³⁰⁴ Stoilova, Mariya, Rishita Nandagiri, and Sonia Livingstone. 2019. “Children's Understanding of Personal Data and Privacy Online—a Systematic Evidence Mapping.” *Information, Communication & Society*. Published Online First, September, 17, 2019. <https://doi.org/10.1080/1369118X.2019.1657164>.

culturais, relações de poder e mecanismos regulatórios que se aplicam, resultando em diferentes problemas relacionados à privacidade vividos pelas crianças e a serem tratados pelos formuladores de políticas”.

Diante do cenário de exposição e (hiper) digitalização da infância, existem questões importantes sobre como esse fenômeno pode influenciar as chances e oportunidades futuras de crianças e adolescentes além das implicações em seu goze de direitos fundamentais. Nesse diapasão, as implicações são pouco conhecidas. A articulação internacional de privacidade e proteção de dados nos serve para proporcionar um quadro rico de compreensão da proteção de direitos das crianças. Não se pode negar, no entanto, que a primeira linha de proteção desses direitos para as crianças resta no ordenamento jurídico nacional dos diferentes países e é o que passaremos a analisar nesse momento.

3. A COMPLEXIDADE DA REGULAÇÃO PROTETIVA NACIONAL

Há que se entender que apesar de um quadro internacional de proteção de direitos das crianças, a proteção de dados pessoais – de crianças – evoluiu e ganha corpo na regulação doméstica, nacional.³⁰⁵ Hoje, mais de 125 países no mundo já possuem uma lei que busca tratar da proteção de dados.³⁰⁶ Nem todas, no entanto, focam especificamente em uma proteção para dados pessoais de crianças.

³⁰⁵ Inclui-se aqui também a regional da União Europeia. Para fins do presente artigo, entende-se a regulação europeia também como doméstica.

³⁰⁶ Dados da UNCTAD indicam 128 países. Data Protection and Privacy Legislation Worldwide. Disponível em: <https://unctad.org/page/data-protection-and-privacy-legislation-worldwide>.

Em um cenário de ampla ratificação de instrumentos internacionais de direitos das crianças, era de se esperar que houvesse maior convergência quanto à regulação da proteção de dados. No entanto, o que se percebe é que a multiplicidade de legislações leva a diferentes caminhos. Soma-se ao fato de que em muitas instâncias serviços digitais são prestados por entidades internacionais que seguem termos de uso próprio, tem-se uma plethora de caminhos normativos.

No caso de leis que se propõem a definir a proteção de dados de crianças, há dois elementos que se tornam cruciais: (i) a definição de posição dos pais, mães e responsáveis *vis-à-vis* a das crianças; e (ii) a implementação e definição dos melhores interesses das crianças em situações de proteção de dados.

A primeira questão tende a se desenvolver mais que tudo em um questionamento sobre a capacidade de crianças consentirem por si mesmas ou dependerem de um posicionamento dos pais. De fato, a discussão aqui tende a ser resolvida pela fixação de uma idade específica em que há uma “presunção” de capacidade e desenvolvimento da maturidade infantil que permitiria a ciência e compreensão do tratamento de dados pessoais e as suas potenciais consequências.

Quanto ao segundo, muitas das leis não explicitam qualquer metodologia a ser seguida para avaliação do melhor interesse das crianças. Muitas vezes abrindo espaço para interpretações que não necessariamente se encaixam com a lógica tripartite internacional e ou mesmo levam em consideração a posição e voz das crianças nessa definição.

3.1. A DEFINIÇÃO DE POSIÇÃO DOS PAIS, MÃES E RESPONSÁVEIS VIS-À-VIS A DAS CRIANÇAS PARA FINS DE PROTEÇÃO DE DADOS

De um modo geral a discussão sobre a posição de responsáveis relativa à participação de crianças para fins de proteção de dados tende a se referir a idade em que crianças já teriam maior ou menor autonomia para tomar uma decisão sem se referir aos responsáveis. No entanto, há que se entender que em muitos sistemas jurídicos – inclusive o brasileiro – em consonância com o sistema internacional de direitos das crianças a questão etária é na realidade um dos elementos a serem tomados em consideração, mas não o único.

Em um traçado de reconstrução histórica da preocupação etária, pode-se verificar que ela advém particularmente da discussão norte-americana que deu origem a lei conhecida como o COPPA (“Children’s Online Privacy Protection Act”). A preocupação nesse país nas palavras do órgão de fiscalização e defesa do consumidor (FTC- *Federal Trade Commission*) se referia ao *“Congress develop legislation placing parents in control of the online collection and use of personal information from their children.”*³⁰⁷ Nesse sentido, o objetivo era ter pais e mães (ou responsáveis) como um ponto central da relação de tratamento de dados de crianças.

Nesse sentido, a discussão tendeu a se manifestar enquanto a idade em que seria apropriada uma participação mais ativa de responsáveis. É assim que nos EUA a idade de corte se posicionou nos 13 anos, pois indicaria especificamente uma visão de que até a adolescência (“teens”) deve existir um posicionamento familiar mais presente. Por isso, muitas

³⁰⁷ FTC. Privacy Online: A Report to Congress, 1998. Disponível em: <https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/reports/privacy-online-report-congress/priv-23a.pdf>.

empresas cuja sede é os EUA tende a utilizar essa idade (13 anos) para permitir acesso ou para buscar o “consentimento” parental.

Essa não é exatamente a mesma lógica de outros países. Na Europa, por exemplo, os conceitos relacionados a participação de responsáveis parece estar sujeita a lógica tanto do melhor interesse da criança, quanto ao respeito da opinião e ponto de vista da criança, o que leva a existir um espaço de maior nuance para compreender o nível de maturidade e evolução da tomar decisões ante o tratamento de seus dados. Até porque, essa decisão pode impactar diretamente na possibilidade de desfrutar de outros direitos, inclusive de liberdade de expressão ou mesmo de entretenimento.³⁰⁸

No caso europeu, então, o regulamento de proteção de dados (GDPR) acaba por não estabelecer uma idade específica, mas um espectro de idade entre 13 e 16 anos além de indicar elementos para a definição relacionadas ao avanço das capacidades e das experiências das crianças.

Provavelmente, uma das melhores formas de dar vazão a essa regulação pode ser vista na regulação trazida pelo Reino Único e publicada pela autoridade de proteção de dados (ICO, Information Commissioner’s Office), o *Age-Appropriate Design Code* que busca criar maior nuance no modo como lidar com os dados de crianças. Em vez de meramente focar no ponto de corte (13 anos), busca empoderar as crianças de diferentes idades para que possam participar do espaço digital de maneira responsável e segura na medida de suas capacidades e experiências. A lógica é impor obrigações

³⁰⁸ Duas interessantes análises sobre a interação entre os sistemas dos EUA e da Europa: <https://iapp.org/news/a/gdpr-matchup-the-childrens-online-privacy-protection-act/>; e <https://iapp.org/news/a/reconciling-the-age-appropriate-design-code-with-coppa/>.

específicas de arquitetura, design e política que conduzam a esses espaços mais seguros e apropriados.³⁰⁹

O desafio, no entanto, está na forma como harmonizar o tratamento díspar apresentado pelas diferentes regulações. Somente com relação a idade em que os pais devem ser envolvidos no consentimento, há uma multiplicidade quanto a idade específica. Isso se replica também no Brasil, onde não há uma definição de idade na lei de proteção de dados (LGPD), mas sim em outros instrumentos como o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) ou a Convenção de Direitos das Crianças³¹⁰ que respectivamente definem criança como até 12 e 18 anos.

Um desafio indireto resta inclusive na compreensão tanto do melhor método para identificar a idade das crianças – *vis-à-vis* o processo mais comum de autodeclaração que permite tanto uma criança indicar ter mais idade do que verdadeiramente tem, como mais velhas declarar que têm menos,³¹¹ quanto para contactar os pais, mães e responsáveis em situações que são quem deveria efetivamente prestar maior controle.

3.2. A DEFINIÇÃO DO INTERESSE SUPERIOR DAS CRIANÇAS

Ainda mais desafiadora do que as diferenças de idade de consentimento para fins de proteção de dados é a definição de um padrão de proteção que leve em consideração o melhor interesse da criança.

³⁰⁹ ICO. Children's Code Hub. Disponível em: <https://ico.org.uk/for-organisations/childrens-code-hub/>.

³¹⁰ Internalizada no país.

³¹¹ Há que se entender que existem riscos relacionados ao posicionamento de pessoas que não estão na faixa gerando riscos para espaços protegidos, por exemplo.

Como vimos acima, a consideração de base para o tratamento de dados de crianças deve ser realizada não somente com uma visão ou do responsável ou da criança em si. O método a ser utilizado é o de tomar em consideração a visão, a opinião da criança de acordo com a sua evolução, desenvolvimento e maturidade. Em muitos casos isso leva a compreensões particulares e visões que predominam elementos identitários específicos.

De um lado, isso é particularmente positivo pois permite um maior espaço para a especificação dos interesses das crianças advirem do meio social e da cultura em que vivem. De outro lado, no entanto, há sempre um risco de que as considerações propostas influenciem ou distorcionem a concepção de interesse superior da criança.

Nesse sentido uma visão harmonizada e que leve em consideração os elementos comuns presentes na concepção já acordada na Convenção é importante que prevaleça.

4. A NECESSIDADE DE UMA SOLUÇÃO COMUM BUSCANDO O MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA.

O contexto digital adiciona um elemento a mais a proteção de dados. O fato de a tecnologia (internet) e os serviços prestados através dela tenderem a ser globais faz com que exista a complexidade de as múltiplas legislações e interpretações domésticas não só não serem sempre consonantes com o marco internacional de proteção de direitos das crianças, mas como entre si serem potencialmente conflitantes. Se o meio (ciberespaço) independe das fronteiras nacionais, então a prestação de serviços também pode ocorrer independente dessas mesmas fronteiras, e muitas vezes o é. Gerando, assim, potenciais conflitos regulatórios.

Esses conflitos podem ser de três naturezas: entre legislações de diferentes países; entre legislações e termos de uso de plataformas e serviços; ou entre padrões de proteção de direitos internacionais e legislações e ou termos de uso. Tem-se, então, uma teia em que se permitem sobreposições e tensões jurisdicionais.³¹² Na prática estas tensões e conflitos efetivamente levam a uma disparidade de proteções e uma situação de maior ou maior equilíbrio para os interesses superiores das crianças.

Há, então, uma necessidade de coordenação e cooperação no sentido de haver uma standardização da proteção de dados pessoais de crianças e adolescentes. Pois, a tendência é que a tecnologia e a prestação de serviços se deem cada vez mais de forma a se beneficiar da escala global potencializada pelo espaço digital.

A Convenção dos Direitos das Crianças com os seus princípios cardinais serve como ponto focal indicativo de um caminho comum – para os países parte. No entanto, há que se entender que existe a necessidade de criação de padrões comuns e elementos normativos dentro de um plano consensual. A busca do melhor interesse da criança é um dos liames importantes que auxiliam nesse processo.

No entanto, apesar desses pontos comuns, a diversidade dos países em termos de contexto sociocultural tende a dificultar a emergência de um alinhamento em torno de padrões comuns. Isso proporciona uma dificuldade para alinhamento tanto

³¹² Uma análise interessante sobre essas sobreposições jurisdicionais pode ser encontrada no relatório: Internet & Jurisdiction. Global Status Report, 2019. Disponível em: <https://www.internetjurisdiction.net/news/release-of-worlds-first-internet-jurisdiction-global-status-report>. Com um recorte mais regional, veja: UN ECLAC e Internet & Jurisdictional. Regional Status Report: Latin America and the Caribbean, 2020. Disponível em: <https://www.cepal.org/en/publications/46421-internet-jurisdiction-and-eclac-regional-status-report-2020>.

do ponto de vista de proteção quanto mais em situações transfronteiriças. O que se expande com a inexistência de uma estrutura internacional que auxilie na governança coordenada do ecossistema digital, ainda que em termos específicos de proteção de dados de crianças.

Esse é um momento de buscar focar nas recomendações de organismos internacionais como o Comitê da ONU que recentemente publicou seus comentários gerais nº 25 que trata de direitos das crianças no espaço digital. Esta é uma oportunidade única de buscar uma coordenação e utilizar como ponto de partida essa visão comum internacional.

CONSCIENTIZAÇÃO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES EM PRIVACIDADE E PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS: APRENDIZADOS INTERNACIONAIS

*Adriane Loureiro Novaes*³¹³
*Aline Fuke Fachinetti*³¹⁴
*Fabio Lara Aspis*³¹⁵
*Fernando Bouso*³¹⁶

³¹³ Advogada especializada em privacidade e proteção de dados, cofundadora da Associação Juventude Privada e membro da Comissão de Empreendedorismo e Startups da OAB de Pinheiros.

³¹⁴ Advogada com atuação e certificações em privacidade e proteção de dados pessoais (CIPP/E, CIPM e PDPF), com reconhecimento internacional no tema como Fellow Information of Privacy pela IAPP e como 40 under 40 pelo Global Data Review. Integra o Conselho Women Leading Privacy Advisory Board da IAPP, é cofundadora e diretora da Associação Juventude Privada e vice-presidente da Comissão de Direito Digital e Compliance da 17ª subseção da Ordem dos Advogados do Brasil. alineff@adv.oabsp.org.br.

³¹⁵ Advogado com atuação e certificação em privacidade e proteção de dados e Compliance. Especializado em privacidade e proteção de dados pelo Data Privacy Brasil e em Direito Digital Aplicado pela Fundação Getúlio Vargas de São Paulo (FGV-SP). Certified Information Privacy Professional – Europe (CIPP-E) e membro da International Association of Privacy Professionals (IAPP). Certificado em Healthcare Compliance pelo Colégio Brasileiro de Executivos da Saúde (CBEXs) e eleito entre as jovens lideranças da saúde em 2019 pelo Programa CBEXs Futuro. Participou como representante brasileiro do Digital Law Summer School promovido pela Universidade de Genebra (UNIGE) em 2019. Membro da Comissão de Direito Sanitário da OAB. Cofundador e Diretor da Associação Juventude Privada.

³¹⁶ Sócio de Proteção de Dados do Baptista Luz Advogados. Especialista em Privacidade e Proteção de Dados, certificado como Privacy Professional (CIPP/E) e Privacy Manager (CIPM) pela International Association of Privacy Professionals – IAPP. Graduado em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, e Mestre em 'Computer & Communications Law' pela Queen Mary, University of London. Membro atuante da IAPP e da Interactive Advertising Bureau (IAB).

1. INTRODUÇÃO

Em um cenário social permeado pelas Tecnologias da Informação e Comunicação (TICs), a proteção à privacidade e a proteção de dados pessoais se tornam cada vez mais vitais ao público jovem. Com a evolução das tecnologias, crianças e adolescentes desde muito cedo se veem inseridos nesta nova realidade social, seja para se comunicarem, participarem socialmente, jogarem, estudarem ou exercerem outras atividades, implicando na coleta constante de seus dados. Ainda, percebe-se uma tendência da utilização de produtos e serviços que foram projetados para o público em geral, particularmente para adultos – de modo que, apesar de todos os benefícios que sua utilização possa oferecer às crianças, não se observa um espaço efetivamente seguro para que elas aprendam, explorem e se desenvolvam adequadamente no ambiente online.

À salvaguarda dos direitos das crianças e dos adolescentes foi dada especial atenção pelo ordenamento jurídico brasileiro, especialmente após 1988, quando sua proteção integral foi consagrada como direito fundamental, nos termos do artigo 227 da Constituição da República³¹⁷ e a Lei Federal nº 8.069 de 1990, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA)³¹⁸.

Globalmente, dada a sua particular condição no contexto dos direitos fundamentais, o amparo às crianças e aos adolescentes

³¹⁷ Art. 227, da CF. 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 (BRASIL. Constituição: República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 1988).

³¹⁸ MACHADO, Martha de Toledo. A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos. São Paulo: Manole, 2003.

se cristalizou como prioridade absoluta da sociedade em diversas nações, em atenção à Convenção dos Direitos da Criança³¹⁹, adotada pela Assembleia Geral da ONU em de 1989, definindo um panorama jurídico internacional garantista de proteção à infância³²⁰.

Nos Estados Unidos, por exemplo, país que, de maneira geral, adota um sistema setorial de proteção de dados pessoais, o tema foi regulamentado em nível federal no contexto do *Children's Online Privacy Protection Act (COPPA)*, que entrou em vigor em 2000. O ato normativo garantiu aos pais o controle sobre os dados pessoais tratados de seus filhos, especificamente indivíduos menores de 13 anos.

A União Europeia, por sua vez, também endereça o tema, a começar pela Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, que garante às crianças um cuidado e uma proteção maiores e o quanto necessário para o seu bem-estar. Ademais, o bloco europeu adota um modelo de proteção de dados que estabelece regras, padrões e princípios que devem ser aplicados a todos os setores econômicos, em contato direto com as legislações setoriais. Este sistema é endereçado pelo Regulamento Geral de Proteção de Dados (RGPD), que entrou em vigor em maio de 2018 na Europa e dispõe de previsões específicas a respeito do tratamento de dados pessoais, inclusive de crianças, prevendo um sistema mais protetivo para estas informações. Autoridades do continente europeu têm

³¹⁹ A Resolução 44/25 da Organização das Nações Unidas, de 1989, ratificada por 196 nações, estabelece que "ações relativas à criança, sejam elas levadas a efetivo por instituições públicas ou privadas de assistência social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar primordialmente o melhor interesse da criança".

³²⁰ BIDARRA, Zelimar Soares; OLIVEIRA, Luciana Vargas Netto. Infância e Adolescência: o processo de reconhecimento e garantia de direitos fundamentais. In: Revista Serviço Social e Sociedade. São Paulo: Cortez Editora. Ano XXIX, n. 94, jun. 2008.

se movimentado no desenvolvimento de diretrizes específicas para a proteção dos dados de crianças, especialmente no contexto de prestação de serviços online, como aplicativos, jogos online e sites de mídia social.

Além de órgãos e autoridades competentes, outros atores com abrangência transnacional também demonstraram preocupação com o tema, como a UNESCO (*United Nations Educational, Scientific, and Cultural Organization*), que endereça a questão da privacidade na sua atuação em prol da proteção da criança, assim como a Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), que adotou uma Recomendação sobre a Proteção de Crianças Online em 2012³²¹.

Neste contexto, faz-se necessária a promoção da conscientização em relação ao tema, principalmente, ao significado desta coleta de dados e às suas consequências, para os responsáveis legais das crianças, para as entidades envolvidas, tanto numa perspectiva nacional quanto global, buscando incorporar aprendizados internacionais, com o objetivo de permitir a adoção e reivindicação de direitos não apenas à partir da responsabilização das empresas que fornecem produtos e serviços a este público, mas também, a partir da sua compreensão e auto responsabilização.

2. IMPORTÂNCIA DA CONSCIENTIZAÇÃO DIGITAL

Por já nascerem no do contexto digital e da sociedade informacional, os jovens são atualmente considerados denominados “nativos digitais” ou, “*digital by design*”, traçando

³²¹ ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). The Protection of Children Online: Recommendation of the OECD Council. Report on risks faced by children online and policies to protect them, [s.l.], 2012. Disponível em: https://www.oecd.org/sti/ieconomy/childrenonline_with_cover.pdf. Acesso em 30 fev. 2021.

um paralelo entre a denominação aplicada à proteção de dados pessoais, em relação à privacidade desde a concepção. No entanto, o contexto em que estão inseridos desde o nascimento não os torna automaticamente conscientes sobre o que acontece com seus dados pessoais na sociedade digital e informacional, tampouco sobre os possíveis impactos de tais práticas em suas vidas, seja no curto, médio ou, especialmente, longo prazo.

As crianças e os adolescentes³²² se encontram num momento de vida que os tornam indivíduos mais vulneráveis, ao mesmo tempo em que se veem imersos em um mundo permeado por TICs, muitas vezes sem conhecimento sobre como se proteger das ameaças decorrentes do compartilhamento de seus dados pessoais e da sua própria inserção em interações digitais, inclusive sob um viés de saúde mental.

Neste cenário, é essencial que a abordagem de proteção destes se baseie, de modo central, em estratégias de educação – por famílias, escolas, autoridades de proteção de dados, grupos e outros – já que embora existam leis, regulamentos e diretrizes que endereçam o tema, esses instrumentos não garantem sua efetividade e não podem substituir o controle, orientação por responsáveis e sociedade, bem como o suporte ao desenvolvimento de seu raciocínio crítico dos próprios afetados.

Daí que uma das dez competências gerais que devem ser desenvolvidas na educação básica é o ensino crítico das TICs. A Base Nacional Comum Curricular (BNCC, 2017) orienta a cultura digital para compreender, utilizar e criar tecnologias

³²² Conforme a classificação do ECA, criança é a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade.

digitais de forma crítica, significativa e ética.³²³ No entanto, faz-se necessário reforçar a aplicação e abrangência do escopo de tais competências. Por exemplo, um aspecto essencial é a formação docente no contexto das TICs, buscando permitir a compreensão das possibilidades e dos desafios que essas tecnologias podem exercer na educação, na intenção de promover um aprendizado consistente, ativo, integrado, dinâmico, visando a educação integral, tanto nas formas de aprendizado quanto no conteúdo da aprendizagem.

3. CONTEXTO INTERNACIONAL

Sob o viés do direito comparado, nota-se que os temas da privacidade e proteção de dados pessoais, por envolverem riscos transfronteiriços fomentados pelo elevado fluxo informacional associado às novas tecnologias, especialmente a internet, foram e continuam a ser debatidos e regulados ao redor do mundo. Abaixo, destacamos organizações internacionais, bem como países e autoridades de proteção de dados, com diretrizes, leis e normatizações sobre o tema. Como se verá, considerando a proximidade dos instrumentos normativos estrangeiros e a redação da própria lei brasileira, será possível realizar construções analógicas no tema, visando elevar o nível protetivo à privacidade, desenvolvimento digital e proteção de dados de crianças e adolescentes no Brasil.

3.1. A ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE)

O Conselho da OCDE adotou, em 2012, uma Recomendação sobre a Proteção de Crianças Online, que sustenta a formulação de políticas baseadas em evidências, assim como a coordenação

³²³ BRASIL. Ministério da Educação. Base Nacional Comum Curricular. Portal do MEC. Brasília, 2017.

reforçada do tema nos níveis doméstico e internacional, a fim de aprimorar os quadros de políticas nacionais.

A OCDE sempre reconheceu a importância da alfabetização digital e a promoção dos benefícios associados ao envolvimento online, desde que a promoção destes aspectos positivos seja equilibrada com ações de proteção; reconhece, igualmente, a natureza mutável e subjetiva do espaço de privacidade e a necessidade de reconhecimento das crianças e adolescentes como titulares de dados e criadores de conteúdo vulneráveis neste espaço, a fim de que se encontre a melhor forma de protegê-los efetivamente ou de promover a sua auto responsabilização. Destarte, a preocupação com a privacidade das crianças assumiu um papel de relevância, sendo uma das categorias da tipologia de riscos definida na Recomendação. Contudo, vale dizer que, à época em que a Recomendação foi desenvolvida, plataformas das chamadas “*big techs*” (grandes empresas de tecnologia) eram pouco utilizadas por crianças e adolescentes, tendo se tornado usuários frequentes e, muitas vezes, centrais de tais plataformas ao longo dos anos.

Assim, reconhecendo que o cenário que deu origem à Recomendação de 2012 mudou drasticamente e que os usos comerciais de dados infantis estão se tornando uma preocupação predominante, considerando inclusive novos aplicativos e tecnologias focadas neste público, como ‘brinquedos inteligentes’ e outros produtos conectados, a Recomendação está sendo revisada pela OCDE para considerar os avanços técnicos, tecnologias emergentes e novas regulamentações existentes desde a sua propositura inicial.

3.2. NOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA (EUA)

A partir da adoção de um sistema setorial de proteção de dados pessoais, foi criado pelos EUA, o COPPA, que entrou em

vigor em 2000. O ato normativo garantiu aos pais o controle sobre os dados pessoais tratados de seus filhos, especificamente indivíduos menores de 13 anos.

Dentre suas disposições, a legislação estadunidense exige que os responsáveis por *websites* e serviços online em geral, incluindo aplicativos, jogos online e outros, adotem medidas de transparência, tais como a criação e disponibilização de uma política de privacidade que disponha sobre o uso dos dados pessoais coletados no ambiente online; concedam efetiva possibilidade de escolha dos pais em fornecer o consentimento para a coleta de dados pessoais de seus filhos, bem como controle sobre o compartilhamento destas informações com terceiros; possibilitem aos pais a faculdade de solicitar a exclusão dos dados pessoais coletados do menor; garantam medidas de confidencialidade, segurança e integridade das informações pessoais que são coletadas; retenham os dados pessoais apenas pelo tempo necessário para atingir a finalidade pela qual o dado pessoal foi coletado; e tratem apenas os dados necessários para atingir a finalidade para qual o dado pessoal foi coletado.

Para reforçar a aplicação de tais medidas e monitorar o cumprimento da legislação, o país conta com diversos serviços de certificação de segurança independentes e programas de certificação projetados exclusivamente para sites e tecnologias para crianças, incluindo sites de jogos online, serviços educacionais, mundos virtuais, redes sociais, aplicativos móveis e tablets.

3.3. NO REINO UNIDO

No Reino Unido, o assunto foi regulamentado pelo ICO, que, dentre outras iniciativas, desenvolveu um Código de Boas

Práticas para a prestação de serviços online para crianças³²⁴. O desenvolvimento do referido Código já estava previsto na Seção 123 do *Data Protection Act* 2018, sendo efetivamente criado em 11 de junho de 2020, com entrada em vigor em setembro de 2020, seguida de um período de transição de 12 meses para adequações das empresas.

O Código foi projetado para atingir empresas que oferecem produtos ou serviços online que provavelmente serão acessados por crianças, não apenas para serviços dirigidos especificamente a crianças. De acordo com os idealizadores, o Código e a implementação de suas medidas se fazem necessárias, já que trazem iniciativas que ajudarão a empoderar adultos e crianças, além de promoverem mudanças nas práticas que vêm sendo endereçadas por outros países, com destaque para a priorização dos melhores interesses da criança no contexto do desenvolvimento de aplicativos, jogos, brinquedos, sites e outros.

Para atingir seus objetivos, o Código define padrões e explica como o RGPD se aplica ao contexto de crianças que usam serviços digitais, através do estabelecimento de práticas para nortear a aplicação de parâmetros de proteção. Em suma, o Código exige a adoção do melhor interesse na projeção, de forma que (i) as configurações sejam de “alta privacidade” por padrão, a menos que haja um motivo convincente para não fazê-lo; (ii) as medidas de transparência e informações de privacidade fornecidas aos usuários em políticas ou outros documentos sejam concisos e em linguagem clara, adequada à idade da criança, além de fornecer explicações

³²⁴ REINO UNIDO. INFORMATION COMMISSIONER'S OFFICE. Age appropriate design: a code of practice for online services. Disponível em: <https://ico.org.uk/for-organisations/guide-to-data-protection/key-data-protection-themes/age-appropriate-design-a-code-of-practice-for-online-services>. Acesso em: 10 jan. 2021.

adicionais específicas sobre como dados pessoais são usados no momento em que o uso é ativado; (iii) os dados das crianças não sejam compartilhados como regra, salvo se a organização mostrar uma razão convincente para fazê-lo; (iv) os serviços de geolocalização sejam desativados por padrão, além de fornecer um sinal claro de que a geolocalização está ativa quando for necessário coletar; (v) as empresas desenvolvam avaliações de impacto da proteção de dados para identificar e mitigar os riscos aos direitos e liberdades das crianças, considerando as diferentes idades, capacidades e necessidades de desenvolvimento.

O Código também aborda questões relacionadas a controle parental, sendo certo que, se o serviço online permitir que um pai ou responsável monitore a atividade online de seu filho ou rastreie sua localização, a plataforma deve fornecer um aviso claro para a criança durante o período do monitoramento; abarcando também questões relacionadas à criação de perfis de crianças, que devem ser protegidas de quaisquer efeitos nocivos, como o recebimento de conteúdo que seja de alguma maneira prejudicial à sua saúde ou ao seu bem-estar.

3.4. NA IRLANDA

Em 2020, a Autoridade Irlandesa de Proteção de Dados (*Data Protection Commissioner – “DPC”*) lançou para consulta os chamados *Fundamentals for a Child-oriented Approach*

to *Data Processing*³²⁵. A iniciativa³²⁶ estabelece 14 medidas a serem respeitadas pelas organizações, considerando princípios interpretativos e recomendações de proteção de dados específicos para crianças, de forma a aumentar o nível de proteção em relação ao tratamento de seus dados pessoais, tanto no meio online como offline.

Dentre os principais pontos elencados pelo documento estão (i) as organizações devem adotar uma abordagem baseada no risco para verificar a idade ou fornecer um nível mínimo de proteção para todos os usuários; (ii) os provedores de serviço online ao tratar os dados pessoais de crianças devem assegurar que os interesses legítimos não interfiram nos melhores interesses das crianças; (iii) as crianças têm o direito a receber informações sobre o tratamento de seus próprios dados pessoais, independentemente da base jurídica invocada e mesmo se o consentimento foi dado por seus pais; (iv) as informações sobre como os dados pessoais são utilizados devem ser claras, concisas, transparentes, inteligíveis e em uma linguagem acessível; (v) as crianças como titulares de dados pessoais têm direitos sobre os seus dados, não importando quantos anos elas possuam; (vi) empresas que geram receitas ou fornecem produtos e serviços por meio de tecnologias digitais e online e que representam riscos específicos às liberdades das crianças, devem utilizar sistemas de verificação de idade e/ou

³²⁵ IRLANDA. DATA PROTECTION COMMISSION. Children Front and Centre: Fundamentals for a Child-Oriented Approach to Data Processing. Disponível em: <https://www.dataprotection.ie/en/news-media/consultations/children-front-and-centre-fundamentals-child-oriented-approach-data-processing>. Acesso em: 21 mar 2021.

³²⁶ FERNANDES, Elora Raad. Proteção de dados de crianças e adolescentes: o que a Irlanda pode ensinar ao Brasil? ITS Medium. [s.l.]. 18 mar. 2021. Disponível em: <https://feed.itsrio.org/prote%C3%A7%C3%A3o-de-dados-de-crian%C3%A7as-e-adolescentes-o-que-a-irlanda-pode-ensinar-ao-brasil-c5f4b34aa230>. Acesso em: 21 mar. 2021.

consentimento de pais e responsáveis, bem como demonstrar à autoridade que tais sistemas são eficazes.

3.5. NA FRANÇA

Por sua vez, a Autoridade de Proteção de Dados Francesa (CNIL) lançou³²⁷ em 2021 os resultados de uma consulta pública sobre a proteção de dados pessoais de menores e, em particular, sobre o exercício de seus direitos digitais, com os objetivos de estabelecer recomendações e proteger seus direitos no ambiente digital. No país, como regra, indivíduos com idade igual ou superior a 15 anos podem consentir sozinhos em relação ao tratamento de seus dados pessoais, sendo necessário o consentimento parental ou do responsável no caso de menores de 15 anos. A pesquisa revelou dados interessantes, como (i) 82% das crianças entre 10 e 14 anos afirmaram que costumam ficar online sem os pais, contra 95% das crianças entre 15 e 17 anos; (ii) o primeiro cadastro em uma rede social parece ocorrer em média por volta dos 8 anos e meio de idade; (iii) pais de adolescentes de 15 a 17 anos estimam que o primeiro uso da web por seus filhos foi por volta dos 13 anos. Já os pais de crianças de 8 a 9 anos relatam que estas se conectam à Internet sozinhas desde os 7 anos para jogos ou vídeos online.

A partir dos dados coletados, a CNIL publicará, no primeiro semestre de 2021, recomendações específicas para a privacidade e proteção de dados de crianças e adolescentes.

³²⁷ COMMISSION NATIONALE DE L'INFORMATIQUE ET DES LIBERTÉS (CNIL). Droits numériques des mineurs: la CNIL publie les résultats du sondage et de la consultation publique. 2021. Disponível em: <https://www.cnil.fr/fr/droits-numeriques-des-mineurs-la-cnil-publie-les-resultats-du-sondage-et-de-la-consultation-publique>. Acesso em: 21 mar. 2021.

3.6. NA UNIÃO EUROPEIA

No RGPD, reconhece-se que crianças merecem proteção especial no que se refere aos seus dados pessoais, especialmente em relação a marketing, criação de perfis, coleta e armazenamento de dados, bem como se estabelece regras especiais relacionadas à obtenção de consentimento para o tratamento dos dados de crianças.

Além do RGPD, a proteção especial para crianças no tratamento de seus dados também é encontrada em nível europeu na Diretiva de Serviços de Comunicação Audiovisual³²⁸ que estabelece, em seu artigo 6a (2), que os dados pessoais de menores coletados ou gerados por serviços de mídia não devem ser tratados para fins comerciais, tais como marketing direto, criação de perfis e publicidade comportamental.

4. DECISÕES INTERNACIONAIS RELEVANTES E ESFORÇOS DO SETOR PRIVADO

Durante o desenvolvimento do tema ao redor do mundo, podemos destacar decisões que trouxeram aprendizados e consequências relevantes, bem como iniciativas do próprio setor privado em prol do público infante juvenil.

Na Itália, o aplicativo Tik Tok foi bloqueado³²⁹ após o falecimento de uma criança de dez anos que participou do desafio "apagão" (*Blackout Challenge*), que consiste em se filmar enquanto fica o maior tempo possível sem respirar, até

³²⁸ EUROPEAN UNION. Directive (EU) 2018/1808 of the European Parliament and of the Council of 14 November 2018. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/eli/dir/2018/1808/oj>. Acesso em: 03 fev. 2021.

³²⁹ GARANTE. Tik Tok: dopo il caso della bimba di Palermo, il Garante privacy dispone il blocco del social. Disponível em: <https://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/9524224>. Acesso em: 21 mar. 2021.

perder a consciência. Segundo a autoridade, o aplicativo não poderia mais tratar dados de usuários cuja idade não pudesse ser assertivamente identificada. Anteriormente, a empresa já havia sido notificada pela autoridade italiana por controles considerados insuficientes em relação ao cadastro na plataforma por usuários menores de 13 anos, bem como a ausência de transparência e falhas em relação ao cumprimento de requisitos de privacidade.

Por sua vez, o Federal Trade Commission (FTC), autoridade americana responsável pela aplicação do COPPA, sancionou o Google em 170 milhões de dólares em 2019 em virtude de coleta ilegal de dados de crianças sem consentimento parental³³⁰. Segundo o órgão americano, o site coletou de forma consciente e ilegal informações de crianças de forma a lucrar financeiramente com elas a partir de anúncios direcionados, sem que os pais destas crianças fossem notificados previamente a respeito deste tratamento de dados, violando as disposições do COPPA de consentimento parental. Em virtude deste caso, foi celebrado um acordo em que o Google e o Youtube se comprometiam a desenvolver, implementar e manter um sistema que permite que os donos dos canais de vídeos identificassem conteúdos direcionados ao público infantil de forma a cumprir com o COPPA e exigiu que as empresas notifiquem os donos de canais de vídeos a respeito das exigências da legislação americana, bem como suas obrigações a partir de treinamentos anuais.

Outro caso relevante foi o que envolveu o aplicativo Messenger Kids do Facebook, um produto desenvolvido especificamente para crianças de até 12 anos, que,

³³⁰ FEDERAL TRADE COMMISSION. Google and Youtube Will Pay Record \$170 million for alleged violations of children's privacy law. Disponível em: <https://www.ftc.gov/news-events/press-releases/2019/09/google-youtube-will-pay-record-170-million-alleged-violations>. Acesso em: 27 mar 2021.

teoricamente, só permite que crianças interajam com usuários que foram aprovados por seus pais. Após diversas reclamações, inclusive de dois senadores membros do Comitê de Comércio, Ciência e Transporte, o Facebook admitiu que houve um “erro técnico” no aplicativo que permitia que as crianças se conectassem com usuários não autorizados.

Como decorrência desta construção histórica e do avanço dos riscos identificados envolvendo as TICs ao público infanto juvenil, plataformas como Instagram e Tiktok têm publicado e dado enfoque à proteção de crianças e adolescentes, criando, por exemplo, um Conselho Consultivo de Segurança do Tiktok em alguns países pelo mundo, inclusive no Brasil, e sendo publicizada a criação de uma versão do Instagram para crianças.

5. PROTEÇÃO DA CRIANÇA E ADOLESCENTE NO BRASIL

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 inovou ao adotar a Doutrina da Proteção Integral para a infância e adolescência. Por sua vez, o artigo 3º do ECA³³¹ esclarece a proteção complementar instaurada pela nova doutrina, ao afirmar que, à criança e ao adolescente são garantidos todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, bem como são sujeitos à proteção integral.

³³¹ Art.3º do ECA. A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade ((BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm.)

Ainda, a criança e adolescente têm direito à liberdade, ao respeito e à dignidade, por serem pessoas em desenvolvimento e sujeitos de direitos civis, humanos e sociais, como consagra o artigo 15º da mesma lei. Já o art. 17 do ECA determina 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.

Do art. 227 da Constituição Federal e art. 4º do ECA, extrai-se que o dever de assegurar este sistema especial de proteção cabe à família, comunidade, sociedade em geral, poder público, que o farão com absoluta prioridade.

É de se notar que este público representa uma parcela relevante da população brasileira. O Centro Regional de Estudos para o Desenvolvimento da Sociedade da Informação (Cetic.br) apresenta anualmente a pesquisa TIC Kids Online Brasil, que tem como objetivo gerar evidências sobre as oportunidades e os riscos associados ao uso da Internet pela população de 9 a 17 anos no Brasil, e, de acordo com a pesquisa realizada no período imediatamente anterior à pandemia COVID-19, entre outubro de 2019 e março de 2020, 24 milhões de crianças e adolescentes (89% da população entre 9 e 17 anos) era usuária da Internet no Brasil. No contexto pós-pandêmico, espera-se um aumento do percentual de acesso à Internet.

Diante de sua relevância populacional, questões de desenvolvimento geracional e a sua proteção legislativa integral, com a promulgação da nova lei de proteção de dados brasileira, a LGPD, esta previu uma seção específica para crianças e adolescentes. De acordo com o artigo 14 "o tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes deverá ser realizado em seu melhor interesse", em linha

com o disposto na Convenção sobre os Direitos das Crianças, estabelecendo regras específicas envolvendo o consentimento parental em relação a crianças.

Além da proteção legislativa e regulamentar, temos no Brasil iniciativas focadas em propagar privacidade, proteção de dados e cidadania digital, dentre as quais destacamos a SaferNet Brasil³³²; o Comitê Gestor da Internet (CGI)³³³; e a Associação Juventude Privada³³⁴.

6. VISÃO PARA APLICAÇÃO DOS APRENDIZADOS INTERNACIONAIS

Seguindo a experiência internacional, a elaboração de guias e criação de iniciativas que visam a educação em relação à privacidade, proteção de dados e educação digital – como o *Project Introducing Data Protection and Privacy*

³³² Associação com foco na promoção e defesa dos Direitos Humanos na Internet no Brasil. Apesar de ter uma atuação abrangente, não sendo especificamente voltada ao público infanto-juvenil, se consolidou como entidade referência nacional no enfrentamento aos crimes e violações aos Direitos Humanos na Internet.

³³³ O CGI tem como atribuição estabelecer diretrizes estratégicas a respeito do uso e desenvolvimento da Internet no Brasil e diretrizes para a execução do registro de Nomes de Domínio, alocação de Endereço IP (Internet Protocol) e administração pertinente ao Domínio de Primeiro Nível “.br”. Em linha com seus objetivos, o órgão organiza anualmente o Simpósio - Crianças e Adolescentes na Internet de forma a abordar os impactos da exposição das crianças e adolescentes na Internet e orientar educadores, coordenadores, dirigentes escolares e pais que busquem informações sobre o papel da escola e da família na educação de crianças e jovens a respeito do uso da Internet.

³³⁴ A Associação Juventude Privada foi idealizada para suprir a necessidade de democratizar e compartilhar conhecimentos sobre privacidade, proteção de dados, segurança online e cidadania digital, tendo como foco conscientizar crianças e adolescentes, seus responsáveis e os educadores. É um projeto pioneiro que visa apoiar no apoio à construção de uma cultura de proteção de dados pessoais através do impacto geracional, fornecendo ferramentas aos próprios jovens para promover sua prevenção e auto responsabilização.

*Issues at Schools in the European Union (ARCADES)*³³⁵; o *Teaching Privacy Project*³³⁶; o Projeto da *London School of Economics*^{337 338}; e o Projeto do *Office of the Privacy*

³³⁵ O projeto ARCADES surgiu a partir de uma necessidade de consolidar um conteúdo de forma prática sobre privacidade e proteção de dados para crianças e adolescentes, tendo em vista que o assunto era normalmente abordado pelas Autoridades Europeias de Proteção de Dados de forma regional, sem considerar a natureza sem fronteiras do ambiente da Internet. O ARCADES é baseado no programa “Your data – Your Concern” (Seus dados são problema seu) lançado na Polônia em 2009, cujo principal objetivo é apresentar questões de proteção de dados pessoais nas escolas.

³³⁶ O Teaching Privacy é um projeto em colaboração entre o Computer Science Institute e a Universidade de Berkeley e tem como objetivo capacitar alunos do ensino fundamental, médio e universitário, de forma que possam fazer escolhas conscientes em relação à sua privacidade a partir de um conjunto de ferramentas educacionais e exercícios práticos que demonstrem o que acontece com os dados pessoais na internet e quais os efeitos do seu compartilhamento.

³³⁷ LIVINGSTONE, Sonia; HELSPER, Ellen. Balancing opportunities and risks in teenagers’ use of the internet: the role of online skills and internet self-efficacy. *New Media & Society*, [s.l.], v. 12, n. 2, p. 309-329, 24 nov. 2009. SAGE Publications. <http://dx.doi.org/10.1177/1461444809342697>.

³³⁸ O projeto Dados de Criança e privacidade online - Crescendo na era digital (Children’s data and privacy online - Growing up in a digital age), liderado pela Professora Sonia Livingstone, busca abordar questões e lacunas sobre a concepção das próprias crianças a respeito do ambiente online, sua capacidade de consentir, suas habilidades funcionais (por exemplo, compreender a respeito de termos e condições ou gerenciar configurações de privacidade) e seu entendimento crítico mais profundo sobre o ambiente online. Segundo a professora, “com as crescentes preocupações sobre a privacidade online das crianças e os usos comerciais de seus dados, é vital que os entendimentos destas sobre o ambiente digital, suas habilidades digitais e sua capacidade de consentimento sejam levados em consideração na concepção de serviços, regulamentos e políticas”. LONDON SCHOOL OF ECONOMICS. Children’s data and privacy online. Growing up in a digital age. Disponível em: <https://www.lse.ac.uk/media-and-communications/research/research-projects/childprivacyonline>. Acesso em: 03 mar. de 2021.

*Commissioner of Canada (OPC)*³³⁹ – têm contribuído para o desenvolvimento e criação de produtos e serviços mais adequados para crianças e adolescentes, além de apoiarem na promoção da conscientização deles, de seus pais, responsáveis e educadores.

Na maioria dos países, a iniciativa é usualmente lançada pelas próprias autoridades de proteção de dados pessoais ou instituições de ensino, mas, no Brasil, espera-se que tais iniciativas sejam multissetoriais, visando promover mais rápida efetividade.

O diálogo da Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD) com os setores envolvidos, para trazer parâmetros aplicáveis aos serviços, novas tecnologias e novos modelos de negócio no mercado também é de importância ímpar para este desenvolvimento. Nesse sentido, a ANPD poderá traçar diretrizes para estabelecer como e em quais circunstâncias os dados de crianças e adolescentes podem ser utilizados, delineando os usos proibidos e identificando métodos que dão aos titulares o devido controle sob seus dados, além de garantir seus direitos e liberdades no tratamento de tais dados.

Faz-se necessária, também, que sejam definidos diretrizes, políticas públicas e parâmetros normativos que estimulem o aproveitamento das oportunidades e benefícios provenientes da digitalização, ao mesmo tempo em que se proteja este público, como ações formativas para participação no ambiente on-line de forma responsável e políticas para proteção de

³³⁹ A autoridade canadense de proteção de dados possui um portal específico que disponibiliza materiais para professores e pais especificamente sobre temas relacionados à privacidade, segurança online e proteção de dados para crianças. OFFICE OF THE PRIVACY COMMISSIONER OF CANADA. Privacy education for kids. Disponível em: <https://www.priv.gc.ca/en/about-the-opc/what-we-do/awareness-campaigns-and-events/privacy-education-for-kids>. Acesso em 03 fev 2021.

dados pessoais e privacidade. Por meio de uma abordagem colaborativa, é possível definir parâmetros adequados, incluindo (i) a definição dos métodos de segurança mínimos e adequados à proteção dos dados de crianças e adolescentes, que estimulem a confiança dos pais e responsáveis legais; (ii) métodos de anonimização e pseudonimização, bem como diretrizes para compartilhamento de dados de menores; (iii) regras para a coleta mínima de dados necessários por meio dos produtos e serviços que provavelmente serão usados por crianças, garantindo que sejam tratados de forma adequada; (iv) controle parental, assim como regras para realização de cadastro em referidos produtos e/ou sites; e (v) regras para a coleta de dados em serviço e aplicação, levando em consideração as diferentes idades, capacidades cognitivas e necessidades de desenvolvimento.

A elaboração de diretrizes, que sejam amplamente fiscalizadas, não apenas pela ANPD, mas pela própria população a partir de sua conscientização, pode proporcionar maior equilíbrio entre as oportunidades tecnológicas emergentes com as normas de proteção de dados pessoais. Referidas diretrizes podem proporcionar uma base de confiança adequada à população, trazendo uma oportunidade para fomentar o uso apropriado de TICs, sem ferir direitos e liberdades individuais.

7. CONCLUSÃO

Crianças e adolescentes são protegidos pela Doutrina da Proteção Integral, bem como pelo rol de direitos fundamentais de crianças e adolescentes, previstos na Constituição Federal e no ECA. Ainda, no que tange aos seus dados pessoais, sua autodeterminação informativa e sua privacidade, possuem resguardo formal na LGPD, que estabelece, dentre outros

aspectos, que o tratamento de seus dados deve ocorrer sempre em seu melhor interesse.


No entanto, na sociedade informacional, na qual este grupo de pessoas nasceu, há um grande desafio que atinge a todos, desde a sociedade, famílias, até o Estado, que é o de transformar tais direitos fundamentais em uma prática que permita efetivá-los, bem como empoderar tais titulares de dados, hipervulneráveis, a se protegerem.

Neste sentido, além da adoção de um nível de proteção e respeito aos princípios, padrões e regras dispostas pelas legislações de proteção de dados aplicáveis, se faz necessária uma abordagem prática e efetiva voltada a este público. Além da necessária adaptação de produtos e serviços à nova realidade de proteção de dados pessoais e da atuação multissetorial em prol de critérios de segurança, responsabilidade, transparência e privacidade, a construção de uma cultura de privacidade, proteção de dados e cidadania digital se torna imprescindível para que crianças e adolescentes se preparem e tenham consciência em relação ao uso de seus dados pessoais, por meio de políticas públicas desenvolvida de forma multissetorial e fomentada por autoridades competentes, como a ANPD, que terá um papel fundamental na consolidação do tema no país e difusão de conhecimento através de iniciativas socioeducativas.

Aprendizados internacionais se revelam especialmente relevantes considerando o nível de maturidade cultural incipiente em relação ao tema no Brasil, reforçando a necessidade de políticas públicas, iniciativas de regulação, autorregulação e participação das autoridades com um enfoque educacional relevante para o público infanto-juvenil.

Para essa efetivação, é importante se valer da experiência internacional, especialmente considerando que essa é uma

questão que não possui fronteiras e é enfrentada globalmente, independente do estado de avanço tecnológico e social de cada nação. Assim, para concretizar tais direitos e permitir a efetivação da cidadania digital, torna-se indispensável a reflexão e diálogo através de aprendizados internacionais, promovendo o pleno exercício da sua liberdade e cidadania, inclusive no contexto digital, bem como o desenvolvimento social efetivo das novas gerações.



II. PROTEÇÃO DOS DIREITOS DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES NA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS (LGPD)



DIREITOS DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES POR DESIGN: UMA AGENDA REGULATÓRIA PARA A ANPD

*Elora Fernandes*³⁴⁰

INTRODUÇÃO

As Tecnologias de Informação e Comunicação (TIC) se constituem, hoje, como meios essenciais para a concretização de diversos direitos fundamentais. Especialmente em momentos de crise, sua utilização passou a ser mandatória para o acesso à informação, à educação, à saúde, ao lazer e para a manutenção das relações sociais. Acrescenta-se a isso a sua presença ubíqua em todos os espaços de convivência humana, o que faz com que ter contato com elas não seja mais uma escolha individual.

Essas tecnologias, porém, em especial a internet, não foram desenhadas levando em consideração as necessidades de crianças e adolescentes. Mesmo representando um terço de todos os usuários da rede³⁴¹ e serem dotados de uma condição especial — por serem pessoas vulneráveis e em desenvolvimento — sua experiência é ainda muito parecida com a de adultos.

³⁴⁰ Doutoranda em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Mestra em Direito e Inovação pela Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF) e graduada em Direito pela mesma instituição, com período de intercâmbio acadêmico na Universidad de Salamanca (Espanha). É alumna do Deutscher Akademischer Austauschdienst (DAAD) e faz parte do corpo editorial da Revista de Estudos Empíricos em Direito (REED). E-mail: elorafernandes@live.com.

³⁴¹ UNICEF. The State of the World's Children 2017: children in a digital world. [s.l.]: Unicef, 2017. Disponível em: <https://www.unicef.org/reports/state-worlds-children-2017>. Acesso em: 2 fev. 2021.

Tendo em vista a falta de um cuidado especial, é conhecida na literatura a divisão dos riscos que podem acometer crianças e adolescentes na internet como os quatro “Cs”: i) conteúdo: ocorre quando eles têm contato com conteúdos danosos ou impróprios à sua idade; ii) contato: ocorre quando eles se engajam em atividades com atores maliciosos (em sua maioria adultos); iii) conduta: ocorre quando estão envolvidos com seus pares em determinadas situações, como *bullying*, intimidação etc.; iv) contrato (também referenciado como risco comercial): ocorre quando são expostos a relações contratuais comerciais inadequadas ou a pressões comerciais, como uso compulsivo, publicidade direcionada, perda do controle dos dados pessoais etc.³⁴²

Especialmente no caso dos riscos relacionados a “contratos” ou “riscos comerciais”, que estão relacionados ao modelo de negócios majoritário na internet hoje, dados de crianças e adolescentes estão sendo acumulados e processados por algoritmos para a criação de perfis, verdadeiras narrativas inferidas sobre suas vidas. Essas narrativas são frequentemente falaciosas devido a três motivos principais: i) elas são construídas a partir de dados imprecisos e descontextualizados (imprecisão algorítmica); ii) os algoritmos são inexplicáveis e, portanto, não podem ser responsabilizados (explicabilidade algorítmica) e ii) sempre serão tendenciosos (viés algorítmico).³⁴³

³⁴² 5RIGHTS FOUNDATION. The risks: Content, Contact, Conduct and Contract. Disponível em: <https://www.riskyby.design/the-risks>. Acesso em: 11 abr. 2021. Essa tipologia também pode ser encontrada em ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). Children in the digital environment. OECD Digital Economy Papers, [s.l.], 8 jan. 2021. <http://dx.doi.org/10.1787/9b8f222e-en>.

³⁴³ BARASSI, Veronica. Child | Data | Citizen: how tech companies are profiling us from before birth. Cambridge: Mit Press, 2020, E-book, n.p.

Em resumo, a complexidade da vida humana não pode ser reduzida a ponto de ser compreendida por algoritmos e sua utilização se baseia, frequentemente, em estereótipos que acabam prejudicando aqueles mais vulneráveis e marginalizados. Para resolver esse problema, costuma-se defender uma coleta ainda mais massiva de dados, vez que é a única forma utilizada para convencer a sociedade de que essas inferências são confiáveis e úteis para se elaborar um cenário completo sobre a vida das pessoas, o que acaba gerando um círculo vicioso.

Esse cenário de risco pode impactar profundamente a construção da identidade e da persona pública de crianças e adolescentes. Conseguir ou não um emprego ou vaga na faculdade, ter acesso a um seguro-saúde ou a crédito e outras decisões cruciais em suas vidas estão sendo cada vez mais tomadas a partir do que os dados dizem sobre eles. No caso da geração Z, seus dados estão sendo coletados desde a concepção, através de aplicativos de acompanhamento da gravidez ou ultrassons digitais, o que faz com que tenham muito mais pontos de dados gravados do que teve qualquer adulto atual em sua idade.³⁴⁴

Mas, para além da proteção dos dados de crianças e adolescentes, entendida como uma esfera objetiva, a falta de espaços em que se detém controle da chamada privacidade

³⁴⁴ Uma pesquisa de 2017 mostrou que até chegar aos 13 anos de idade, crianças têm mais de 72 milhões de pontos de dados coletados, sendo a sua maioria ligada à publicidade direcionada. (COLLINS, Dylan. How much data do adtech companies collect on kids before they turn 13? Super Awesome. [s.l.]. 13 dez. 2017. Disponível em: <https://www.superawesome.com/blog/how-much-data-do-adtech-companies-collect-on-kids-before-they-turn-13/>. Acesso em: 21 abr. 2021.)

interpessoal³⁴⁵ também gera riscos, relacionados ao conteúdo, contato e conduta, descritos acima. Assim, além de a privacidade e a proteção de dados serem um fim em si mesmo, também são meios para a concretização de outros direitos.

O fato de crianças e adolescentes estarem em desenvolvimento demanda um ambiente adequado para erros e acertos, a fim de que possam recomeçar suas vidas sem que tudo o que disseram ou fizeram fique registrado indefinidamente. Eles ainda estão compreendendo quem são, quais são seus gostos, como se diferenciam de suas famílias, quais suas afinidades políticas e sociais e precisam da possibilidade de mudança. A forma como a internet funciona hoje, bem como os modelos de negócios baseados na exploração de dados — e, por isso, de pessoas — torna isso quase impossível, o que faz com que modificar a arquitetura do próprio meio possa ser uma solução eficaz.

O *design* ou a arquitetura³⁴⁶ das tecnologias é um meio poderoso para a determinação de comportamentos. Quanto maior o atrito ontológico de um sistema — dependendo este

³⁴⁵ A privacidade interpessoal é a dimensão que está diretamente relacionada à identidade de cada indivíduo, a como ele se vê e a como ele é visto pela sociedade. É mais subjetiva e ligada a direitos de personalidade. (LIVINGSTONE, Sonia; STOILOVA, Mariya; NANDAGIRI, Rishita. Children's data and privacy online: Growing up in a digital age. An evidence review. London: London School of Economics and Political Science, 2018. Disponível em: <https://www.lse.ac.uk/media-and-communications/assets/documents/research/projects/childrens-privacy-online/Evidence-review-final.pdf>. Acesso em 18 jan. 2021.) Para compreender melhor a classificação realizada pelas autoras entre privacidade interpessoal, institucional e comercial no contexto brasileiro, cf. FERNANDES, Elora. Tratamento de dados de adolescentes no Brasil e a necessária proteção de direitos por design. In: Instituto de Tecnologia e Sociedade (ITS). Trabalhos finais do Grupo de Pesquisa 2020. Disponível em em: https://itsrio.org/wp-content/uploads/2020/10/Tratamento-de-dados-de-adolescentes-no-Brasil-e-a-necessária-proteção-de-direitos-por-design_Elora_Fernandes.pdf.

³⁴⁶ Neste trabalho, design e arquitetura são utilizados de forma intercambiável, como será explicado mais à frente.

das características ontológicas da infosfera, isto é, da natureza dos agentes que nela estão presentes, do ambiente em que estão inseridos e das interações específicas implementáveis neste ambiente pelos agentes —, mais restrito é o fluxo de informações dentro dele.³⁴⁷ Assim, junto ao direito, ao mercado e às normas sociais, a arquitetura³⁴⁸ é um elemento essencial de regulação das TIC e deve ser explorada para que o melhor interesse de crianças e adolescentes seja observado.

Apesar de, historicamente, a regulação do *design* ter sido bastante discutida para embutir mais segurança e privacidade nas tecnologias,³⁴⁹ ela tem o potencial de fazer com que todos os direitos presentes no sistema de proteção do ordenamento brasileiro, em especial na Convenção sobre os Direitos da Criança³⁵⁰ (daqui em diante Convenção), sejam concretizados.³⁵¹ Ao se regular o *design*, através do direito, abre-se a possibilidade de se materializar as palavras de Nelson Mandela sobre a

³⁴⁷ FLORIDI, Luciano. *The 4th revolution: how the infosphere is reshaping human reality*. New York: Oxford University Press, 2014. Ebook.

³⁴⁸ LESSIG, Lawrence. *Code: version 2.0*. New York: Basic Books, 2006.

³⁴⁹ Cf. CAVOUKIAN, Ann. *Privacy by Design: the 7 foundational principles. implementation and mapping of fair information practices*. Toronto: Information And Privacy Commissioner Of Ontario, 2011. Disponível em: <https://www.privacysecurityacademy.com/wp-content/uploads/2020/08/PbD-Principles-and-Mapping.pdf>. Acesso em: 3 fev. 2021.

³⁵⁰ BRASIL. Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990. Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. Brasília, 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm. Acesso em: 22 jan. 2021.

³⁵¹ HARTUNG, Pedro. *The children's rights-by-design standard for data use by tech companies*. Issue brief no. 5. Good governance of children's data project. Office of Global Insight and Policy. [s.l.]: Unicef, 2020. Disponível em: <https://www.unicef.org/globalinsight/reports/childrens-rights-design-new-standard-data-use-tech-companies>. Acesso em: 31 jan. 2021.

Convenção, a fim de que ela seja um documento vivo,³⁵² mesmo após mais de 3 décadas de sua promulgação.

Neste contexto, o presente artigo tem como objetivo compreender como a regulação do *design* pode ser mobilizada no contexto brasileiro, a fim de que se alcance, de fato, a autodeterminação informativa de crianças e adolescentes — tanto como fim quanto como meio para a realização de outros direitos fundamentais. Entende-se que as regras presentes hoje na Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD) não são suficientes para a proteção integral de crianças e adolescentes, o que demanda uma regulamentação da matéria pela Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD).

Após a presente introdução, a seção 1 apresenta como a LGPD buscou efetivar a autodeterminação informativa no Brasil e como as regras nela presentes ainda são insuficientes para a proteção e promoção dos direitos de crianças e adolescentes. Será discutido, em especial, a problemática por trás da validade do consentimento fornecido pelo adolescente ou por seu responsável, bem como a falta de parâmetros de proteção para o tratamento de dados dessas pessoas por meio de outras bases legais.

A seção 2 traz a discussão sobre a importância do *design* na determinação do comportamento humano e como ele tem sido utilizado para esse fim, muitas vezes de forma não adequada ao melhor interesse. Em seguida, a seção 3 discorre sobre as principais iniciativas existentes hoje no mundo que buscam regular o *design* das tecnologias, a fim de dar concretude aos direitos de crianças e adolescentes, em especial à Convenção. Após a análise de experiências internacionais e levando em

³⁵² MANDELA, Nelson. Statement by Nelson Mandela on building a global partnership for children. 2000. Disponível em: http://www.mandela.gov.za/mandela_speeches/2000/000506_children.htm. Acesso em: 31 mar. 2021.

consideração o contexto brasileiro, busca-se, na seção 4, apresentar uma proposta de agenda regulatória para a ANPD, a fim de que ela possa regulamentar o tratamento de dados de crianças e adolescentes no Brasil, levando em consideração a necessidade de regulação do *design*. Por fim, na conclusão, retoma-se os principais pontos do artigo e são apresentadas as considerações finais.

1. A AUTODETERMINAÇÃO INFORMATIVA NA LGPD

As legislações que regulam o tratamento de dados pessoais atualmente são baseadas em grande medida nos *Fair Information Practices (FIP)*, uma série de princípios elaborados nos anos 1970 pelo U.S. Department of Health, Education and Welfare (HEW)³⁵³ para que o tratamento de dados pessoais seja realizado de forma justa, respeitando a privacidade e a segurança dos dados. Isso, aliado à noção de autodeterminação informativa e do necessário controle dos dados pessoais para concretizá-la,³⁵⁴ fez com que a “autogestão” se tornasse um dos principais meios para a proteção da privacidade e dos dados pessoais.³⁵⁵ Todavia, como se discutirá nesta e na próxima seção, a partir desses mecanismos em um contexto de *Big-Data* e na prevalência de modelos de negócios que monetizam dados

³⁵³ U.S. Department of Health, Education and Welfare (HEW). Records, Computers and the Rights of Citizens: report of the secretary's advisory committee on automated personal data systems. Washington, 1973. Disponível em: <https://www.justice.gov/opcl/docs/rec-com-rights.pdf>. Acesso em: 27 jan. 2020.

³⁵⁴ Segundo Rodotà, a evolução histórica do conceito de privacidade fez com que ela não mais girasse em torno do eixo “Pessoa – informação – sigilo”, mas sim do eixo “Pessoa – informação – circulação – controle” (RODOTÀ, Stefano. A vida na sociedade de vigilância: a privacidade hoje. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 93.)

³⁵⁵ SOLOVE, Daniel J. The Myth of the Privacy Paradox. The George Washington Law Review, Washington, v. 89, n. 1, p. 2-51, jan. 2021. Disponível em: <https://www.gwlr.org/the-myth-of-the-privacy-paradox/>. Acesso em: 20 fev. 2021, p. 5.

peçoais, ter controle individual sobre os próprios dados é extremamente difícil, se não impossível.

De fato, a LGPD apresenta diversos mecanismos extremamente importantes de tutela coletiva da proteção de dados pessoais,³⁵⁶ mas ainda privilegia, em grande medida, o controle individual. Isso é algo que a população brasileira têm começado a perceber com a entrada em vigor da lei e a possibilidade uma personalização cada vez mais minuciosa das configurações de privacidade nas aplicações. Todavia, além de trazer uma sensação de sobrecarga, já que isso é demandado em toda e qualquer aplicação com a qual se tenha contato, essa acaba sendo, também, uma ferramenta de distração acerca das opções *que não foram dadas* e que realmente importam.³⁵⁷

Com a grande assimetria de informação existente entre os usuários e os agentes de tratamento de dados, a transparência e o controle individual a partir da autogestão podem não ser instrumentos adequados para o exercício completo da autonomia — por mais mais contraditório que possa parecer. Assim, para que de fato seja realizado um controle coletivo da proteção de dados, mais do que uma tutela coletiva posterior, a ser concretizada por entidades como a Secretaria Nacional do Consumidor (Senacon), outros órgãos de proteção a consumidores, como os “Procons”, Ministério Público e Defensoria Pública, percebe-se a necessidade de se ir mais além, em direção à regulação da arquitetura ou do *design*

³⁵⁶ ZANATTA, Rafael. A tutela coletiva na proteção de dados pessoais. Revista do Advogado, São Paulo, n. 144, p. 201-208, nov. 2019. Disponível em: https://aplicacao.aasp.org.br/aasp/servicos/revista_advogado/paginaveis/144/index.html#zoom=z. Acesso em: 20 fev. 2021.

³⁵⁷ HARTZOG, Woodrow. Privacy’s Blueprint: the battle to control the design of new technologies. Cambridge: Harvard University Press, 2018, p. 57.

das tecnologias, privilegiando uma governança de dados preventiva.

1.1. O PAPEL DO CONSENTIMENTO NA AUTODETERMINAÇÃO INFORMATIVA

A figura do consentimento tem um papel extremamente importante nas sociedades que valorizam a liberdade individual. Ele possui um poder transformativo, permitindo ações que, sem ele, poderiam ser consideradas ilegais ou imorais — sem ele, sexo se torna estupro e a troca de um objeto por outro, roubo.³⁵⁸

Em relação à proteção de dados pessoais, o consentimento sempre atuou como uma das principais bases legais para o tratamento de dados. Bioni fala, inclusive, de uma “hipertrofia do consentimento junto ao restante do corpo normativo de proteção de dados pessoais, o que é diagnosticado por um desenvolvimento incompleto dos seus outros ‘membros’ [...]”.³⁵⁹No caso de crianças e adolescentes, essa foi a única base legal para a qual a LGPD trouxe, explicitamente, regras específicas, em seu art. 14, §1º (além, claro, de criar aquelas presentes no art. 14, §3º). Nesse sentido, sendo ele um veículo importante da autodeterminação informativa e do controle dos dados pessoais, é preciso discutir seu papel real de concretização de autonomia e proteção de crianças e adolescentes.

Em seu art. 5º, XII, a LGPD, define consentimento como “manifestação livre, informada e inequívoca pela qual o titular concorda com o tratamento de seus dados pessoais para uma finalidade determinada”. Todavia, esses três passos necessários

³⁵⁸ KIM, Nancy. *Consentability: consent and its limits*. Cambridge: Cambridge University Press, 2019, p. 7.

³⁵⁹ BIONI, Bruno Ricardo. *Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento*. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

para transformar a simples manifestação em um consentimento válido são, na atualidade, dificilmente verificados.

Pode-se dizer que a condição mais difícil de ser avaliada é a necessidade de uma manifestação informada, vez que essa exigência está baseada apenas no fornecimento de informações relevantes e não na evidência de internalização do conhecimento destas pelo usuário.³⁶⁰ Isso se torna extremamente complicado, em primeiro lugar, devido à forma como os termos de uso e as políticas de privacidade são apresentadas aos usuários. Nem mesmo aqueles mais preocupados com a proteção de seus dados leem estes textos densos, grandes e cheios de palavras difíceis. Além de o tempo necessário para a leitura de todos os termos de uso com os quais se depara ser extremamente longo,³⁶¹ há ainda o fator da compreensão de jargões e termos técnicos. Isso se agrava em uma sociedade que utiliza, cada vez mais, dispositivos móveis para acessar aplicações.

Além disso, o mero fornecimento da informação pode ser insuficiente, devido aos limites da racionalidade humana, questão já discutida por diversos trabalhos dentro do campo da Economia Comportamental. Kahneman demonstra,³⁶² por exemplo, através de vários estudos psicológicos, como o pensamento humano pode ser dividido em dois sistemas: o sistema 1, instintivo e emocional, e o sistema 2, lógico e racional. O sistema 1 é muito mais utilizado e, por isso, recorre

³⁶⁰ KIM, Nancy. *Consentability*, cit., p. 12.

³⁶¹ MADRIGAL, Alexis C.. *Reading the Privacy Policies You Encounter in a Year Would Take 76 Work Days*. The Atlantic. [s.l.]. 1 mar. 2012. Disponível em: <https://www.theatlantic.com/technology/archive/2012/03/reading-the-privacy-policies-you-encounter-in-a-year-would-take-76-work-days/253851/>. Acesso em: 10 fev. 2021.

³⁶² KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e devagar: duas formas de pensar*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.

a regras básicas de decisão para que sejam tomadas de forma mais rápida. Essas são as chamadas heurísticas³⁶³.

A consistência com que essas heurísticas são utilizadas pelos seres humanos torna seu comportamento bastante previsível e, por isso, manipulável. Além da possibilidade de manipulação e de as pessoas agirem de forma contrária às suas próprias crenças, pesquisas já apontam para um limite material de processamento e administração de informações pela mente humana, algo basilar na sociedade de atenção atual.³⁶⁴

Esse limite material de processamento de informações está de certa forma interligado aos limites da manifestação inequívoca do consentimento. Ela acaba sendo concretizada a partir da utilização de telas *pop-up*, por exemplo, que muitas

³⁶³ Sundar et al. analisam heurísticas que se aplicam a situações relacionadas à divulgação de informações pessoais. Como exemplo, pode-se citar a heurística da autoridade, a partir da qual uma pessoa é mais propensa a divulgar informações em ambientes controlados por um ator que elas confiam; a heurística do “efeito manada” (bandwagon), a partir da qual uma pessoa é mais propensa a divulgar informações quando seus pares já o fizeram; e a heurística da gratificação, que privilegia a gratificação instantânea e faz com que pessoas divulguem informações em situações consideradas mais urgentes (SUNDAR, S. Shyam; KIM, Jinyoung; ROSSON, Mary Beth; MOLINA, Maria D. Online Privacy Heuristics that Predict Information Disclosure. Proceedings of the 2020 Chi Conference On Human Factors In Computing Systems, [s.l.], p. 1-12, 21 abr. 2020. ACM. <http://dx.doi.org/10.1145/3313831.3376854>.)

³⁶⁴ “[Prover] mais informação pode não melhorar e até prejudicar a capacidade de tomada de decisão. Estudos psicológicos mostram que, para humanos, a atenção é um recurso escasso e informações complexas podem não ser percebidas por um tomador de decisão. Agravando o problema de atenção e complexidade limitadas, a informação tem menos probabilidade de ser levada em consideração quando está [relacionada a algo] no futuro” (KIM, Nancy. Consentability, cit., p. 13, tradução nossa.)

vezes trazem um sentimento de sobrecarga aos usuários,³⁶⁵ que buscam fechar a janela o mais rápido possível para que sua atividade não seja interrompida.

Por fim, avaliar se a manifestação dada é livre é também bastante difícil. Em uma economia digital extremamente concentrada na mão de gigantes da tecnologia, a única “opção” muitas vezes oferecida é utilizar ou não a plataforma. Não é dado ao usuário, na maior parte das vezes, a possibilidade de utilizar o serviço sem o compartilhamento excessivo de dados. Isso está intrinsecamente ligado ao modelo de negócios predominante, em que o serviço é fornecido em troca da monetização dos dados pessoais. Considerando que, hoje, essas aplicações estão, muitas vezes, imbuídas de interesse público, sendo meios para a concretização de diversos direitos fundamentais, como a liberdade de expressão, o trabalho, o estudo e o lazer, seria adequado dizer que existe uma escolha livre?³⁶⁶ Além disso, em uma sociedade hiperconectada, em que os dados estão sendo tratados o tempo todo, nas mais diversas situações, seria necessário viver de forma completamente isolada e hermética, caso se desejasse de fato “escolher” pelo não tratamento de seus dados pessoais.³⁶⁷

Essas considerações estão relacionadas ao há muito discutido paradoxo da privacidade, segundo o qual as pessoas se importam com a privacidade e com a proteção de seus

³⁶⁵ SCHERMER, Bart W.; CUSTERS, Bart; HOF, Simone van Der. The crisis of consent: how stronger legal protection may lead to weaker consent in data protection. *Ethics And Information Technology*, [s.l.], p. 171-182, 23 mar. 2014. Springer Science and Business Media LLC. <http://dx.doi.org/10.1007/s10676-014-9343-8>, p. 177.

³⁶⁶ Mesmo que a base legal para o tratamento dos dados para utilização de determinada plataforma não seja o consentimento, mas sim a execução de contrato, deve-se questionar, também, se o consentimento dado na celebração desse contrato é livre.

³⁶⁷ SOLOVE, Daniel J. *The Myth of the Privacy Paradox*, cit., p. 37

dados, mas agem de maneira contrária a essa vontade. Esse comportamento, porém, não tem relação com a inteligência humana, pois esse paradoxo simplesmente não existe. Nas palavras de Solove, esse mito surgiu de um ciclo vicioso, no qual as pessoas de fato se preocupam, mas recebem diversos mecanismos de autogerenciamento da privacidade em troca. Na impossibilidade de ter sucesso nessa empreitada, ficam desiludidas e resignadas. Para ser efetiva, a regulação precisa quebrar esse ciclo,³⁶⁸ o que será discutido nas seções 2 e seguintes deste trabalho.

1.2. CONSENTIMENTO COMO BASE LEGAL PARA TRATAMENTO DE DADOS DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES

Todas essas características necessárias para o fornecimento de consentimento válido são ainda mais difíceis de avaliar quando se trata de crianças e adolescentes. Como já explicitado, a LGPD determina, em seu art. 14, §1º, 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.”³⁶⁹

Uma primeira questão a se discutir a esse respeito é a própria linguagem utilizada na lei, que faz diferença entre crianças e adolescentes, assim como especificado no Estatuto da Criança

³⁶⁸ SOLOVE, Daniel J. The Myth of the Privacy Paradox, cit., p. 49.

³⁶⁹ BRASIL. Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm. Acesso em: 28 fev. 2021.

e do Adolescente (ECA)³⁷⁰. Essa linguagem faz gerar uma dúvida sobre a utilização ou não dos dispositivos do Código Civil referentes à representação e à assistência³⁷¹. Apesar de se considerar que a intenção do legislador foi mesmo a de criar uma hipótese de capacidade especial, assim como já existente em diversos outros dispositivos do ordenamento

³⁷⁰ “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.” (BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 28 fev. 2021.)

³⁷¹ “Art. 1.634. Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos: [...] VII - representá-los judicial e extrajudicialmente até os 16 (dezesesseis) anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;” (BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 1 mar. 2021.)

jurídico brasileiro,³⁷² isso não deixa de ser questionável, devido à definição de uma idade extremamente baixa.³⁷³

No caso do consentimento dado pelos pais, há uma discussão sobre se colocar a decisão sobre o tratamento de dados de seus tutelados em suas mãos seria a mais adequada.³⁷⁴ Primeiramente, pois estes estão sujeitos aos limites cognitivos já destacados acima. Ademais, pesquisas demonstram que crianças e adolescentes podem ter mais conhecimento do que

³⁷² O regime das incapacidades foi flexibilizado no ECA, por exemplo, nos seguintes dispositivos: art. 16, II; art. 28, §1º e 2º; art. 100, XII; art. 111, V; e art. 161, §3º (BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, cit.) Além destes, pode-se citar, também, o próprio Código Civil, nos artigos 228, I, 1.517, 1.520, 1.740, III e 1.860, parágrafo único, além da Constituição Federal, em seu art. 14, II, "c" (BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, cit.; BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Brasília, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 1 mar. 2021.)

³⁷³ Segundo Teixeira e Rettore, a LGPD teria feito uma melhor escolha se exigisse o consentimento dos pais ou responsável legal até os 16 anos. "[...] [D]ada a relevância que o consentimento para o uso de dados possui para a vida de uma pessoa, e por não se tratar de uma manifestação de vontade simples ou tão corriqueira, não é necessariamente certo que se deva admitir que a prestação de consentimento entre 12 e 18 anos de idade receba eficácia prescindindo totalmente da participação parental" (TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RETTORE, Anna Cristina de Carvalho. A autoridade parental e o tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes. In: TEPEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana; OLIVA, Milena Donato. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas repercussões no Direito Brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 505-530, p. 525-526.)

³⁷⁴ Cf. HOF, Simone van der. I agree, or do I? A rights-based analysis of the law on children's consent in the digital world. *Wisconsin International Law Journal*, [s.l.], v. 34, n. 2, p. 409-445, 2016. Disponível em: https://wilj.law.wisc.edu/wp-content/uploads/sites/1270/2017/12/van-der-Hof_Final.pdf. Acesso em 28 jan. 2021.

seus responsáveis acerca do uso da internet no Brasil,³⁷⁵ situação que, em relação ao desenvolvimento de outras capacidades, é bastante incomum. Por fim, há que se destacar os casos em que os próprios pais, muitas vezes também influenciados pelo *design* das tecnologias, contribuem com o desenvolvimento do rastro digital de seus filhos.³⁷⁶

Já no que se refere ao consentimento dado por adolescentes, a problemática surge ao longo da tramitação da LGPD, já que não se utilizou ou realizou qualquer estudo empírico sobre as habilidades *online* de adolescentes brasileiros e nem se valeu do direito de eles serem ouvidos — ou direito à participação, presente na Convenção — nesta decisão que os impacta diretamente.

³⁷⁵ “Em 2019, a pesquisa investigou se as crianças e adolescentes ajudaram os pais ou responsáveis a realizar alguma atividade na Internet. Um terço da população investigada reportou ter prestado ajuda aos seus pais ou responsáveis para a realização de atividades on-line todos os dias ou quase todos os dias. As proporções foram maiores para crianças e adolescentes das classes C e DE [...]” (NIC.BR - NÚCLEO DE INFORMAÇÃO E COORDENAÇÃO DO PONTO BR. TIC Kids Online Brasil 2019: pesquisa sobre o uso da internet por crianças e adolescentes no Brasil. São Paulo: Comitê Gestor da Internet no Brasil (CGI.br), 2020. Disponível em: https://cetic.br/media/docs/publicacoes/2/20201123093344/tic_kids_online_2019_livro_eletronico.pdf. Acesso em: 10 jan. 2021, p. 24.)

³⁷⁶ Este é o caso quando há um compartilhamento de informações em excesso dos filhos — o chamado *sharenting* — ou então a utilização de tecnologias de monitoramento abusivas para controle parental. No caso deste último, deve-se destacar que os pais estão adstritos às opções fornecidas pelas empresas para a realização deste controle. Um estudo de 75 aplicativos de celular mostrou que 89% deles proporcionavam o controle parental através de técnicas de monitoramento e restrição, principalmente através do acesso pelos pais das telas dos filhos, do histórico de navegação, das mensagens enviadas e recebidas, entre outras (WISNIEWSKI, Pamela. The Privacy Paradox of Adolescent Online Safety: A Matter of Risk Prevention or Risk Resilience? IEEE Security & Privacy, v. 16, n. 2, p.86-90, mar. 2018. Institute of Electrical and Electronics Engineers (IEEE). <https://doi.org/10.1109/MSP.2018.1870874>.)

É justamente a importância deste direito que faz com que a relativização do regime das incapacidades seja necessária, em diversos aspectos da vida. Porém, há ainda intenso debate sobre a utilização ou não de parâmetros etários para se definir competências, uma vez que há grande variação individual em sua aquisição³⁷⁷. Ademais, a maior parte das pesquisas relacionadas à aquisição de competências nas diversas fases de desenvolvimento infante-juvenil foi feita no Norte Global, o que é controverso, devido à importância do contexto na qualidade desse desenvolvimento.

A capacidade de tomada de decisões não é algo desenvolvido individualmente, mas é um conceito relacional, moldado

³⁷⁷ "Crianças, assim como os adultos, não adquirirão um nível consistente e geral de capacidade em todos os campos. Em vez disso, suas expressões de competência irão variar de acordo com a natureza das tarefas envolvidas, suas experiências pessoais, as expectativas colocadas sobre elas, o contexto social e as habilidades individuais. No entanto, no que diz respeito à capacidade das crianças de diferentes idades de se engajarem no raciocínio moral, na tomada de decisões racionais e no exercício da responsabilidade e, de fato, à relevância da própria idade, ainda há um debate considerável. Por um lado, há esforços para propor um modelo científico e universal de desenvolvimento infantil. Por outro lado, o pensamento atual de muitos psicólogos do desenvolvimento propõe que todas as áreas de competência evoluem de acordo com uma gama de fatores influenciados pela cultura e pelo contexto." (LANSDOWN, Gerison. *Innocenti Insight: the evolving capacities of the child*. Florence: Unicef Innocenti Research Centre, 2005. Disponível em: <https://www.unicef-irc.org/publications/384-the-evolving-capacities-of-the-child.html>. Acesso em: 10 dez. 2020, p. 23, tradução nossa.)

pelas interações sociais.³⁷⁸ Assim como os adultos, crianças demonstram diferentes níveis de competência em diferentes contextos, devendo-se levar em consideração: o local em que a tarefa está sendo desempenhada (ex.: se em casa ou se em um laboratório); o interlocutor, que influencia, por exemplo nas habilidades de comunicação (ex.: se se comunica com um colega ou um professor; se a pessoa tem algum nível de autoridade sobre a criança ou não); a existência de outras crianças na família, o que pode influenciar, principalmente no desenvolvimento de capacidades relacionadas à responsabilidade; o nível de suporte ou incentivo recebido; as experiências pessoais da criança etc.³⁷⁹

Nesse sentido, mais do que a definição de idades estáticas, a partir das quais se permite a tomada de decisão, é necessário considerar o consentimento como algo dinâmico, fortemente influenciado pelo contexto brasileiro³⁸⁰ e pelos ambientes específicos nos quais essas decisões se inserem. Ademais,

³⁷⁸ RUHE, Katharina M.; CLERCQ, Eva de; WANGMO, Tenzin; ELGER, Bernice S.. Relational Capacity: broadening the notion of decision-making capacity in paediatric healthcare. *Journal Of Bioethical Inquiry*, [s.l.], v. 13, n. 4, p. 515-524, 30 jun. 2016. Springer Science and Business Media LLC. <http://dx.doi.org/10.1007/s11673-016-9735-z>. No mesmo sentido, Kim dispõe que “[a] tomada de decisão não ocorre no vácuo, mas é afetada pelo que a parte anuente sabe, pelas opções disponíveis e pelo estado emocional da parte anuente no momento em que o consentimento é concedido. Também é afetado pelas ações da parte que busca consentimento. Assim, embora a exigência de consentimento reconheça o valor da tomada de decisão autônoma, a validade do consentimento depende do contexto em que é dado e da dinâmica desencadeada por ambas as partes.” (KIM, Nancy. *Consentability*, cit., p. 3, tradução nossa.)

³⁷⁹ LANSDOWN, Gerison. *Innocenti Insight*, cit., p. 24-25.

³⁸⁰ Sobre uma análise mais específica da influência do contexto brasileiro no desenvolvimento dessas capacidades, cf. FERNANDES, Elora. Tratamento de dados de adolescentes no Brasil e a necessária proteção de direitos por design. In: Instituto de Tecnologia e Sociedade (ITS). *Trabalhos finais do Grupo de Pesquisa 2020*. Disponível em em: https://itsrio.org/wp-content/uploads/2020/10/Tratamento-de-dados-de-adolescentes-no-Brasil-e-a-necessária-proteção-de-direitos-por-design_Elora_Fernandes.pdf. Acesso em: 20 fev. 2021.

deve-se ter em mente que cidadania digital é muito mais do que saber ajustar os padrões de privacidade, mas compreender também que o código das tecnologias não é permanente, sendo construído de acordo com interesses, valores e preferências,³⁸¹ muitas vezes não alinhados ao melhor interesse de crianças e adolescentes.

Como será discutido na seção 2, o *design* das tecnologias é em sua maioria desenvolvido não de forma a respeitar o melhor interesse da criança e do adolescente, mas para se manter o modelo de negócios majoritário. Além disso, se os limites da capacidade cognitiva humana, descritos acima, devem ser levados em conta em relação a adultos, mais ainda devem ser considerados quando se trata de crianças e adolescentes, que ainda não atingiram seu potencial intelectual completo. Nesse sentido, é necessário desenvolver um ambiente digital adequado para a concretização de direitos e prover assistência no desenvolvimento e exercício dessa capacidade.

1.3 A AUTODETERMINAÇÃO INFORMATIVA NA UTILIZAÇÃO DE OUTRAS BASES LEGAIS

A discussão sobre a melhor forma de se regular a proteção de dados de crianças e adolescentes não deve parar, porém, no consentimento. Isso, pois ele é hoje uma hipótese autorizativa cada vez menos utilizada. Tendo em vista que quase todas as bases legais do art. 7º e 11 podem ser aplicadas no tratamento de dados de crianças e adolescentes³⁸², é necessário pensar em

³⁸¹ HOF, Simone van der. I agree, or do I?, cit.

³⁸² Para compreender o debate ainda existente acerca das bases legais aplicáveis no tratamento de dados de crianças e adolescentes, cf. FERNANDES, Elora Raad. Crianças e adolescentes na LGPD: bases legais aplicáveis. Migalhas. [s.l.]. 27 out. 2020. Disponível em: <https://migalhas.uol.com.br/depeso/335550/criancas-e-adolescentes-na-lgpd--bases-legais-aplicaveis>. Acesso em: 20 fev. 2021.

um modelo que proteja seus dados e garanta outros direitos fundamentais igualmente importantes em todas as situações.

Exemplo bastante claro e presente na vida de crianças e adolescentes é o tratamento de dados na educação. Especialmente durante a pandemia, o setor de *EdTechs* cresceu vertiginosamente, diante da impossibilidade de comparecimento presencial às escolas. Tendo em vista que a educação formal é obrigatória no Brasil, o consentimento para o tratamento desses dados não seria a base legal adequada.³⁸³ Ademais, na maior parte dos casos, em escolas públicas ou particulares, os pais e responsáveis ou mesmo as crianças e os adolescentes não têm qualquer ingerência sobre os métodos educacionais e as plataformas escolhidas.

A pressa na escolha de plataformas para substituição das aulas presenciais no Brasil fez com que não se levasse em consideração a forma com que são tratados os dados desses sujeitos.³⁸⁴ Um levantamento realizado em conjunto pela Iniciativa Educação Aberta, Instituto Alana e Intervezes

³⁸³ “A digitalização e o armazenamento dos dados de aprendizagem das crianças incluem características de pensamento, trajetória de aprendizagem, score de engajamento, tempos de resposta, páginas lidas e vídeos visualizados. A maioria das crianças e pais não têm a capacidade de desafiar os acordos de privacidade das empresas de tecnologia educacional ou de se recusar a fornecer dados, uma vez que a educação é obrigatória. A seleção de aplicativos e ferramentas de aprendizagem baseadas na web pelas escolas privilegiou o currículo e as considerações financeiras à privacidade.” (UNITED NATIONS. Artificial intelligence and privacy, and children’s privacy: report of the special rapporteur on the right to privacy, Joseph A. Cannataci. UN Doc A/HRC/46/37. [s.l.], 2021. Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G21/015/65/pdf/G2101565.pdf?OpenElement>. Acesso em: 10 abr. 2021, para. 107-108, tradução nossa.)

³⁸⁴ MARRAFON, Marco Aurélio; FERNANDES, Elora. A necessária proteção de dados das crianças e adolescentes na educação online. Consultor Jurídico. [s.l.]. 6 jul. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jul-06/constituicao-poder-necessaria-protacao-dados-criancas-adolescentes-educacao-online>. Acesso em: 3 mar. 2021.

demonstra que a maior parte das secretarias de educação no país decidiram utilizar plataformas de grandes empresas de tecnologia que possuem termos de uso e políticas de privacidade bastante problemáticas.³⁸⁵ Infelizmente, percebe-se que o sucateamento de serviços públicos no Brasil está diretamente ligado à “escolha de tecnologias prioritariamente estrangeiras, que têm como principal atrativo o fato de serem ‘gratuitas’. Em nenhum momento, porém, pergunta-se qual é o preço do gratuito.”³⁸⁶

A escola é uma instituição na qual crianças e adolescentes passam grande parte de seu tempo e tudo o que ali acontece influencia diretamente em outros aspectos de sua vida. Os dados coletados neste ambiente têm o potencial de determinar as chances que eles terão no futuro, a quais empregos e serviços terão acesso, bem como influenciar a formação de sua própria identidade. Isso, pois diversos entes privados e públicos tratam seus dados para traçar perfis e pontuações, a fim de tomar decisões sobre suas vidas. Isso é agravado pelo mercado amplamente desregulamentado e não transparente dos corretores de dados — ou *data brokers* — que vendem esses dados ou perfis para recrutadores em geral, bancos, seguradoras etc.³⁸⁷

Em síntese, para além da discussão sobre processos de medição na educação e como isso historicamente está ligado

³⁸⁵ FERNANDES, Elora. Uso de tecnologias na educação básica em tempos de pandemia: reflexões sobre a proteção de dados de crianças. In: LIMA, Stephane. Educação, Dados e Plataformas: análise descritiva dos termos de uso dos serviços educacionais Google e Microsoft. São Paulo: Iniciativa Educação Aberta, 2020. Disponível em <https://zenodo.org/record/4005013#.X0jaG6LQjIU>. Acesso em 3 mar. 2021.

³⁸⁶ FERNANDES, Elora. Uso de tecnologias na educação básica em tempos de pandemia, cit., p. 15.

³⁸⁷ BARASSI, Veronica. Child | Data | Citizen, cit., n.p.

a uma falácia de eficiência,³⁸⁸ é necessário repensar tanto o papel de entes públicos e privados na escolha das tecnologias que tratarão esses dados quanto o próprio *design* que elas oferecem.

Outra situação emblemática é a coleta de dados de diversas pessoas de forma agregada, como ocorre hoje com os artefatos inteligentes conectados à internet (Internet das Coisas). Assistentes virtuais, por exemplo, coletam dados de toda a família de forma conjunta, o que dificulta a individualização dos dados de crianças e adolescentes para uma melhor proteção. Justamente por não serem direcionadas a este público, essas tecnologias acabam não seguindo legislações específicas para a proteção de seus direitos³⁸⁹ e não utilizam como base legal o consentimento para tratamento de seus dados em específico.

Ao agregar esses dados, as empresas de tecnologia têm ainda não só a possibilidade de tratar dados contextuais da família, como situação socioeconômica, valores familiares e hábitos, mas também os dados biométricos de crianças e adolescentes, como a sua voz. Os dados contextuais são chave para o funcionamento de Inteligência Artificial³⁹⁰ no modelo de negócios atual, mas isso pode ter consequências graves

³⁸⁸ MARRAFON, Marco Aurélio; FERNANDES, Elora Raad. A, B, C, Google: Riscos ao direito fundamental à proteção de dados de crianças e adolescentes no G Suite for Education. Revista Direito Público, Brasília, v. 17, n. 95, p. 202-229, 2020. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/4094>. Acesso em: 6 mar. 2021.

³⁸⁹ BARASSI, Veronica. Child | Data | Citizen, cit., n.p.

³⁹⁰ Quando alguém pede para que o assistente virtual apague a luz de um cômodo, por exemplo, ele precisa saber exatamente de onde a pessoa está falando, para que não acenda a luz de outro local. Da mesma forma, pode-se utilizar dados como o da temperatura local, geolocalização ou calendário, para se compreender se as vendas de determinado produto aumentaram ou diminuíram.

nas vidas de crianças e adolescentes, caso sejam utilizados para se realizar afirmações falsas, discriminar ou cercear determinado direito.³⁹¹ Isso é especialmente grave quando essas assunções são feitas com base em dados de sua família como um todo, o que pode gerar um engessamento social e agravar desigualdades socioeconômicas.

Da mesma forma, é preocupante o tratamento da voz de crianças e adolescentes, dados biométricos, a partir dos quais é possível a criação de identidades únicas. Exemplo deste tratamento prejudicial pode ser vislumbrado na patente requisitada pela Amazon, em 2018, para uma tecnologia capaz de determinar, a partir da voz, características físicas e emocionais dos usuários. Ela permite inferir, através de padrões como barulhos relacionados a choro ou a assoar o nariz, se o usuário está doente ou tem problemas emocionais e, em seguida, pode utilizar esses dados para publicidade direcionada.³⁹²

Essas situações demonstram que regular o consentimento para tratamento de dados de crianças e adolescentes não é suficiente e que é necessária uma abordagem mais holística, que leve em consideração todas as situações, oportunidades e riscos deste tratamento, bem como a forma como essas tecnologias são desenvolvidas e aplicadas.

³⁹¹ BARASSI, Veronica. Child | Data | Citizen, cit., n.p.

³⁹² JIN; WANG, 2018, apud BARASSI, Veronica. Child | Data | Citizen, cit., n.p.

2 A IMPORTÂNCIA DO DESIGN

O *design*³⁹³ das tecnologias ou, em outras palavras, como elas são arquitetadas, é extremamente importante e influencia diretamente o comportamento das pessoas. Para Hartzog,³⁹⁴ ele possui duas funções principais, sendo a primeira delas passar uma mensagem. Os sinais emitidos pelo *design* afetam o relacionamento do ser humano com a tecnologia e também o cálculo de risco elaborado. Tome-se, como exemplo, eventuais mensagens de *phishing* recebidas por e-mail, através das quais o remetente deseja se passar por um banco. Características como a semelhança da identidade visual com aquela utilizada pelo banco e a linguagem empregada são essenciais para passar credibilidade. Nesse caso, quanto mais o *design* utilizado for parecido com aquele que se pretende imitar, maiores são as chances de sucesso.

Em segundo lugar, o *design* também afeta diretamente os custos de transação, possibilitando ou inviabilizando atividades. Sendo o tempo e o esforço recursos extremamente valiosos na sociedade atual, o ser humano decide se empenhar em determinada tarefa a depender desses dois fatores. Considere a utilização de biometria para acessar caixas eletrônicos. Definitivamente é possível que alguém seja forçado a fornecer sua impressão digital para que outra pessoa possa sacar

³⁹³ Destaca-se que, neste trabalho, a palavra *design* está sendo utilizada de forma ampla. No âmbito da tecnologia, Hartzog destaca que “palavras como *design*, engenharia e codificação carregam conotações culturais e significados específicos em contextos particulares. O processo de *design* também difere entre os grupos. Engenheiros projetam as coisas em um ambiente um tanto formal, objetivo e orientado por requisitos. Designers que criam interfaces de usuário, interações e outras partes da experiência do usuário trabalham de uma forma um pouco mais generativa e aberta para incorporar uma compreensão contextual de usuários e soluções para múltiplos objetivos.” (HARTZOG, Woodrow. *Privacy’s Blueprint*, cit., p. 11, tradução nossa, grifo nosso).

³⁹⁴ HARTZOG, Woodrow. *Privacy’s Blueprint*, cit., p. 26-30.

dinheiro em seu nome, mas isso torna essa possibilidade muito mais remota do que apenas o uso de senhas. Outro exemplo ainda mais esclarecedor é o uso da tecnologia *blockchain*, que utiliza funções *hash* que praticamente tornam impossível sua alteração, a partir das tecnologias atuais. Isso poderia ser revertido, caso aquele que deseja modificar as informações gravadas tenha mais de 51% do poder computacional da rede. Todavia, isso demandaria tanto tempo e esforço (incluindo dinheiro) que essa ação se torna bastante improvável.

A partir dessas funções, é fácil perceber que *design* e poder estão intrinsecamente conectados, especialmente porque o ser humano é manipulável muito mais facilmente do que gostaria de acreditar, como já discutido na seção anterior. Nesse sentido, da mesma forma que o *design* tem o poder de melhorar a vida em sociedade, como sustentado por Thaler e Sunstein,³⁹⁵ os “empurrõezinhos” podem também ser utilizados para fins não tão agradáveis, que Hartzog defende poderem ser divididos em três: *design* enganoso (*deceptive design*), *design* abusivo (*abusive design*) e *design* perigoso (*dangerous design*).³⁹⁶

O *design* enganoso seria aquele que pode induzir o usuário a erro, em seu detrimento, para que não aja de maneira razoável em determinadas circunstâncias. Quando as TIC deturpam ou omitem um fato, há uma quebra de confiança, o que dificulta a

³⁹⁵ Thaler e Sunstein apresentam o conceito da arquitetura da escolha, que utiliza técnicas de nudge através do design para melhorar a vida das pessoas. Segundo os autores, um nudge ou “empurrão” seria “qualquer aspecto da arquitetura da escolha que altera o comportamento das pessoas de uma forma previsível, sem proibir qualquer opção ou alterar significativamente seus incentivos econômicos. Para contar como um empurrãozinho, a intervenção deve ser fácil e barata de evitar.” THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R. *Nudge: Improving Decisions about Health, Wealth and Happiness*. New Haven: Yale University Press, 2008, p. 6, tradução nossa.

³⁹⁶ HARTZOG, Woodrow. *Privacy’s Blueprint*, cit., p. 135-156.

tomada de decisões, pois o cálculo de risco é feito de maneira incorreta.

Nas palavras de Hartzog, “[q]uando assumimos que estamos mais seguros do que realmente estamos, corremos o risco de revelar demais.”³⁹⁷ Um exemplo dessa prática foi descoberta em novembro de 2020, a partir de uma reclamação aberta na Federal Trade Commission (FTC), nos Estados Unidos da América, contra a companhia Zoom.³⁹⁸ Descobriu-se que, desde 2016, a empresa enganou seus usuários ao alegar que oferecia criptografia de ponta a ponta, ao mesmo tempo em que mantinha as chaves criptográficas de seus clientes. Isso deu aos usuários uma falsa sensação de segurança, especialmente em relação àqueles que utilizavam-na para discutir temas sensíveis.

Já o *design* abusivo, seria aquele que frustra desarrazoadamente a capacidade de tomar decisões autônomas, gerando um maior risco de dano e aumentando a possibilidade de arrependimento das decisões tomadas. Ao contrário do *design enganoso*, que deturpa a realidade e as expectativas dos usuários, o *design* abusivo interfere na capacidade de perceber o mundo e explora intencionalmente a força de vontade humana para resistir ao compartilhamento e à extração de dados. O *design* enganoso mente; o *design* abusivo usa nossas próprias limitações internas contra nós mesmos.³⁹⁹ Nesse sentido, os ambientes *online* são construídos, muitas vezes, com a intenção de explorar essa

³⁹⁷ HARTZOG, Woodrow. *Privacy’s Blueprint*, cit., p. 135-136, tradução nossa.

³⁹⁸ FEDERAL TRADE COMMISSION (Estados Unidos da América). *FTC Requires Zoom to Enhance its Security Practices as Part of Settlement*. Washington. 9 nov. 2020. Disponível em: <https://www.ftc.gov/news-events/press-releases/2020/11/ftc-requires-zoom-enhance-its-security-practices-part-settlement>. Acesso em: 30 dez. 2020.

³⁹⁹ HARTZOG, Woodrow. *Privacy’s Blueprint*, cit., p. 143.

vulnerabilidade humana, suscetível à manipulação devido à tendência ao vício e a vieses previsíveis.⁴⁰⁰

Considere os *feeds* existentes em quase toda rede social. O usuário entra na rede com a intenção de ficar apenas alguns minutinhos. Começa a clicar nas fotos de seus amigos, que levam a vídeos de gatos fofinhos, e então a receitas que ele sempre salva, mesmo sabendo que nunca irá cozinhar. Anestesiado dentro do ciclo, apenas se dá conta do tempo uma hora depois, quando começa a puxar a tela para baixo e verificar atualizações sobre o que ainda não tinha visto. Apesar de inicialmente ser extremamente agradável, a sensação ao final é a de que o tempo foi desperdiçado e de que o controle sobre a própria vida foi perdido. Isso é o que Natasha Schüll chama de “*the machine zone*.”⁴⁰¹ O *design* abusivo é ainda mais preocupante quando a mediação do ambiente *online* modifica aquilo que é visto segundo as características de cada usuário, especialmente quando se utiliza dados sensíveis, como gênero e raça, e quando o alvo são crianças e adolescentes, pessoas ainda em desenvolvimento.

Por fim, há também o *design* perigoso, que coloca as pessoas em uma situação de risco, deixando-as vulneráveis a algum tipo de ataque. Exemplos claros dessa prática existem aos montes

⁴⁰⁰ HARTZOG, Woodrow. *Privacy's Blueprint*, cit., p. 142.

⁴⁰¹ Sobre o significado da expressão “*the machine zone*”, a autora explica: “É um ritmo. É uma resposta a um loop de feedback afinado. É uma poderosa distorção do espaço-tempo. Você aperta um botão. Algo acontece. Você aperta de novo. Acontece algo semelhante, mas não exatamente igual. Talvez você ganhe, talvez não. Repetir. Repetir. Repetir. Repetir. Repetir. É o prazer da repetição, a segurança do loop.” MADRIGAL, Alexis C. *The Machine Zone: This Is Where You Go When You Just Can't Stop Looking at Pictures on Facebook*. *The Atlantic*, [s.l.], 31 jul. 2013. Disponível em: <https://www.theatlantic.com/technology/archive/2013/07/the-machine-zone-this-is-where-you-go-when-you-just-cant-stop-looking-at-pictures-on-facebook/278185/>. Acesso em: 30 dez. 2020, tradução nossa, grifo nosso.

no âmbito da Internet das Coisas, como o hackeamento de babás eletrônicas⁴⁰² ou de brinquedos conectados⁴⁰³. Nesse sentido, é extremamente importante que uma análise de proporcionalidade entre risco e utilidade seja realizada, levando-se em consideração, de maneira prioritária, a promoção dos direitos de crianças e adolescentes.

Além da taxonomia proposta por Hartzog, uma expressão que se tornou bastante famosa desde que Brignull a cunhou em 2010 foi *dark patterns*.⁴⁰⁴ Desde então, diversos foram os trabalhos elaborados sobre o tema, em especial nos Estados Unidos da América e na Europa, que, todavia, não chegam a um consenso acerca de sua definição. Em um deles, Martur *et al.* definem *dark patterns* como sendo “opções de *design* de interface de usuário que beneficiam um serviço *online* ao coagir, orientar ou enganar os usuários a tomarem decisões que, caso estivessem totalmente informados e fossem capazes de escolher entre alternativas, eles poderiam não tomar”⁴⁰⁵.

Em um trabalho recente, Mathur, Mayer e Kshirsagar se propõem a analisar a literatura sobre a temática e identificaram a grande discrepância entre definições e categorias de *dark*

⁴⁰² PORUP, J. M. “Internet of Things” security is hilariously broken and getting worse. *Ars Technica*, [s.l.], 23 jan. 2016. Disponível em: <https://arstechnica.com/information-technology/2016/01/how-to-search-the-internet-of-things-for-photos-of-sleeping-babies/>. Acesso em: 30 dez. 2020.

⁴⁰³ GIBBS, Samuel. Hackers can hijack Wi-Fi Hello Barbie to spy on your children. *The Guardian*, [s.l.], 26 nov. 2015. Disponível em: <https://www.theguardian.com/technology/2015/nov/26/hackers-can-hijack-wi-fi-hello-barbie-to-spy-on-your-children>. Acesso em: 30 dez. 2020.

⁴⁰⁴ BRIGNULL, Harry. *Dark Patterns*. Disponível em: <https://www.darkpatterns.org/>. Acesso em: 30 mar. 2021.

⁴⁰⁵ MATHUR, Arunesh; ACAR, Gunes; FRIEDMAN, Michael J.; LUCHERINI, Elena; MAYER, Jonathan; CHETTY, Marshini; NARAYANAN, Arvind. *Dark Patterns at Scale*. *Proceedings Of The Acm On Human-Computer Interaction*, [s.l.], v. 3, n. , p. 1-32, 7 nov. 2019. Association for Computing Machinery (ACM). <http://dx.doi.org/10.1145/3359183>, p. 2, tradução nossa.

patterns apresentadas em diferentes artigos científicos, relatórios e legislações. A partir disso, os autores elaboram melhor atributos já reconhecidos em um trabalho anterior e argumentam que a pesquisa na área é motivada por uma gama de considerações temáticas e interligadas. Assim, ao invés de uma taxonomia fixa, os autores propõem uma série de atributos possíveis de um *dark pattern*: assimétrico, oculto, enganoso, que oculta informações, restritivo, que oferece tratamento díspar (*asymmetric, covert, deceptive, information hiding, restrictive, disparate treatment*).⁴⁰⁶ Estes atributos foram resumidos e organizados na tabela abaixo (Tabela 1), elaborada pelos autores e aqui reproduzida.

⁴⁰⁶MATHUR, Arunesh; MAYER, Jonathan; KSHIRSAGAR, Mihir. What Makes a Dark Pattern... Dark?: design attributes, normative considerations, and measurement methods. Chi Conference On Human Factors In Computing Systems (Chi '21), Yokohama, p. 1-27, 2021. Disponível em: <https://arxiv.org/pdf/2101.04843.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2021.

Tabela 1 – Atributos de *dark patterns* agrupados por como eles modificam a arquitetura de escolha do usuário

Arquitetura da Escolha	Atributo	Descrição
Modifica o espaço de decisão	Assimétrico	Gera cargas desiguais nas escolhas disponíveis ao usuário
	Restritivo	Elimina certas escolhas que deveriam estar disponíveis para os usuários
	Que oferece tratamento díspar	Gera desvantagem e trata um grupo de usuários de maneira diferente de outro
	Oculto	Esconde o mecanismo de influência dos usuários
Manipula o fluxo de informações	Enganoso	Induz falsas crenças nos usuários por meio de declarações falsas, declarações enganosas ou omissões
	Que esconde informações	Obscurece ou atrasa a apresentação das informações necessárias aos usuários

Fonte: Mathur; Mayer; Kshirsagar (2021), tradução nossa.

Percebe-se que os atributos mencionados têm ligação direta com os dois primeiros tipos de *design* problemáticos definidos por Hartzog (*deceptive design* e *abusive design*), com vantagem de serem mais detalhados e bem definidos. Em resumo, as duas

escolhas de arquitetura influenciam diretamente na autonomia do usuário.⁴⁰⁷

Essa discussão é fundamental para se discutir o famoso argumento de que tecnologias são neutras, isto é, não estão imbuídas de valores. Seriam os usuários que determinariam como elas são utilizadas, seja para condutas lícitas ou ilícitas, moralmente reprováveis ou não. Essa mentalidade, que culpa o usuário, foca “apenas nas causas mais próximas e diretas de dano e ignora toda a estrutura e contexto que o facilitou”.⁴⁰⁸ Nos dias atuais esse é um discurso já muito rechaçado, mas as estruturas da governança da internet e, em especial, as legislações de proteção de dados, ainda não se desvincularam totalmente dele e não aproveitaram todas as vantagens de uma regulação da própria arquitetura das tecnologias.

Isso não quer dizer que as condutas individuais não são importantes e que existe um determinismo tecnológico que as anula. Todavia, o *design* deve ser pensado a partir da previsibilidade desse comportamento, antecipando erros e acertos, especialmente daqueles que ainda estão desenvolvendo seu sistema cognitivo, são mais vulneráveis e precisam de um ambiente que favoreça o seu crescimento saudável. Um exemplo histórico e sempre muito citado é o desenvolvimento da construção de carros. Definitivamente a forma como o motorista dirige tem grande impacto na possibilidade de que um acidente ocorra. Entretanto, isso não

⁴⁰⁷ Dark patterns assimétricos, ocultos ou restritivos, ou que envolvem tratamento díspar, tentam influenciar as decisões do usuário, modificando o conjunto de opções disponíveis. Dark patterns enganosos ou que ocultam informações influenciam as decisões do usuário, manipulando as informações disponíveis para eles. Em última análise, esses dois temas refletem como dark patterns modificam a arquitetura de escolha subjacente para os usuários. (MATHUR, Arunesh; MAYER, Jonathan; KSHIRSAGAR, Mihir. What Makes a Dark Pattern... Dark?, cit., p. 9, grifo nosso.)

⁴⁰⁸ HARTZOG, Woodrow. Privacy's Blueprint, cit., p. 48, tradução nossa.

foi motivo suficiente para que regras para o desenvolvimento de carros mais seguros não surgissem, como a obrigatoriedade de *airbags* e freios ABS, pois a vida e a dignidade humana importam e as pessoas nem sempre tomam a melhor decisão possível, especialmente na existência de padrões que minam a sua autonomia.

A mesma lógica deve guiar o desenvolvimento das TIC. As pessoas podem não ler os termos de uso ou saberem o que consta na lei sobre o tema, mas todas elas possuem expectativas de que seus dados não serão utilizados de forma inadequada e abusiva, sendo a confiança um dos principais pilares nas relações entre agentes de tratamento de dados e usuários. Da mesma forma, todas elas elaboram um mapa mental sobre como determinada tecnologia funciona e levam em conta, em seu funcionamento, suas restrições ou recursos disponíveis.⁴⁰⁹

Assim, deve-se fazer com que essas tecnologias sirvam como ferramentas para o desenvolvimento humano, especialmente levando em consideração seu impacto coletivo e desigual nos mais vulneráveis.⁴¹⁰ A arquitetura da escolha não pode ser evitada e quando a regulação escolhe ignorar o *design*,

⁴⁰⁹ HARTZOG, Woodrow. *Privacy's Blueprint*, cit., p. 58.

⁴¹⁰ Mathur, Mayer e Kshirsagar demonstram a necessidade da regulação de dark patterns ao destacarem os seus impactos em quatro âmbitos. No âmbito do bem estar individual, identifica-se, nas palavras dos autores, perda financeira, invasão de privacidade e carga cognitiva. No âmbito do bem estar coletivo, questões relacionadas à concorrência, transparência de preços e consequências sociais imprevistas (nas quais os autores incluem, por exemplo, o escândalo Facebook/Cambridge Analytica). Em terceiro lugar há a necessidade de conformidade com objetivos regulatórios. E, por fim, em quarto lugar, o intenso impacto na autonomia. Neste último é de se destacar um desafio, que é o de se distinguir entre uma influência permissível sobre a autonomia e os dark patterns que a violam. (MATHUR, Arunesh; MAYER, Jonathan; KSHIRSAGAR, Mihir. *What Makes a Dark Pattern... Dark?*, cit., p. 13-19.)

ela apenas implicitamente endossa o *status quo*,⁴¹¹ o que é de interesse daqueles que detêm o poder econômico e político.

Para concretizar a dignidade humana, em um primeiro momento, é preciso regular os tipos de *design* aqui discutidos. Isso já está sendo feito e proposto, por exemplo, nos Estados Unidos da América e na Europa. No primeiro, pode-se citar o California Privacy Rights Act (CPRA), que define *dark patterns*⁴¹² e dispõe que o consentimento não pode ser obtido através destes padrões. Da mesma forma, o novo regulamento do California Consumers Privacy Act (CCPA), no âmbito da

⁴¹¹ HARTZOG, Woodrow. *Privacy's Blueprint*, cit., p. 52. Um ótimo exemplo, segundo Hartzog, que ajuda nessa visualização é a definição de padrões nas tecnologias: "considere as regras e configurações padrão, que são as escolhas pré-selecionadas que entrarão em vigor sempre que uma pessoa não fizer nada ou deixar de selecionar uma opção. Às vezes, é impossível evitar a criação de um padrão. Considere o botão liga/desliga que é tão comum em nossos smartphones: Existem apenas duas opções possíveis aqui: ligar ou desligar. Os designers devem escolher pré-selecionar a posição padrão para o botão. Essa escolha não pode ser evitada, porque mesmo alguma escolha intermediária em uma decisão binária funcionaria basicamente como 'desliga'. Como sabemos que os padrões são 'pegajosos' e que os escassos recursos de tempo e atenção do usuário seriam utilizados para alterar a configuração, a decisão padrão reflete um valor. Se o padrão para rastreamento e compartilhamento de localização estiver ativado, devemos esperar que a localização exata de muito mais usuários de telefone seja rastreada e compartilhada. Muitos de nós podem não se importar, mas dissidentes políticos e aqueles que buscam refúgio contra violência doméstica podem ser prejudicados por esse padrão." (HARTZOG, Woodrow. *Privacy's Blueprint*, cit., p. 52, 53, tradução nossa, grifo nosso.)

⁴¹² "1798.140. [...] (l)'Dark pattern' means a user interface designed or manipulated with the substantial effect of subverting or impairing user autonomy, decision-making, or choice, as further defined by regulation." (CALIFORNIA. California Privacy Rights Act. 2020. Disponível em: https://oag.ca.gov/system/files/initiatives/pdfs/19-0021A1%20%28Consumer%20Privacy%20-%20Version%203%29_1.pdf. Acesso em 10 abr. 2021.)

notificação chamada “*Do Not Sell My Personal Information*”, impediu a presença de *dark patterns*.⁴¹³

Ademais, também no âmbito dos EUA, pode-se citar o projeto de lei chamado “*Deceptive Experiences To Online Users Reduction (DETOUR) Act*”⁴¹⁴ que dispõe ser ilegal um operador “[...] projetar, modificar ou manipular uma interface de usuário com a finalidade ou efeito substancial de obscurecer, subverter ou prejudicar a autonomia do usuário, tomada de decisão ou escolha para obter consentimento ou dados do usuário.”⁴¹⁵ A mesma lei também possui uma disposição específica para pessoas com menos de 13 anos de idade, tornando ilegal a conduta que “[...] projetar, modificar ou manipular uma interface de usuário em um site ou serviço *online*, ou parte dele, direcionada a um indivíduo menor de 13 anos, com o objetivo ou efeito substancial de cultivar o uso compulsivo,

⁴¹³ De acordo com a lei, empresas não devem utilizar um método projetado com a finalidade ou que tenha o efeito substancial de subverter ou prejudicar o “opt-out” de um consumidor: “§ 999.315. Requests to Opt-Out. [...] (h) A business’s methods for submitting requests to opt-out shall be easy for consumers to execute and shall require minimal steps to allow the consumer to opt-out. A business shall not use a method that is designed with the purpose or has the substantial effect of subverting or impairing a consumer’s choice to opt-out.” (CALIFORNIA. California Consumer Privacy Act Regulations. Office of the Attorney General. Disponível em: <https://oag.ca.gov/sites/all/files/agweb/pdfs/privacy/ccpa-add-adm.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2021.)

⁴¹⁴ SENATORS introduce bipartisan legislation to ban manipulative ‘dark patterns’. 2019. Disponível em: <https://www.fischer.senate.gov/public/index.cfm/2019/4/senators-introduce-bipartisan-legislation-to-ban-manipulative-dark-patterns>. Acesso em: 14 abr. 2021.

⁴¹⁵ No original: “design, modify, or manipulate a user interface with the purpose or substantial effect of obscuring, subverting, or impairing user autonomy, decision-making, or choice to obtain consent or user data.”

incluindo funções de reprodução automática de vídeo iniciadas sem o consentimento de um usuário."⁴¹⁶

No que concerne à Europa, deve-se citar dois relatórios específicos de autoridades de proteção de dados que lidam diretamente com os problemas relacionados aos *dark patterns*. O primeiro deles é da Forbrukerrådet, autoridade da Noruega, intitulado "*Deceived by design: How tech companies use dark patterns to discourage us from exercising our rights to privacy*"⁴¹⁷, de 2018. O segundo é o chamado "*Shaping Choices in the Digital World – From dark patterns to data protection: the influence of ux/ui design on user empowerment*"⁴¹⁸, elaborado pela Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés (CNIL), autoridade francesa.

Além destas iniciativas mais amplas sobre regulações de *dark patterns*, deve-se citar também as regulamentações específicas sobre o tratamento de dados de crianças e adolescentes e como o *design* deve favorecer o seu melhor interesse, o que será objeto da próxima seção.

Para além da regulação do *design*, todavia, a fim de se desenvolver soluções para a real causa do problema (vez que o *design* é só uma manifestação superficial dos interesses de

⁴¹⁶ No original: "design, modify, or manipulate a user interface on a website or online service, or portion thereof, that is directed to an individual under 13, with the purpose or substantial effect of cultivating compulsive usage, including video auto-play functions initiated without the consent of a user."

⁴¹⁷ FORBRUKERRÅDET. Deceived by design: how tech companies use dark patterns to discourage us from exercising our rights to privacy. Oslo, 2018. Disponível em: <https://fil.forbrukerradet.no/wp-content/uploads/2018/06/2018-06-27-deceived-by-design-final.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2021.

⁴¹⁸ Commission Nationale de L'Informatique Et Des Libertés (CNIL). Shaping Choices in the Digital World - from dark patterns to data protection: the influence of ux/ui design on user empowerment. Paris, 2019. Disponível em: https://linc.cnil.fr/sites/default/files/atoms/files/cnil_ip_report_06_shaping_choices_in_the_digital_world.pdf. Acesso em: 10 abr. 2021.

seus desenvolvedores), é necessário repensar os modelos de negócio existentes hoje e remodelar os incentivos econômicos para se tratar dados. Assim, a pergunta a ser feita é que tipo de economia digital queremos enquanto sociedade⁴¹⁹ e qual o nível de impacto que isto deve ter nos direitos de crianças e adolescentes.

3. REGULANDO O *DESIGN* PARA PROTEÇÃO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES: PERSPECTIVAS INTERNACIONAIS

A necessidade de se repensar a abordagem focada predominantemente no controle individual no tratamento de dados de crianças e adolescentes fez com que algumas iniciativas surgissem bem recentemente, na tentativa de regular a arquitetura das tecnologias. Neste tópico, busca-se discutir as principais delas, que podem ser utilizadas como referências para a construção de uma solução regulatória para o tema no Brasil, especialmente para a atuação da ANPD.

Destaca-se, porém, que, antes de uma absorção acrítica das experiências internacionais, é necessário refletir acerca da realidade brasileira, compreendendo qual papel o Brasil exerce, hoje, no ecossistema digital. Sua posição política e econômica no Sul Global faz com que existam especificidades não vislumbradas em países como Inglaterra, Irlanda, Alemanha e Holanda, especialmente no que se refere ao acesso a tecnologias, à falta de uma cultura de proteção de dados e ao não incentivo à soberania tecnológica brasileira. Assim, defende-se que qualquer regulamentação do tema no Brasil, algo que será mais bem detalhado na seção 4, deverá ser feita após uma análise aprofundada das especificidades brasileiras,

⁴¹⁹ MAZZUCATO, Mariana; ENTSMINGER, Josh; KATTEL, Rainer. Public value and platform governance. UCL Institute for Innovation and Public Purpose, Working Paper Series (IIPP WP 2020-11). 2020. Disponível em: <https://www.ucl.ac.uk/bartlett/public-purpose/wp2020-11>. Acesso em 15 fev. 2021.

da escuta ativa de crianças e adolescentes, da realização de consultas públicas e da tomadas de subsídios.

3.1 AGE APPROPRIATE DESIGN CODE (“CHILDREN’S CODE”) – INFORMATION COMMISSIONER’S OFFICE (ICO)

O Reino Unido foi pioneiro na previsão, dentro de sua lei de proteção de dados (*Data Protection Act*), da necessidade específica de se respeitar os direitos de crianças e adolescentes por *design*. A lei determinou que o Information Commissioner’s Office (ICO), sua autoridade de proteção de dados, seria responsável por criar um código de práticas que contivesse orientações sobre padrões de *design* tecnologicamente neutros e adequados às diferentes idades de crianças⁴²⁰. O principal objetivo do código não é o de proteger crianças *do* ambiente digital, mas sim de protegê-las *dentro* dele. Ele apresenta 15 padrões de *design* cumulativos e interligados para fornecer proteção integrada, permitindo que crianças explorem, aprendam e joguem *online* de maneira segura. Além disso, todo o código é baseado nos princípios estabelecidos pela Convenção sobre os Direitos da Criança e busca respeitar os direitos e deveres dos pais, assim como a capacidade em desenvolvimento da criança de tomar suas próprias decisões.⁴²¹

Ele se aplica a provedores de serviços da sociedade da informação (*providers of Information Society Services – ISS*,

⁴²⁰Todas as iniciativas retratadas no ponto 3 consideram crianças como aquelas pessoas com menos de 18 anos, segundo o art. 1, da Convenção (BRASIL. Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990. Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança, cit.)

⁴²¹UNITED KINGDOM. INFORMATION COMMISSIONER’S OFFICE. Age appropriate design: a code of practice for online services. [s.l.], 2020. Disponível em: <https://ico.org.uk/for-organisations/guide-to-data-protection/key-data-protection-themes/age-appropriate-design-a-code-of-practice-for-online-services/>. Acesso em: 04 jan. 2021, p. 10.

na sigla em inglês). Seu escopo e aplicação se restringe ao fornecimento de produtos ou serviços *online* (incluindo aplicativos, programas, *sites*, jogos ou ambientes da comunidade e brinquedos ou dispositivos conectados com ou sem uma tela) que processam dados pessoais e provavelmente serão acessados por crianças no Reino Unido. Ele não se aplica apenas a serviços voltados para crianças. Neste código, 'serviço *online*' significa um ISS relevante.⁴²²

Esse direcionamento aos provedores de serviços da sociedade da informação como um todo é fundamental para que o fato de o serviço não ser voltado a esse grupo não seja uma desculpa para descumprir o seu melhor interesse. Ele não se aplica, de maneira geral, a serviços *online* prestados por autoridades públicas e a outras situações, como *sites* que apenas forneçam informações sobre serviços prestados exclusivamente no ambiente analógico. É importante destacar, também, que o código abrange qualquer tipo de dado de crianças, inclusive os dados inferidos, isto é, dados sobre uma criança que não são coletados diretamente, mas que são inferidos a partir de outros dados ou do seu comportamento *online*.⁴²³

Dentre os padrões estabelecidos pelo código pode-se citar a necessidade de se elaborar avaliações de impacto para a proteção de dados de crianças e adolescentes; o não uso dos dados para finalidades prejudiciais; a determinação de configurações padrão sempre mais protetivas; a vedação *a priori* do compartilhamento de dados e do *profiling*, entre outros.

⁴²² UNITED KINGDOM. INFORMATION COMMISSIONER'S OFFICE. Age appropriate design, cit., p. 9, tradução nossa, grifo nosso.

⁴²³ UNITED KINGDOM. INFORMATION COMMISSIONER'S OFFICE. Age appropriate design, cit., p. 11.

3.2 FUNDAMENTALS FOR A CHILD-ORIENTED APPROACH TO DATA PROCESSING – DATA PROTECTION COMMISSIONER – DPC

Na esteira do Reino Unido, a autoridade irlandesa (Data Protection Commissioner – DPC) lançou para consulta o documento intitulado *Fundamentals for a Child-oriented Approach to Data Processing* (ou, apenas, *Fundamentals*)⁴²⁴, que apresenta 14 “fundamentos” ou *standards* a serem seguidos pelas organizações para aumentar a proteção de crianças no tratamento de seus dados pessoais. Após uma ampla discussão com a sociedade, em especial com crianças e seus responsáveis, a autoridade desenvolveu o documento como forma de guiar a concretização do melhor interesse. Após o processamento dos comentários da consulta será elaborado um documento final.

O documento apresenta diversos parâmetros de proteção, como o debate sobre o consentimento de maiores de 16 anos no país e o uso de outras bases legais, bem como a necessária transparência e acessibilidade em relação ao tratamento de dados de crianças. Da mesma forma, analisa questões mais complexas, como a discussão em torno do exercício dos direitos previstos no *General Data Protection Regulation* (GDPR) por crianças, como acesso, portabilidade e apagamento de dados, e se os responsáveis poderiam exercê-los em seu nome.⁴²⁵

Ademais, também determina que delimitar uma idade de acesso a um serviço não poderia ser utilizado como pretexto para o não cumprimento das normas previstas. Assim, nos casos em que o serviço não deve ser utilizado por crianças abaixo

⁴²⁴ IRELAND. DATA PROTECTION COMMISSION. *Fundamentals for a child-oriented approach to data processing*. [s.l.], 2020. Disponível em: <https://www.dataprotection.ie/en/news-media/consultations/children-front-and-centre-fundamentals-child-oriented-approach-data-processing>. Acesso em: 04 jan. 2021.

⁴²⁵ IRELAND. DATA PROTECTION COMMISSION. *Fundamentals for a child-oriented approach to data processing*, cit., p. 31 e ss.

de certa idade, devem ser tomadas medidas para garantir que os mecanismos de verificação de idade sejam eficazes. Se isso não puder ser feito pela organização, ela deve garantir que as medidas de proteção estejam em vigor para todos os usuários.⁴²⁶

Ressalta-se, ainda, o entendimento da DPC de que as organizações não devem realizar o *profiling* de crianças, tomar decisões automatizadas em relação a elas ou utilizar seus dados pessoais para fins de publicidade, a menos que possam demonstrar claramente como e por que isso é de seu melhor interesse. A fim de evitar qualquer dúvida, a DPC salienta que não considera que seja de seu melhor interesse anúncios ou sugestões automáticas para outros jogos, serviços, produtos, vídeos etc.⁴²⁷ Por fim, a regulamentação apresenta diversos padrões de *design* que podem ser utilizados para concretizar os fundamentos.

Em comparação com a regulamentação britânica, a autoridade irlandesa apresenta com mais detalhes diversas questões relacionadas a crianças no GDPR e, só ao final, apresenta padrões de *design* para a concretização dessas determinações. Por outro lado, no documento da ICO, o foco central é um detalhamento do *design* das tecnologias, tendo em vista que já se havia interpretado a aplicação do GDPR no que concerne a crianças em outras oportunidades.⁴²⁸ A segunda diferença estaria nos sujeitos abarcados pelos documentos.

⁴²⁶ IRELAND. DATA PROTECTION COMMISSION. Fundamentals for a child-oriented approach to data processing, cit., p. 43-44.

⁴²⁷ IRELAND. DATA PROTECTION COMMISSION. Fundamentals for a child-oriented approach to data processing, cit., p. 54.

⁴²⁸ Cf. UNITED KINGDOM. INFORMATION COMMISSIONER'S OFFICE. Children and the UK GDPR. Disponível em: <https://ico.org.uk/for-organisations/guide-to-data-protection/guide-to-the-general-data-protection-regulation-gdpr/children-and-the-uk-gdpr/>. Acesso em: 31 jan. 2021.

O *Children's Code* se aplica apenas a provedores de serviços da sociedade da informação, como já especificado, enquanto que os *Fundamentals* se aplicam a qualquer organização que trata dados de crianças.

Devido à grande importância da autoridade irlandesa, vez que a Irlanda é sede de várias das grandes empresas de tecnologia, esse documento representa um passo importantíssimo na definição de *standards* de proteção de direitos de crianças e deve ser utilizado, em conjunto com as outras regulamentações aqui apresentadas, como modelo a ser seguido em outros países.

3.3 OUTRAS INICIATIVAS

Para além das regulamentações vinculantes já adotadas pelas autoridades de proteção de dados do Reino Unido e da Irlanda, deve-se citar outras iniciativas que buscam identificar maneiras pelas quais os direitos de crianças e adolescentes podem ser implementados por *design*. A primeira que se destaca nesta matéria é a Designing for Children's Rights Association, cuja missão é desenvolver uma consciência sobre a importância de se considerar os direitos das crianças na criação de produtos e serviços.⁴²⁹ A associação criou o chamado *Designing for Children's Rights Guide*⁴³⁰, que traz dez orientações para que os direitos positivados na Convenção sobre os Direitos da Criança sejam incluídos no *design* das tecnologias. Apesar de serem menos detalhados do que aqueles apontados pelas autoridades britânica e irlandesa, são mais amplos no que

⁴²⁹ D4CR ASSOCIATION. Designing for Children's Rights: integrating children's rights into design & business process. Disponível em: <http://designingforchildrensrights.org/>. Acesso em: 4 jan. 2021.

⁴³⁰ D4CR ASSOCIATION. Designing for Children's Rights Guide. [s.l.]: D4CR Association, 2020. Disponível em: <https://childrensdesignguide.org/>. Acesso em: 04 jan. 2021.

se refere à proteção dos principais direitos das crianças no ambiente digital. Um exemplo emblemático seria a inclusão dos direitos à participação e a ser ouvido durante o processo de elaboração das tecnologias, algo que não é tão explorado pelas autoridades. Destaca-se que a associação não determina expressamente qual o público alvo dos princípios, todavia, percebe-se que o foco é, em sua maioria, o setor empresarial.

Deve-se destacar, ainda, a reforma da Lei de Proteção Juvenil alemã (*Jugendschutzgesetz – JuSchG*), aprovada no parlamento no início de março de 2021.⁴³¹ Ela inclui certos dispositivos na lei que buscam regular o *design* das tecnologias utilizadas por crianças e adolescentes. Exemplo claro é o § 10b, que dispõe sobre mídias que prejudicam o desenvolvimento de crianças e adolescentes. De acordo com o ponto 3 deste dispositivo, alguns dos aspectos que podem gerar risco a esse desenvolvimento seriam advindos de funções de comunicação e contato, funções de compra, mecanismos semelhantes a jogos de azar, mecanismos que promovem o uso excessivo da mídia, divulgação de dados a terceiros sem consentimento, apelos de compra adequados à idade, em particular por meio de publicidade em outras mídias.

Para contornar esses riscos, são criadas algumas obrigações como a implementação de mecanismos de verificação de idade, a disponibilização de termos de uso e políticas de privacidade em uma linguagem adequada a crianças e adolescentes, a existência de configurações padrão seguras e que limitem os riscos narrados a depender da idade, dentre outras. Ressalta-se,

⁴³¹ DEUTSCHLAND. Zweites Gesetz Zur Änderung Des Jugendschutzgesetzes, de 9 de abril de 2021. Bundesgesetzblatt Jahrgang 2021 Teil I Nr. 16, 15 abr. 2021. p. 742-749. Disponível em: [https://www.bgbl.de/xaver/bgbl/start.xav?startbk=Bundesanzeiger_BGBL&start=//*\[@attr_id=%27bgbl121s0742.pdf%27\]#__bgbl__%2F%2F*%5B%40attr_id%3D%27bgbl121s0742.pdf%27%5D__1619783657738](https://www.bgbl.de/xaver/bgbl/start.xav?startbk=Bundesanzeiger_BGBL&start=//*[@attr_id=%27bgbl121s0742.pdf%27]#__bgbl__%2F%2F*%5B%40attr_id%3D%27bgbl121s0742.pdf%27%5D__1619783657738). Acesso em: 20 abr. 2021.

ainda, que as crianças e os adolescentes serão representados em um conselho consultivo que será instalado no Bundesprüfstelle für jugendgefährdende Medien, onde também realizarão avaliações periódicas acerca da eficácia da lei.⁴³²

Por fim, outro documento bastante importante e recente é o *Code voor Kinderrechten*,⁴³³ elaborado pela Universidade de Leiden e pela Waag Technology & Society, em nome do Ministério do Interior e das Relações do Reino da Holanda. Neste código são apresentados dez princípios de *design* que devem ser observados no tratamento de dados de crianças e adolescentes. Além de princípios básicos, como a necessidade de se respeitar o melhor interesse, o direito à participação e a transparência, destaca-se neste código em específico a determinação para que se evite a qualquer custo a exploração econômica de crianças e adolescentes. Ressalta-se, ainda, a determinação para que, por padrão, não seja possível a criação de perfis por crianças e adolescentes, a não ser que esta ferramenta seja necessária para concretizar o seu melhor interesse. Apesar de não serem vinculantes, os dez princípios foram elaborados como uma forma de concretizar diversos dispositivos da legislação holandesa.

4. PROTEÇÃO DE DIREITOS DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES POR *DESIGN* NO BRASIL

Em seu art. 46, a LGPD apresenta a necessidade de os agentes de tratamento protegerem os dados dos titulares de qualquer tratamento inadequado ou ilícito. Seu §2º determina que isso

⁴³² CROLL, Jutta. New youth protection law in Germany: participation of children is a top priority. Media@LSE. [s.l.]. 12 mar. 2021. Disponível em: <https://blogs.lse.ac.uk/medialse/2021/03/12/new-youth-protection-law-in-germany-participation-of-children-is-a-top-priority/>. Acesso em: 10 abr. 2021.

⁴³³ CODE VOOR KINDERRECHTEN. 2021. Disponível em: <https://codevoorkinderrechten.nl/>. Acesso em: 31 mar. 2021.

deve ser observado desde a fase de concepção do produto ou serviço, o que positiva o princípio da privacidade e da proteção de dados por *design*. A previsão desse mecanismo pela lei é extremamente necessária para uma abordagem preventiva da proteção dos dados pessoais.⁴³⁴

É neste mesmo artigo (§1º) que a lei abre a possibilidade de a ANPD dispor sobre padrões técnicos mínimos para tornar aplicável o *caput*, considerando, a natureza das informações tratadas, as características específicas do tratamento e o estado atual da tecnologia. Portanto, sendo informações advindas de crianças e adolescentes, mais do que possível, é essencial a determinação pela autoridade de parâmetros mais concretos de proteção.

A partir disso e do que já foi discutido neste trabalho, inclusive levando-se em consideração a experiência internacional, buscar-se-á, nesta seção, sugerir uma agenda regulatória relacionada à proteção dos direitos de crianças por *design*, para além das regras já estabelecidas na LGPD, em especial em seu art. 14. Assim, considera-se que uma regulamentação advinda da ANPD acerca do tema deveria abranger, principalmente:

a) *Bases legais aplicáveis*: O art. 14 não regula especificamente a utilização de outras bases legais para o tratamento de dados de crianças e adolescentes, como já discutido. Nesse sentido, é imprescindível que a ANPD regulamente a matéria, proporcionando mais proteção e segurança jurídica, especialmente no que concerne à vedação das hipóteses autorizativas do legítimo interesse e da proteção ao crédito.

⁴³⁴ LEMOS, Ronaldo; BRANCO, Sérgio. Privacy by Design: conceito, fundamentos e aplicabilidade na LGPD. In: MENDES, Laura Schertel; DONEDA, Danilo; SARLET, Ingo Wolfgang; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; BIONI, Bruno. Tratado de proteção de dados pessoais. Rio de Janeiro: Forense, 2021. Cap. 22. p. 447-457.

Deve-se destacar, também, que o consentimento dado, seja pelos pais, seja pelos adolescentes, não é, de forma alguma, uma autorização para tratar dados de crianças e adolescentes como adultos. Também é necessário delimitar a interpretação do tratamento de dados para as finalidades de contato com os pais ou responsável legal e proteção presentes no art. 14, §3º, da LGPD.

b) *Alta privacidade e proteção de dados por padrão*: Deve ser tratada a mínima quantidade possível de dados para o fornecimento básico do produto ou serviço, de acordo com o art. 14, §4º, da LGPD. As configurações de privacidade padrão devem ser as mais protetivas possível e, no caso de modificação manual, devem voltar automaticamente ao padrão no próximo uso. Isso é especialmente importante no caso da geolocalização, que deve estar sempre desativada por padrão, exceto quando o serviço explicitamente necessite (como aplicações de mapas), situação na qual deve-se deixar bastante claro que este dado está sendo coletado. Ademais, o máximo de granularidade possível nessas configurações deve ser disponibilizada, fornecendo a possibilidade de se desativar serviços da aplicação que a criança ou o adolescente não estejam utilizando, a fim de limitar os dados tratados.

c) *Relatório de impacto*: No desenvolvimento de tecnologias que têm o potencial de impactar crianças e adolescentes, é essencial que se realize um relatório de impacto a seus direitos, em especial à proteção de dados. Essa necessidade advém, especialmente, do próprio princípio do melhor interesse, que deve ser interpretado também como regra de procedimento. Isso quer dizer que, em um processo de tomada de decisão que envolva uma criança, um grupo de crianças ou as crianças

em geral deve-se sempre incluir uma avaliação do possível impacto (positivo ou negativo) da decisão sobre ela(s).⁴³⁵

d) *Segurança de dados*: Deve-se adotar os melhores padrões de segurança possível para o tratamento de dados de crianças e adolescentes, cuidando para a não elaboração de *designs* perigosos, como aqueles que facilitam o acesso a dados de crianças e adolescentes ou o seu vazamento. Exemplos seriam

⁴³⁵ UN COMMITTEE ON THE RIGHTS OF THE CHILD. 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). UN Doc CRC/C/GC/14. [s.l.], 2013. Disponível em: https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC%2fC%2fGC%2f14&Lang=en. Acesso em: 04 jan. 2021; UN COMMITTEE ON THE RIGHTS OF THE CHILD. General Comment n.º 5: General measures of implementation of the Convention on the Rights of the Child (arts. 4, 42 and 44, para. 6). UN Doc CRC/GC/2003/527. [s.l.], 2003. Disponível em: <https://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d%2FPPrICAqhKb7yhsiQql8gX5Zxh0cQqSRzx6Zd2%2F-QRsDnCTcaruSeZhPr2vUevjbn6t6GSi1fheVp%2Bj5HTLU2Ub%2FPZZtQWn-OjExFVnWuhiBbqgAj0dWBoFGbK0c>. Acesso em: 04 jan. 2021.

o uso de criptografia,⁴³⁶ a separação de seus dados em relação aos dados de adultos, o processamento de dados no próprio aparelho e não na nuvem, dentre outras possibilidades que devem estar adequadas ao estado da arte da tecnologia atual.

e) *Não proibição do uso do produto ou serviço por crianças e adolescentes:* Crianças e adolescentes não devem ser simplesmente banidos da utilização do produto ou serviço ou terem sua experiência prejudicada, devendo, sempre que

⁴³⁶ Deve-se destacar a recente polêmica envolvendo o Facebook e sua intenção de implementar criptografia de ponta a ponta em seus serviços de mensagens, o que, de acordo com algumas instituições, teria o potencial de impedir investigações acerca da circulação de material de exploração sexual infantil. Em fevereiro de 2021, a Comissão Europeia inclusive lançou uma consulta sobre seu novo plano de lidar com esses materiais e ele incluiria medidas para obrigar provedores de serviços online a detectá-los e relatá-los às autoridades competentes. Um vazamento deste plano, em 2020, gerou um pronunciamento da Global Encryption Coalition, que discute como esse raciocínio é falacioso e a criptografia é essencial para a segurança digital e a garantia de direitos humanos, inclusive de crianças e adolescentes. (HERN, Alex. Facebook admits encryption will harm efforts to prevent child exploitation. *The Guardian*. [s.l.]. 21 jan. 2021. Disponível em: <https://www.theguardian.com/technology/2021/jan/21/facebook-admits-encryption-will-harm-efforts-to-prevent-child-exploitation>. Acesso em: 27 mar. 2021; EUROPEAN COMMISSION. Fighting child sexual abuse: detection, removal and reporting of illegal content online. 2021. Disponível em: <https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12726-Child-sexual-abuse-online-detection-removal-and-reporting-/public-consultation>. Acesso em: 27 mar. 2021; GLOBAL ENCRYPTION COALITION. Breaking Encryption Myths. 2020. Disponível em: <https://www.globalencryption.org/2020/11/breaking-encryption-myths/>. Acesso em: 27 mar. 2021.) Ressalta-se, porém, a diretriz do Comitê sobre os Direitos da Criança sobre o tema: “[q]uando a criptografia for considerada um meio apropriado, Estados Partes devem considerar medidas apropriadas que permitam a detecção e denúncia de exploração e abuso sexual de crianças ou material sobre abuso sexual de crianças. Essas medidas devem ser estritamente limitadas de acordo com os princípios de legalidade, necessidade e proporcionalidade.” (COMITÊ SOBRE OS DIREITOS DA CRIANÇA. Comentário Geral No. 25 (2021) sobre os Direitos das Crianças em relação ao ambiente digital. UN Doc CRC/C/GC/25. [s.l.], 2021. Tradução não oficial do Instituto Alana do inglês para o português. Disponível em: <https://criancaconsumo.org.br/wp-content/uploads/2021/04/comentario-geral-n-25-2021.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2021, para. 70.)

possível, ser criados espaços que estejam de acordo com o seu melhor interesse. Nos casos em que essa proibição seja, de fato, necessária, é preciso estabelecer mecanismos que garantam o seu não acesso, não bastando apenas a existência da proibição nos termos de uso.⁴³⁷

f) *Verificação da idade*: É imprescindível que os produtos ou serviços que tratem dados pessoais saibam quem costuma utilizá-los, a fim de estabelecer os padrões de proteção mais rigorosos quando crianças e adolescentes possam acessá-los. Caso não seja possível determinar a idade dos usuários que os utilizam, é imprescindível estabelecer uma base de proteção para todos os que os acessam, inclusive para adultos, baseada no melhor interesse. É necessário que a autoridade também regulamente os limites da coleta de dados, seja para o caso

⁴³⁷ Exemplo dramático dessa situação ocorreu recentemente com a morte de uma menina italiana, após suposta participação no Blackout Challenge no TikTok — desafio que consiste em permanecer o maior tempo possível sem respirar até perder a consciência. A Autoridade de Proteção de Dados italiana proibiu a rede social de continuar a processar dados de usuários de cuja idade não tem certeza, o que violaria as disposições relacionadas ao tratamento de dados de crianças e adolescentes no país. O órgão já tinha aberto, inclusive, um procedimento contra o TikTok em dezembro, alegando falta de atenção à proteção de crianças com críticas quanto à facilidade com que elas conseguem se cadastrar na plataforma. (ITALY blocks TikTok for certain users after death of girl allegedly playing 'choking' game. The Guardian. [s.l.]. 23 jan. 2021. Disponível em: <https://www.theguardian.com/world/2021/jan/23/italy-blocks-tiktok-for-certain-users-after-death-of-girl-allegedly-playing-choking-game>. Acesso em: 16 fev. 2021; ITÁLIA. GARANTE PER LA PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI. Tik Tok: dopo il caso della bimba di Palermo, il Garante privacy dispone il blocco del social. 2021. Disponível em: <https://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/9524224>. Acesso em: 12 fev. 2021. ITÁLIA. GARANTE PER LA PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI. Tik Tok, a rischio la privacy dei minori: il Garante avvia il procedimento contro il social network, il Garante privacy dispone il blocco del social. 2021. Disponível em: <https://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/9508923>. Acesso em: 12 fev. 2021.)

de verificação da idade para implementação de padrões mais protetivos, seja para a verificação do consentimento válido.⁴³⁸

g) *Perfilamento e decisões automatizadas*: os controladores de dados não devem tratar dados de crianças e adolescentes para perfilamento e decisões automatizadas, a não ser que isto esteja comprovadamente de acordo com o melhor interesse, especialmente se isto estiver relacionado a interesses comerciais.⁴³⁹ Para além de situações mais óbvias como a

⁴³⁸ Destaca-se a recente publicação da 5Rights Foundation que propõe 11 padrões a serem respeitados quando se trata de verificação de idade no ambiente digital: “1. A verificação da idade deve preservar a privacidade; 2. A verificação da idade deve ser proporcional ao risco e ao propósito; 3. A verificação da idade deve ser fácil para a criança utilizar; 4. A verificação da idade deve melhorar as experiências das crianças, não apenas restringi-las; 5. Provedores de verificação de idade devem oferecer um alto nível de segurança; 6. Provedores de verificação de idade devem oferecer caminhos para contestar e corrigir; 7. A verificação da idade deve ser acessível e inclusiva; 8. A verificação da idade deve ser transparente e responsável; 9. A verificação da idade deve antecipar que as crianças nem sempre dizem a verdade; 10. A verificação da idade deve seguir os padrões acordados; 11. A verificação da idade deve respeitar direitos” (5RIGHTS FOUNDATION.. ‘But how do they know it is a child?’: age assurance in the digital world. [s.l.], 2021. Disponível em: <https://5rightsfoundation.com/in-action/but-how-do-they-know-it-is-a-child-age-assurance-in-the-digital-world.html>. Acesso em: 31 mar. 2021, tradução nossa.) Cf., também, DAY, Emma. Digital Age Assurance Tools and Children’s Rights Online across the Globe: a discussion paper. [s.l.]: United Nations Children’s Fund (UNICEF), 2021. Disponível em: <https://www.unicef.org/media/97461/file/Digital%20Age%20Assurance%20Tools%20and%20Children%E2%80%99s%20Rights%20Online%20across%20the%20Globe.pdf>. Acesso em: 9 maio 2021.

⁴³⁹ “Estados Partes devem proibir por lei o perfilamento ou publicidade direcionada para crianças de qualquer idade para fins comerciais com base em um registro digital de suas características reais ou inferidas, incluindo dados grupais ou coletivos, publicidade direcionada por associação ou perfis de afinidade. As práticas que dependem de neuromarketing, análise emocional, publicidade imersiva e publicidade em ambientes de realidade virtual e aumentada para promover produtos, aplicações e serviços, também devem ser proibidas de se envolver direta ou indiretamente com crianças.” (COMITÊ SOBRE OS DIREITOS DA CRIANÇA. Comentário Geral No. 25 (2021) sobre os Direitos das Crianças em relação ao ambiente digital, cit., para. 42.)

publicidade direcionada⁴⁴⁰, deve-se citar, também, o tratamento de dados por *data brokers*⁴⁴¹ e agências de análise de crédito. Nesse sentido, devem ser desativadas por padrão tecnologias que facilitam o rastreamento e o perfilamento, como *cookies*, presentes em *sites*, aplicativos ou brinquedos conectados. Deve-se evitar, também, ao máximo a possibilidade de criação de perfis, por crianças e adolescentes em *sites* e aplicativos, facilitando a utilização de forma anônima sempre que possível. Caso seja essencial para o melhor interesse que o perfilamento ou decisões automatizadas sejam aplicados, é imprescindível a definição de salvaguardas robustas para a proteção dos direitos de crianças e adolescentes e que esse caminho de balanceamento de direitos seja registrado em relatório de impacto.

h) *Técnicas de nudge e designs abusivos*: técnicas de *nudge* e *designs* abusivos, que se aproveitam das vulnerabilidades humanas e incentivam de maneira geral o compartilhamento desnecessário de dados devem ser proibidas.⁴⁴² Além disso,

⁴⁴⁰ Deve-se destacar que a publicidade direcionada a crianças é considerada abusiva no Brasil, a partir da interpretação dos artigos 36, 37 e 39, do Código de Defesa do Consumidor, e da Resolução 163, do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (CONANDA).

⁴⁴¹ Cf. SHERMAN, Justin. Data Brokers Are a Threat to Democracy. Wired. [s.l.]. 13 abr. 2021. Disponível em: <https://www.wired.com/story/opinion-data-brokers-are-a-threat-to-democracy/>. Acesso em: 15 abr. 2021.

⁴⁴² Além das regulações já citadas neste trabalho, deve-se destacar que o Artificial Intelligence Act, proposta de regulação de Inteligência Artificial (IA) da União Europeia estabelece, na lista de IA proibidas, aquelas “que têm um potencial significativo de manipular pessoas através de técnicas subliminares para além de sua consciência ou explorar vulnerabilidades de grupos vulneráveis específicos, como crianças ou pessoas com deficiência, a fim de distorcer materialmente seu comportamento de uma maneira que possa causar a eles ou a outra pessoa dano psicológico ou físico” (EUROPEAN COMMISSION. Proposal for a Regulation laying down harmonised rules on artificial intelligence (Artificial Intelligence Act). [s.l.], 2021. Disponível em: <https://ec.europa.eu/newsroom/dae/items/709090>. Acesso em: 1 maio 2021, p 12-13, tradução nossa.

deve-se incluir também a proibição de *designs* e tratamento de dados para manter usuários engajados com a tecnologia o maior tempo possível (exemplos seriam os chamados *loops* de recompensa, *feeds* infinitos ou rolagem de tela contínua, notificações abusivas e recursos de reprodução automática).⁴⁴³

i) *Designs enganosos e boa-fé*: A tecnologia deve refletir todas as promessas feitas por seu desenvolvedor na comunicação com os usuários, seja em seus termos de uso ou políticas de privacidade, em *pop-ups* que aparecem ao longo da interação com a aplicação, ou mesmo na própria interface da aplicação que passa uma mensagem ao usuário (como a existência de cadeados, que dão a impressão de mais segurança).

j) *Biometria*: Deve-se evitar ao máximo o tratamento de dados biométricos de crianças e adolescentes, vez que são dados sensíveis e que seu tratamento pode apresentar um risco agravado devido à criação de identificadores únicos e à impossibilidade de modificação, no caso de vazamento ou tratamento inadequado.

k) *Linguagem acessível e transparência*: A transparência em relação ao tratamento de dados deve ser a mais ampla possível, em todos os estágios. As informações devem estar dispostas de uma maneira fácil e clara, com linguagem acessível, levando-se em consideração a evolução da capacidade das crianças, conforme o aumento de sua idade, bem como as

⁴⁴³ O custo deste tipo de design para crianças e adolescentes é extremamente alto. Para além da problemática relacionada à privacidade e à proteção de dados, já amplamente desenvolvida neste trabalho, a demanda contínua das tecnologias por atenção causa ansiedade, agressão social, prejuízo a relacionamentos, privação de sono e impacto em sua educação, saúde e bem-estar (KIDRON, Baroness; EVANS, Alexandra; AFIA, Jenny. *Disrupted Childhood: the cost of persuasive design*. [s.l.]: 5Rights Foundation, 2018. Disponível em: <https://5rightsfoundation.com/static/5Rights-Disrupted-Childhood.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2021.)

necessidades especiais de pessoas com deficiência, seguindo o disposto no art. 14, §6º, da LGPD.

l) *Controle parental*: Apesar da importância da criação de mecanismos de controle parental, é imprescindível que estes estejam de acordo com o melhor interesse e sejam proporcionais à finalidade a ser alcançada e à idade do tutelado. A existência de espaços privados em relação aos pais é essencial para o desenvolvimento saudável da personalidade, da criatividade e da autonomia e eles devem aumentar conforme o desenvolvimento das capacidades. Assim, é necessário incentivar a criação de mecanismos de controle não abusivos e que sempre sinalizem de forma clara às crianças e aos adolescentes que seus pais podem acessar suas atividades.

m) *Privacidade interpessoal*: é imprescindível a criação de ambientes saudáveis, que garanta a crianças e adolescentes o controle de suas informações no âmbito interpessoal, impedindo que estranhos as contatem e que seja possível, de maneira fácil e mais protetiva por padrão, determinar o contexto e o público para o qual determinada informação será divulgada. É importante limitar ao máximo a audiência que interage com os dados de crianças e adolescentes, levando-se sempre em consideração a sua idade (por exemplo, quem pode ver seu nome, entrar em contato etc.).

n) *Exercício dos direitos previstos na LGPD*: Apesar de serem vulneráveis e estarem em desenvolvimento, crianças e adolescentes são titulares de dados e a eles deve ser facilitado o exercício de seus direitos enquanto tal. Assim, devem poder exercer seus direitos diretamente ou com assistência ou representação de seus pais ou responsáveis legais e isto deve estar sempre de acordo com seu melhor interesse. Tendo em vista que a idade, em si, não costuma ser um marco adequado

para a determinação de capacidades, devido às diferenças de desenvolvimento individuais, o ideal é a análise de capacidade caso a caso, a depender de fatores como o contexto, o tipo de requerimento etc.⁴⁴⁴ Independentemente do resultado dessa análise, isso deve ser comunicado ao titular ou a seus responsáveis, a fim de que estes possam exercer o direito em seu nome, caso seja necessário. Essa regulamentação é essencial para dar concretude ao art. 14, §2º, da LGPD⁴⁴⁵.

o) *Compartilhamento de dados com terceiros*: O compartilhamento de dados é um dos fatores que mais afeta a autodeterminação informativa, vez que obriga os titulares a saberem das práticas de privacidade e proteção de dados de terceiros e os fazem perder, mais e mais, o controle sobre suas informações. Considerando-se a prioridade absoluta da concretização dos direitos de crianças, é imprescindível que o compartilhamento de dados com terceiros seja vedado, a menos que seja essencial para a concretização de seu melhor interesse e esse balanceamento esteja registrado em relatório de impacto.

⁴⁴⁴ A autoridade irlandesa lista alguns fatores não exaustivos que podem ser levados em consideração para a análise dessa capacidade em específico: a idade e maturidade da criança; o tipo de pedido; o contexto para o processamento e o tipo de serviço oferecido pelo controlador (por exemplo, plataforma de mídia social, relação médico-paciente, plataforma de compras online, etc.); o tipo de dados pessoais em questão; se se permitir que o titular exerça seus direitos de proteção de dados por conta própria é de seu melhor interesse; se o titular está procurando exercer seus direitos com a assistência/participação/conhecimento de um pai/responsável ou terceiro/advogado especialista (IRLANDA. DATA PROTECTION COMMISSION. Fundamentals for a child-oriented approach to data processing, cit., p. 34.)

⁴⁴⁵ Art. 14, § 2º, da LGPD: "No tratamento de dados de que trata o § 1º deste artigo, os controladores deverão manter pública a informação sobre os tipos de dados coletados, a forma de sua utilização e os procedimentos para o exercício dos direitos a que se refere o art. 18 desta Lei." (BRASIL. Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018, cit.)

CONCLUSÃO

A partir de premissas como a insuficiência da LGPD para a proteção e a promoção do melhor interesse e a necessidade de um controle coletivo de dados pessoais, especialmente dos mais vulneráveis, este trabalho buscou compreender como a regulamentação do *design* poderia ser implementada no contexto brasileiro. Ao se compreender o poder de modificação de comportamentos detido pela arquitetura das tecnologias, percebeu-se que esta é uma força que não pode ser desprezada e deve ser regulamentada a fim de que não comprometa os objetivos e princípios estabelecidos na LGPD e em legislações de proteção de crianças e adolescentes.

A proposta de agenda regulatória para a ANPD, elaborada na última seção, é apenas uma sugestão de pontapé inicial para a regulamentação do tema e considera-se que os pontos levantados devem valer para todos aqueles que tratam dados de crianças e adolescentes no Brasil. Além da análise do que já está disponível internacionalmente, é preciso considerar, prioritariamente, o contexto do Brasil, nação do Sul Global e de capitalismo periférico, que ainda enfrenta diversos desafios muitas vezes não vislumbrados por países como Reino Unido, Irlanda e Holanda, como, por exemplo, a dificuldade no acesso a tecnologias e falta de uma estratégia institucional para educação digital.

Assim, é essencial que a regulamentação desse tema seja feita de forma democrática, aberta e transparente, com consultas públicas e tomadas de subsídio de todos os setores, mas, em especial, fazendo valer o direito de participação de crianças e adolescentes, os mais afetados neste processo, assim como foi feito no recente e festejado Comentário nº 25, do Comitê sobre os Direitos da Criança. Para além disso, é preciso que a atuação da ANPD incentive essa participação em todo

o processo de elaboração de tecnologias e também novos modelos de negócios que estejam alinhados à promoção dos direitos de crianças e adolescentes.

Por fim, é também papel da autoridade o incentivo à criação de programas de educação digital para crianças, adolescentes e adultos, de modo que todos possam compreender melhor como navegar com segurança e como as tecnologias funcionam política e economicamente, garantindo as informações necessárias para a exigência de seus direitos.⁴⁴⁶

Essa análise pormenorizada da temática pela ANPD é extremamente importante para trazer segurança jurídica aos agentes de tratamento, tendo em vista as diversas interpretações possíveis para os temas abordados neste trabalho. Ademais, uma regulamentação consentânea com a doutrina da proteção integral e com a promoção do melhor interesse é essencial para proteger crianças e adolescentes da datificação, permitindo que eles possam desenvolver sua personalidade e autonomia sem a vigilância e sem o escrutínio desnecessário de empresas e governos.

⁴⁴⁶ “Junto com a construção da privacidade nas tecnologias digitais, crianças e adolescentes precisam de habilidades operacionais e habilidades cognitivas e sociais para usar as tecnologias de maneira cuidadosa, ética e segura. A educação digital pode prevenir o comportamento online prejudicial em sua fonte. Há um amplo consenso, inclusive entre as crianças, de que a educação digital pode construir sua segurança e autonomia online, especialmente devido às idades cada vez mais jovens em que as crianças se conectam e as dificuldades dos pais em fornecer um suporte eficaz. As soluções técnicas e a educação digital por si só, no entanto, são insuficientes sem uma ação rigorosa e sustentada dos Estados para abordar as desigualdades estruturais e garantir a privacidade, a proteção de dados e a segurança das crianças. Há um espaço considerável para os Estados investirem em melhores parcerias com a sociedade civil, indústria, academia e crianças para co-construir soluções como protótipos.” (UNITED NATIONS. Artificial intelligence and privacy, and children’s privacy, cit., para. 124-125, tradução nossa.)

O PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE NO AMBIENTE DIGITAL

Ana Carolina Brochado Teixeira⁴⁴⁷
Anna Cristina de Carvalho Rettore⁴⁴⁸

1 INTRODUÇÃO.

O uso das tecnologias, principalmente a internet – inclusive por crianças e adolescentes – tem crescido substancialmente. O que há algum tempo era algo distante, nos tempos atuais se tornou um componente natural da vida social: “antigamente, para acessar a rede, ia-se a algum lugar: para casa, para o trabalho ou para uma *lan-house*. Hoje, a internet está em todo lugar”.⁴⁴⁹ As tecnologias estão em nosso cotidiano, marcando as mais variadas atividades, tais como a utilização de serviços

⁴⁴⁷ Doutora em Direito Civil pela UERJ. Mestre em Direito Privado pela PUC Minas. Coordenadora da Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil. Professora de Direito Civil do Centro Universitário UNA. Advogada.

⁴⁴⁸ Mestre em Direito Privado pela PUC Minas. Advogada.

⁴⁴⁹ SOUZA, Carlos Affonso. Introdução. O futuro foi reprogramado: como a tecnologia está transformando as leis, a política e os relacionamentos. Rio de Janeiro: Obliq, 2018.

bancários *on-line*, ensino à distância, a comunicação virtual permite a aproximação de pessoas, entre outros.⁴⁵⁰

É por isso exigida especial atenção dos pais, detentores do dever de cuidado e responsáveis pela assistência, criação e educação dos filhos, especialmente no atual momento, no qual se identifica o aumento do acesso pela população nessa faixa etária à internet.

A pesquisa TIC Kids Online Brasil é realizada anualmente, e vem apontando constante tendência de crescimento no acesso à internet por crianças e adolescentes. Em 2019, os dados indicam que 89% da população brasileira entre 9 e 17 anos utiliza internet (em 2015, a proporção era de 79%),⁴⁵¹ sendo que 68% fazem uso de redes sociais,⁴⁵² de modo a não deixar dúvidas sobre a necessidade e urgência de que haja uma tutela efetiva para essa camada da população.

⁴⁵⁰ “[...] as tecnologias ampliam os horizontes da iniciativa privada. Parece não haver mais limites para as pretensões humanas. Alteram-se radicalmente os ofícios, as profissões, os centros de interesse, os bens jurídicos. A velha máquina de escrever deu lugar ao computador, tal como se tornam obsoletos, a cada dia, versões ultrapassadas de aparelhos eletrônicos ou aplicativos. Desse modo, as novas possibilidades tecnológicas transformam a teoria dos bens, a partir dos novos centros de interesse que suscitam a incidência jurídica nos espaços de liberdade privada. Tal constatação exige que o intérprete não se atenha a paradigmas ultrapassados, e que, a despeito de eventual identidade estrutural ou material de antigas e novas determinadas situações jurídicas, há de compreender qual a função efetivamente desempenhada pelo bem jurídico a partir dos interesses tutelados” (TEPEDINO, Gustavo. *Liberdades, tecnologia e teoria da interpretação*. Revista Forense, v. 110, n. 419, p. 77–96, jan./jun., 2014)

⁴⁵¹ NÚCLEO DE INFORMAÇÃO E COORDENAÇÃO DO PONTO BR. TIC Kids Online Brasil 2019. São Paulo: Comitê Gestor da Internet no Brasil, 2020. Disponível em: https://cetic.br/media/docs/publicacoes/2/20201123093344/tic_kids_online_2019_livro_eletronico.pdf. Acesso em 5 abr. 2021, p. 73. Acesso em 5 abr. 2021, p. 73.

⁴⁵² NÚCLEO DE INFORMAÇÃO E COORDENAÇÃO DO PONTO BR. TIC Kids Online Brasil 2019, cit., p. 24.

Segundo a pesquisa, “a frequência de acesso varia de acordo com a classe social e com o fato de a criança ou adolescente residir ou não em um domicílio com acesso à rede. O uso da Internet mais de uma vez por dia nas classes A/B (89%) e C (81%) foi superior ao das classes D/E (64%)”. Todos esses índices são elevados, indicando a intensidade da presença do jovem na internet.⁴⁵³ Paralelamente, no entanto, os dados apontam que apenas “55% das crianças têm pais que verificavam os amigos ou contatos adicionados às suas redes; 51% que verificavam os seus e-mails; 50% o histórico de registro dos sites visitados e 48% suas redes sociais”.⁴⁵⁴ E ressalte-se: são dados anteriores à pandemia, na qual a utilização dos meios digitais aumentaram expressivamente.

A atuação de crianças e adolescentes no ambiente virtual se dá das mais variadas formas: jogos, brinquedos conectados, uso de aplicativos e programas, comunicação por mensagem, áudio e vídeo, aulas *online*, interface com inteligência artificial em *chatbots*, afora as já conhecidas redes sociais, entre outros.

A vivência de crianças e adolescentes nesse ambiente envolve a exposição dos mais diversos aspectos de personalidade: sua imagem, intimidade e dados pessoais.⁴⁵⁵ Conquanto tais exposições já fossem possíveis com fotografias, vídeos, publicações em revistas, jornais, televisão, cartas, telefonemas, cadastros... o controle desses dados passou a ser ainda mais

⁴⁵³ NÚCLEO DE INFORMAÇÃO E COORDENAÇÃO DO PONTO BR. TIC Kids Online Brasil 2019, cit., p. 72.

⁴⁵⁴ NÚCLEO DE INFORMAÇÃO E COORDENAÇÃO DO PONTO BR. TIC Kids Online Brasil 2019, cit., p. 83.

⁴⁵⁵ Anderson Schreiber classifica a privacidade em dois pilares: intimidade e proteção de dados. A intimidade está relacionada aos fatos da vida privada. No âmbito da proteção de dados, a privacidade se volta às informações inerentes à pessoa enquanto membro de uma sociedade, podendo se apresentar de múltiplos modos. (SCHREIBER, Anderson. Direitos da personalidade. São Paulo: Atlas, 2011, p. 131)

importante, tanto pela potencialização da exposição quanto pelo aumento substancial da expectativa da privacidade, com senhas, *lds*, códigos, etc... tudo isso necessário para se navegar no ambiente digital.

Se por um lado tais exposições não se diferenciam daquelas possíveis fora do ambiente digital e às quais há muito já estamos habituados – com uma maior expectativa de privacidade, insista-se –, por outro, não se pode negar que o meio eletrônico potencializa enormemente a proporção dos efeitos danosos, da possibilidade de vigilância e eterniza informações na internet. O que antes, na maior parte dos casos, restringia-se em uma comunidade cujos limites eram fisicamente definidos em número de pessoas, tempo e espaço, passa a abranger uma comunidade virtual que desconhece esses limites. Por isso, justifica-se uma preocupação específica voltada às condutas no ambiente digital que tangenciem os direitos infanto-juvenis.

Ao lado disso, Stefano Rodotà desenvolve um conceito de privacidade ligado ao controle das próprias informações.⁴⁵⁶ Isso significa que, enquanto crianças e adolescentes não têm condições de por si só gerenciarem as informações na Rede, são os pais quem deverão fazê-lo por eles e auxiliá-los no desenvolvimento de sua independência nessa seara. É do acentuado crescimento da vivência virtual de crianças e adolescentes e, por conseguinte, da implicação de tal vivência em seus direitos e seu desenvolvimento, que decorre a preocupação com a efetivação do princípio do melhor interesse também no ambiente digital.

⁴⁵⁶ RODOTÀ, Stefano. A vida na sociedade de vigilância: privacidade hoje. Organização, seleção e apresentação de Maria Celina Bodin de Moraes. Trad. Danilo Doneda e Luciana Cabral Doneda. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 15.

2. O PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE: *STANDARDS* DE INTERPRETAÇÃO SEGUNDO A JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Crianças e adolescentes receberam proteção especial pelo ordenamento jurídico brasileiro, em decorrência das conquistas infantojuvenis do século XX, período em que se verificou a necessidade de um olhar diferenciado para essa camada da população, em razão de suas características específicas.

O ponto de partida foi o direito internacional, notadamente a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, que dedicou à infância a garantia de uma proteção social (art. 25,2). Mas foi a Declaração dos Direitos da Criança, de 1959, que determinou, pela primeira vez, que a criança fosse tratada como sujeito de direito e destinatária de prioridade absoluta.⁴⁵⁷ Seu princípio 7º, 2, determinou que: “Os melhores interesses da criança serão a diretriz a nortear os responsáveis pela sua educação e orientação; esta responsabilidade cabe, em primeiro lugar, aos pais”. Essa foi a marca da declaração!

A Convenção Internacional dos Direitos da Criança, datada de 1989, foi ratificada pelo Brasil por meio do Decreto n. 99.710/1990 e foi o grande marco em prol dos direitos da criança. Fixou, no art. 3º, 1, que “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

⁴⁵⁷ “1. A criança gozará todos os direitos enunciados nesta Declaração. 2. Todas as crianças, absolutamente sem qualquer exceção, serão credoras destes direitos, sem distinção ou discriminação por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento ou qualquer outra condição, quer sua ou de sua família”

melhor interesse da criança".⁴⁵⁸ O Comentário Geral nº 14 do Comitê sobre os Direitos da Criança interpreta esse dispositivo da Convenção e discute o significado do superior interesse. Ele terá implicações nos mais variados aspectos da vida da criança e do adolescente, como "a) Na elaboração de todas as medidas de aplicação adotadas pelos governos; (b) Nas decisões individuais das autoridades judiciais ou administrativas ou de entidades públicas através dos seus agentes, relacionadas com uma ou mais crianças individualizadas; (c) Nas decisões tomadas por entidades da sociedade civil e do sector privado, incluindo organizações com e sem fins lucrativos, que prestam serviços que se relacionam ou têm impacto sobre as crianças; (d) Nas diretrizes relativas a ações realizadas por pessoas que trabalham com e para as crianças, incluindo os pais e os prestadores de cuidados".⁴⁵⁹

Ao lado da Convenção, já estava em vigor no Brasil a Constituição de 1988, que significou expressiva inovação no tratamento dos direitos infantojuvenis, tanto pelo sistema de direitos fundamentais que colocou a pessoa humana concreta no centro do sistema jurídico, como em razão da dicção do art. 227 da Constituição Federal. O coroamento desse novo

⁴⁵⁸ "Com o advento da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, que adotou a doutrina da proteção integral, foram modificados profundamente os paradigmas orientadores acerca dos fatores a serem considerados quando da prolação de decisões que envolvem temáticas referentes à infância e juventude, adotando-se, a partir de então, o princípio do melhor interesse da criança." (STJ, 4ª. T., REsp 1449560/RJ, Rel. Min. Marco Buzzi, julg, 19/08/2014, DJe 14/10/2014)

⁴⁵⁹ COMITÊ SOBRE OS DIREITOS DA CRIANÇA. Comentário Geral No. 14 (2013) sobre o direito da criança a que o seu interesse superior seja primordialmente tido em conta (artigo 3.º, parágrafo 1). UN Doc CRC/C/GC/14. [s.l.], 2013. Tradução não oficial da Comissão Nacional de Promoção dos Direitos e Proteção das Crianças e Jovens de Portugal do inglês para o português. Disponível em: https://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/pdf/cdc_com_geral_14.pdf. Acesso em 26 maio. 2021, p. 11-12.

sistema de proteção ocorreu no Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, um dos instrumentos legislativos mais avançados do mundo que condensou e direcionou toda a aplicação dos direitos fundamentais das pessoas menores de idade.⁴⁶⁰

Em termos de avanço de direitos infantojuvenis, nota-se um importante tripé:

1. a) doutrina da proteção integral, que está arraigada nos dispositivos da Constituição de 1988 e sustenta que a criança e o adolescente têm direitos específicos que deverão ser tutelados pelo Estado, família e sociedade, constituindo-se um dever social.⁴⁶¹
2. b) prioridade absoluta, conforme expressa dicção do art. 227 da Constituição Federal, que se deve ao fato da condição especial de serem pessoas em desenvolvimento, cuja personalidade deve ser promovida, mediante a garantia do exercício de direitos fundamentais, consoante dicção do art. 6º do ECA.⁴⁶²

⁴⁶⁰ “Em cumprimento ao comando constitucional, sobreveio a Lei 8.069/90 - reconhecida internacionalmente como um dos textos normativos mais avançados do mundo -, que adotou a doutrina da proteção integral e prioritária como vetor hermenêutico para aplicação de suas normas jurídicas, a qual, sabidamente, guarda relação com o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, que significa a opção por medidas que, concretamente, venham a preservar sua saúde mental, estrutura emocional e convívio social.” (STJ, 4ª T., REsp 1587477/SC, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julg. 10/03/2020, DJe 27/08/2020)

⁴⁶¹ PEREIRA, Tânia da Silva. “O melhor interesse da criança”. In: PEREIRA, Tânia da Silva (coord.). O melhor interesse da criança: uma abordagem interdisciplinar. Rio de Janeiro: Renovar, p. 14.

⁴⁶² “Art. 6º. Na interpretação desta Lei levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento”.

3. c) princípio do melhor interesse, que tem origem na Inglaterra, no século XIV, quando o Rei e a Coroa tinham a prerrogativa de proteger pessoas incapazes e suas propriedades (*parens patriae*). No século XVIII, esse instituto teve seu conteúdo diferenciado para proteger crianças e loucos.⁴⁶³ A evolução do conteúdo do princípio passou por políticas públicas que diferenciasssem crianças e adolescentes, da concepção de que, em caso de separação dos pais, a mãe era a pessoa mais adequada para cuidar da criança até chegar na ideia de que o melhor para os filhos, *a priori*, é a guarda compartilhada entre os pais. Nota-se que a análise do melhor interesse da população infanto-juvenil deve ser feita à luz das condições fáticas vividas pela criança e adolescente, pois seu conteúdo é “flexível e adaptável”.⁴⁶⁴

Segundo Tânia da Silva Pereira, “a aplicação do princípio do *Best Interest* permanece como um padrão, considerando, sobretudo, as necessidades da criança em detrimento dos interesses de seus pais, devendo realizar-se sempre uma análise do caso concreto”.⁴⁶⁵ Portanto, é o caso concreto que estabelecerá o conteúdo do princípio, mas a diretriz é sempre no sentido de se buscar preservar o bem-estar da criança, de forma a proporcionar-lhe um crescimento biopsíquico

⁴⁶³ PEREIRA, Tânia da Silva. “O melhor interesse da criança”, cit., p. 2.

⁴⁶⁴ “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. Nas decisões individuais, o interesse superior da criança deve ser avaliado e determinado à luz das circunstâncias específicas da criança em particular.” (COMITÊ SOBRE OS DIREITOS DA CRIANÇA. Comentário Geral No. 14 (2013) sobre o direito da criança a que o seu interesse superior seja primordialmente tido em conta (artigo 3.º, parágrafo 1), cit., p. 17)

⁴⁶⁵ PEREIRA, Tânia da Silva. “O melhor interesse da criança”, cit., p. 3.

saudável e tutelar adequadamente sua personalidade. Por isso, casuisticamente, é necessário elencar os elementos mais relevantes, determinar seu conteúdo concreto e ponderar sua importância em relação aos demais dados, a fim de se aquilatar os procedimentos com vistas a assegurar a implementação das garantias legais.⁴⁶⁶

O grande desafio é estabelecer parâmetros hermenêuticos para a aplicação do princípio, em razão do risco de uma carga subjetiva do magistrado no momento da decisão.⁴⁶⁷ A fim de verificar como o Superior Tribunal de Justiça tem densificado o princípio do melhor interesse – para se perquirir a possibilidade da transposição dessas balizas hermenêuticas para o ambiente digital – foi pesquisado o verbete “princípio do melhor interesse”. Foram encontrados 95 acórdãos como resultado, mas nem todos exploravam o conteúdo do princípio no caso. Com esse novo critério de verificação, restaram 30. Nenhum desses trata especificamente dos direitos infantojuvenis no ambiente virtual, todavia, entende-se possível o estabelecimento de diretrizes a partir da análise da interpretação do princípio feita pelo Tribunal que são transponíveis para orientar a atuação em casos concernentes aos direitos infanto-juvenis no mundo digital.

Notou-se, desse estudo, três pilares que sumarizam a orientação interpretativa do STJ acerca da aplicação do princípio do melhor interesse da criança aos casos concretos. São eles: a) o atendimento e preservação dos direitos fundamentais das crianças e dos adolescentes; b) a necessidade de consentimento dos pais para a prática de certos atos jurídicos; c) o direito à

⁴⁶⁶ COMITÊ SOBRE OS DIREITOS DA CRIANÇA. Comentário Geral No. 14 (2013) sobre o direito da criança a que o seu interesse superior seja primordialmente tido em conta (artigo 3.º, parágrafo 1), cit., p. 20.

⁴⁶⁷ Sobre o tema, MEIRELLES, Rose Meirelles Venceslau. O princípio do melhor interesse da criança. In: BODIN DE MORAES, Maria Celina (coord.). Princípios do direito civil contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 478-493.

participação da criança e do adolescente que se torna efetivo na medida de sua maturidade. São pilares de observação necessariamente interconectados, tendo o primeiro deles como o norte principal.

A preservação dos direitos fundamentais das crianças e adolescentes, a fruição plena e efetiva de todos os direitos reconhecidos na Convenção e o desenvolvimento global da criança é apontado como escopo a ser assegurado pela efetivação do princípio do superior interesse da criança pelo Comentário Geral nº 14 do Comitê sobre os Direitos da Criança que interpreta o art. 3.1 da Convenção.⁴⁶⁸ Nessa mesma esteira, foi indicado como objetivo primordial do sistema jurídico brasileiro como um todo foi apontada pelo Min. Luís Felipe Salomão por orientação tanto da Constituição da República quanto do Estatuto da Criança e do Adolescente:

1. A Constituição da República de 1988 consagrou a doutrina da proteção integral e prioritária das crianças e dos adolescentes, segundo a qual tais “pessoas em desenvolvimento” devem receber total amparo e proteção das normas jurídicas, da doutrina, jurisprudência, enfim de todo o sistema jurídico.
2. Em cumprimento ao comando constitucional, sobreveio a Lei 8.069/90 – reconhecida internacionalmente como um dos textos normativos mais avançados do mundo -, que adotou a doutrina da proteção integral e prioritária como vetor hermenêutico para aplicação de suas normas jurídicas, a qual, sabidamente, guarda relação com o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, que significa a opção por medidas que,

⁴⁶⁸ COMITÊ SOBRE OS DIREITOS DA CRIANÇA. Comentário Geral No. 14 (2013) sobre o direito da criança a que o seu interesse superior seja primacialmente tido em conta (artigo 3.º, parágrafo 1), cit., p. 9.

concretamente, venham a preservar sua saúde mental, estrutura emocional e convívio social.⁴⁶⁹

Importa notar, a partir do que expõe o Ministro, que o atendimento ao melhor interesse da criança e do adolescente se presta como vetor hermenêutico não apenas para a interpretação e aplicação de normas jurídicas, como também como orientação para a eleição de medidas concretas para suas vidas. O objetivo, ao fim e ao cabo, é que sejam feitas escolhas que coadunem com a preservação da saúde mental, da estrutura emocional e do convívio social desses indivíduos, alvos de proteção especial destinada pelo ordenamento. O Ministro, em outra oportunidade, destacou no mesmo sentido:

1. A proteção integral está intimamente ligada ao princípio do melhor interesse da criança e adolescente, pelo qual, no caso concreto, devem os aplicadores do direito buscar a solução que proporcione o maior benefício possível para o menor. Trata-se de princípio constitucional estabelecido pelo art. 227 da CF, com previsão nos arts. 4º e 100, parágrafo único, II, da Lei n. 8.069/1990, no qual se determina a hermenêutica que deve guiar a interpretação do exegeta.
2. O norte nessa seara deve buscar a máxima efetividade aos direitos fundamentais da criança e do adolescente (...).⁴⁷⁰

O Min. Marco Buzzi afirmou, em julgamento que tratou da veiculação da imagem de adolescente em jornal, que tal proteção especial aos jovens se justifica “na medida em que a

⁴⁶⁹STJ, 4ª T., REsp 1587477/SC, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julg. 10/03/2020, DJe 27/08/2020.

⁴⁷⁰STJ, 4ª T. REsp 1533206/MG, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julg. 17/11/2015, DJe 01/02/2016.

personalidade infanto-juvenil tem características distintas da personalidade adulta, porquanto as crianças e adolescentes estão em fase de desenvolvimento”, sendo necessário “preservar não apenas seus nomes ou suas imagens, mas, sobretudo, suas próprias pessoas, pois se encontram na condição peculiar de desenvolvimento, fase em que seu caráter ainda está em formação”.⁴⁷¹

O Ministro também já fez importante observação sobre a adoção de conceitos jurídicos por vezes indeterminados na legislação atinente à criança e adolescente, que decorre não de esquecimento ou displicência do legislador, mas sim de opção consciente com o intuito de viabilizar que, na análise diante das particularidades do caso concreto e à luz do melhor interesse e proteção integral, seja possível abarcar “um maior número de hipóteses benéficas aos seus destinatários”.⁴⁷²

Mediante tais ponderações, o Superior Tribunal de Justiça por vezes decide pela mitigação de normas expressas, pela atualização de interpretações de outrora à luz de novas dinâmicas sociais ou, em conflitos de normas e/ou de interesses, pela preponderância daquilo que mais beneficie a pessoa menor ou não lhe cause prejuízo. Tudo isso em busca do “pleno respeito das crianças enquanto detentoras de direitos”.⁴⁷³

O segundo pilar, que é a necessidade de consentimento dos pais quando envolvidos os direitos de seus filhos, também é frequentemente ressaltado pelo Tribunal Superior. Entendeu-

⁴⁷¹ STJ, 4ª T., REsp 1297660/RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Rel. p/ Acórdão Min. Marco Buzzi, julg. 07/10/2014, DJe 16/10/2015.

⁴⁷² STJ, 4ª T., REsp 1203968/MG, Rel. Min. Marco Buzzi, julg. 10/10/2019, DJe 23/10/2019.

⁴⁷³ COMITÊ SOBRE OS DIREITOS DA CRIANÇA. Comentário Geral No. 14 (2013) sobre o direito da criança a que o seu interesse superior seja primacialmente tido em conta (artigo 3.º, parágrafo 1), cit., p. 11

se ser vedada a identificação de criança quando noticiado evento em matéria jornalística sem autorização dos pais,⁴⁷⁴ e que o dano resultante da veiculação sem essa autorização é *in re ipsa*.⁴⁷⁵ No inteiro teor do julgado, afirmou-se: “É inegável que as crianças não dispõem de pleno discernimento para exteriorização de sua vontade, motivo pelo qual é dever-poder dos pais garantir a proteção integral de seus interesses, por expressa previsão constitucional no art. 229⁴⁷⁶ da Constituição.

Em tais casos, nos quais o STJ tratou especificamente da exigência de consentimento parental para uso da imagem dos filhos, a situação concreta não demandou ressalvas com relação à necessidade de que o próprio exercício da autoridade parental sempre se oriente por aquilo que o determina e é sua razão de existir, isto é, o melhor interesse da criança e do adolescente. No entanto, em outras oportunidades, o Tribunal aponta essa necessidade.

Nesse sentido, já se destacou que a prioridade de proteção não se verte aos interesses de genitores em conflito, mas sim dos menores envolvidos: “Não há, portanto, tutela de interesses de uma ou de outra parte em processos deste jaez; há, tão-somente, a salvaguarda do direito da criança e do adolescente”.⁴⁷⁷ Destacou-se disposição específica do ECA: “Nos termos do art. 39, §3º do ECA, inserido pela Lei 13.509/2017, ‘em caso de conflito entre os direitos e interesses do adotando

⁴⁷⁴ STJ, 3ª T., AgInt no AREsp 1085507/RJ, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, julg. 09/03/2020, DJe 13/03/2020.

⁴⁷⁵ STJ, 3ª T., REsp 1628700/MG, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, julg. 20/02/2018, DJe 01/03/2018.

⁴⁷⁶ STJ, 3ª T., REsp 1628700/MG, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, julg. 20/02/2018, DJe 01/03/2018.

⁴⁷⁷ STJ, 3ª T., REsp 964.836/BA, Relª. Minª. Nancy Andrighi, julg. 02/04/2009, DJe 04/08/2009.

e de outras pessoas, inclusive seus pais biológicos, devem prevalecer os direitos e os interesses do adotando”⁴⁷⁸.

O Min. Marco Aurélio Bellizze estabeleceu, de forma contundente:

(...) esse *munus* [da autoridade parental] deve ser exercido sempre visando atender ao princípio do melhor interesse do menor, introduzido em nosso sistema jurídico como corolário da doutrina da proteção integral, consagrada pelo art. 227 da Constituição Federal, o qual deve orientar a atuação tanto do legislador quanto do aplicador da norma jurídica, vinculando-se o ordenamento infraconstitucional aos seus contornos.⁴⁷⁹

Tratava o Ministro do caso específico dos direitos de usufruto legal e administração dos bens do filho por sua genitora, verdadeiros poderes-deveres emanados da autoridade parental, quando destacou que a condição dos pais de usufrutuários e administradores “em razão do poder familiar, não lhes confere liberdade total para utilizar, como quiserem, o patrimônio de seus filhos, o qual, a rigor, não lhes pertence”, e admitir o contrário significaria contrariar “a própria finalidade da norma em comento (preservação dos interesses do menor)”⁴⁸⁰.

Idêntica orientação pode ser transposta ao consentimento parental nos casos que envolvam os direitos dos filhos no ambiente digital. É dizer: o consentimento é condição necessária, mas não suficiente para a preservação do melhor interesse da criança e do adolescente, sendo também preciso ter em vista

⁴⁷⁸ STJ, 4ª T., REsp 1410478/RN, Rel^a. Min^a. Maria Isabel Gallotti, julg. 05/12/2019, DJe 04/02/2020.

⁴⁷⁹ STJ, 3ª T., REsp 1623098/MG, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, julg. 13/03/2018, DJe 23/03/2018.

⁴⁸⁰ STJ, 3ª T., REsp 1623098/MG, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, julg. 13/03/2018, DJe 23/03/2018.

a preponderância dos direitos fundamentais infanto-juvenis em todos os casos.

No que diz respeito ao consentimento, caso já não provenha de ambos os pais, ou caso haja discordância, passa a ter grande relevância uma atuação supervisora e protetiva feita pelo outro, porque o cumprimento dessa função também se presta a dar concretude ao princípio do melhor interesse.⁴⁸¹

Por fim, o terceiro pilar que se extrai da análise da jurisprudência do STJ é a importância de se participar a criança e o adolescente do processo de tomada de decisões acerca de suas vidas, o que costuma constar dos julgados destacando-se a colheita e análise de sua vontade e/ou adaptação em estudos sociais e psicológicos:

(...) nas ações que envolvem a filiação e a situação de menores, é imprescindível que haja o profundo, pormenorizado e casuístico exame de cada situação concretamente considerada, a fim de que, com foco naquele que deve ser o centro de todas as atenções – a criança – decida-se de acordo com os princípios do melhor interesse do menor e da proteção integral e prioritária da criança, sendo imprescindível, nesse contexto, que haja a oitiva e a efetiva participação de todos os envolvidos e a realização dos estudos psicossociais e interdisciplinares pertinentes (...).⁴⁸²

Há menção até mesmo à oitiva de suas preferências em Juízo,⁴⁸³ assim como expresse destaque à dicção do art. 28 do ECA sobre, para colocação em família substituta (mas

⁴⁸¹ STJ, 3ª T., REsp 1814639/RS, Rel. Min. Paulo De Tarso Sanseverino, Rel. p/ Acórdão Min. Moura Ribeiro, julg. 26/05/2020, DJe 09/06/2020.

⁴⁸² STJ, 3ª T., REsp 1878043/SP, Rel^a. Min.^a Nancy Andrighi, julg. 08/09/2020, DJe 16/09/2020.

⁴⁸³ STJ, 3ª T., REsp 964.836/BA, Rel^a. Min.^a. Nancy Andrighi, julg. 02/04/2009, DJe 04/08/2009.

de aplicação plausível para todas as situações de relevância para a vida dos menores), dever ser levada em consideração a opinião da criança mesmo antes dos 12 anos e, após tal idade, a indispensabilidade de sua anuência.⁴⁸⁴ Destaca-se que, no exercício de seu direito a exprimir sua opinião, deve-se considerar seu estágio de desenvolvimento pois, quanto mais maturidade ela tiver, mais sua opinião terá um peso para se aquilatar seu interesse e influenciar a ideia do que é melhor para si.⁴⁸⁵

Aplicados estes pilares às especificidades do ambiente digital, merece destaque a acentuação da importância da educação digital, que exige dos pais compreender o manejo da internet, aplicativos e programas utilizados por seus filhos, as políticas de privacidade e os tipos de autorizações exigidas para que bem orientem as crianças e adolescentes sobre a

⁴⁸⁴ "(...) não há vedação a que, no real e mais elevado propósito do bem estar do menino, na sua formação e crescimento, possa verificar-se nova adequação quanto à sua permanência neste ou naquele país, sempre se recordando do que diz o art. 28, caput, do ECA, ao estatuir que, se a criança contar com menos de 12 (doze) anos, sua opinião será levada em consideração. Ao passo que se for maior de 12 (doze) anos, é condicionante a sua anuência". (STJ, 4ª T., REsp 1449560/RJ, Rel. Min. Marco Buzzi, julg. 19/08/2014, DJe 14/10/2014).

⁴⁸⁵ "O Comitê já determinou que quanto mais a criança sabe, tenha experienciado e tenha mais capacidade de compreensão, mais os pais, os representantes legais ou outras pessoas legalmente responsáveis por ela, devem transformar a direção e a orientação em alertas e sugestões e, mais tarde, numa partilha em pé de igualdade. Do mesmo modo, à medida que a criança ganha maturidade, a sua opinião terá um peso crescente na avaliação do seu interesse superior. Os bebês e as crianças muito pequenas têm o mesmo direito que todas as outras crianças a que o seu interesse superior seja avaliado, mesmo que não possam exprimir a sua opinião e representar-se a si próprias da mesma forma que as crianças mais velhas. Os Estados devem adotar as disposições necessárias, incluindo a representação, quando adequado, para a avaliação do seu interesse superior; o mesmo se aplica às crianças que não podem ou não querem exprimir uma opinião". (COMITÊ SOBRE OS DIREITOS DA CRIANÇA. Comentário Geral No. 14 (2013) sobre o direito da criança a que o seu interesse superior seja primordialmente tido em conta (artigo 3.º, parágrafo 1), cit., p. 20)

relação íntima entre sua exposição virtual e seus direitos à personalidade, privacidade, intimidade, imagem e liberdade, estimulando-os a participarem nas decisões desde pequenos, assim como a buscar o aconselhamento parental.

3. APLICAÇÃO DAS DIRETRIZES HERMENÊUTICAS DO STJ SOBRE O MELHOR INTERESSE AO AMBIENTE DIGITAL

O ambiente digital se tornou parte integrante da vida, principalmente com a pandemia decorrente da COVID-19. Não há mais fronteira entre o digital e o analógico. Por isso, refletir sobre a efetivação do princípio do melhor interesse de crianças e adolescentes – pessoas vulneradas que precisam de tutelas específicas para resguardar o desenvolvimento saudável – é tarefa que se impõe.

Em fevereiro de 2021, o Comitê sobre os Direitos da Criança publicou Comentário sobre a aplicabilidade dos direitos previstos na Convenção ao ambiente digital, no qual o Melhor Interesse da Criança é um princípio geral a guiar condutas, legislações e decisões acerca da interface da criança no ambiente virtual:

“O melhor interesse da criança é um conceito dinâmico que requer uma avaliação adequada ao contexto específico. O ambiente digital não foi originalmente desenvolvido para crianças, mas desempenha um papel significativo na vida das crianças. Estados Partes devem assegurar que, em todas as ações relativas ao fornecimento, regulação, *design*, gestão e

uso do ambiente digital, o melhor interesse de cada criança seja uma consideração primordial.”⁴⁸⁶

Sabendo que é necessário adaptações para que o ambiente digital se torne mais apropriado à criança e ao adolescente e, uma vez analisadas as diretrizes hermenêuticas estabelecidas pelo STJ, busca-se verificar se os três pilares estabelecidos na interpretação do princípio do melhor interesse servem para o ambiente digital.

A primeira orientação interpretativa refere-se ao atendimento e preservação dos direitos fundamentais das crianças e dos adolescentes. Trata-se de hipótese em que o princípio é balizado não apenas por uma conduta protetiva, mas também promocional, de modo a abranger a doutrina da proteção integral e a prioridade absoluta. A fim de se refletir sobre essa diretriz, três casos são suscitados:

Mike Martin, residente em Maryland, nos Estados Unidos, pai de cinco crianças, criou o canal “*DaddyOFive*”, no qual postava vídeos com – segundo ele – “pegadinhas” com os filhos. No entanto, os vídeos envolviam cenas de abuso físico ou psicológico do pai e madrasta com os filhos, dos irmãos entre si (por vezes incitados pelos adultos), ou com apresentações e informações humilhantes e vexatórias sobre os infantes.⁴⁸⁷

Em um deles, o pai e a madrasta, aos gritos, acusam as crianças Cody e Emma de terem derramado tinta no tapete do

⁴⁸⁶ COMITÊ SOBRE OS DIREITOS DA CRIANÇA. Comentário Geral No. 25 (2021) sobre os Direitos das Crianças em relação ao ambiente digital. UN Doc CRC/C/GC/25. [s.l.], 2021. Tradução não oficial do Instituto Alana do inglês para o português. Disponível em: <https://criancaconsumo.org.br/wp-content/uploads/2021/04/comentario-geral-n-25-2021.pdf>. Acesso em 28 mai. 2021, para. 12.

⁴⁸⁷ BBC News Brasil. Os pais que submetiam seus filhos a pegadinhas no YouTube – e perderam a guarda de dois deles. 3 mai. 2017. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-39790875>. Acesso em: 4 abr. 2021.

quarto, do que eles se defendem em desespero e aos prantos, por não terem sido os responsáveis. Na verdade, foram os próprios adultos quem espalharam a tinta, com o objetivo de filmar a reação das crianças. Em outros vídeos, Cody é vítima de abuso físico por parte do pai e de um dos seus irmãos mais velhos, é incitado a agredir fisicamente a irmã com um tapa no rosto (o que ele faz, levando-a ao choro), e é confrontado com falsas notícias, uma, de que teria sido adotado, e outra, de que teria espalhado fezes pelas paredes da casa.⁴⁸⁸

Em 2017, quando confrontado sobre suas atitudes, o genitor – após apagar todos os vídeos – afirmou que os vídeos em sua maioria seriam “falsos” ou “combinados com as crianças”, não obstante a reação demonstrada nas cenas gravadas fosse de choro e pavor. Mike Martin chegou a perder a guarda de duas das cinco crianças (exatamente Cody e Emma), que voltaram a residir com a mãe biológica, Rose Hall. Além disso, determinou-se que ele e a esposa ficariam por cinco anos sob supervisão do serviço local de proteção à criança, tendo sido o casal impedido de produzir quaisquer novos vídeos com os filhos. O canal foi deletado da plataforma e, não obstante tenham tentado produzir vídeos em *website* particular, o serviço de proteção à criança determinou sua retirada.⁴⁸⁹

Nesse caso, tanto a reversão de guarda de dois dos filhos de Mike quanto a retirada do canal das Redes, com vedação para que ele voltasse a produzir conteúdo dessa natureza, foram medidas que priorizaram os direitos fundamentais das crianças que não deveriam ser assim expostas, ainda mais

⁴⁸⁸ DE FRANCO, Philip. Wow... We need to talk about this. YouTube, 2017. Disponível em: “<https://www.youtube.com/watch?v=fvoLmsXKkYM>”. Acesso em: 4 abr. 2021.

⁴⁸⁹ BELCHER, Sara. DaddyOfive’s Mike and Heather Martin were driven off the internet after child abuse claims. Distractify [website], 6 mai. 2020. Disponível em: <https://www.distractify.com/p/daddyofive-now>. Acesso em: 4 abr 2021.

em situações tão vexatórias e constrangedoras. Por isso, o melhor interesse é fundamento para se resguardar os direitos fundamentais das crianças, principalmente, dignidade, respeito e imagem. Convém ressaltar, a partir dessa análise, que não basta o consentimento parental (existente no caso de Mike Martin, sendo os vídeos de sua própria iniciativa) para que o melhor interesse esteja resguardado: o norte, como dito, é o respeito aos direitos das crianças.

No Brasil, um canal de YouTube chamado “Bel para Meninas” começou uma história de grande sucesso com vídeos de Francinete Peres (“Fran”) fazendo penteados na filha, Bel. O canal passou a retratar situações cotidianas de Bel, chegando a acumular sete milhões de inscritos. No entanto, em 2020, surgiram uma série de acusações por parte da audiência do canal com uma campanha “#salveBelparameninas”: apontavam os seguidores da conta que Fran estaria cometendo abusos contra a filha, registrando e exibindo momentos de sofrimento e forçando-a a gravar conteúdo contra sua vontade.⁴⁹⁰

Bel, de 13 anos, seria a vítima de uma situação de abuso, ilustrada pela “Twittesfera” por meio de prints de vídeos há muito removidos, como um onde Fran aparece zombando da filha após esta vomitar à frente da câmera. Outros materiais envolvem exposição da menina em crise de choro devido a problemas de desempenho escolar e algumas outras produções para o TikTok, com linguagem igualmente questionável.⁴⁹¹

⁴⁹⁰ ARBULU, Rafael. Após polêmica, canal Bel Para Meninas remove vídeos da protagonista no YouTube. Canaltech [website], 25 mai. 2020. Disponível em: <https://canaltech.com.br/internet/apos-polemica-canal-bel-para-meninas-remove-videos-da-protagonista-no-youtube-165440/>. Acesso em: 4 abr. 2021.

⁴⁹¹ ARBULU, Rafael. Após polêmica, canal Bel Para Meninas remove vídeos da protagonista..., cit.

Os vídeos do canal foram temporariamente tornados privados, a situação chegou a alguns jornais e teve início investigação por parte do Conselho Tutelar. Três meses depois, no entanto, o canal voltou ao funcionamento normal, com retorno dos vídeos anteriores, salvo algumas exclusões, e postagem de novos vídeos com regularidade. O posicionamento da família foi no sentido de que as acusações seriam mentirosas, e que todos os vídeos eram feitos observando o cuidado com a filha. Não se tem notícia do resultado da investigação administrativa.

No mesmo sentido, as restrições impostas ao canal e a instauração de investigação administrativa são medidas fundadas no melhor interesse, uma vez que, se não se pode tolerar maus-tratos de qualquer ordem de crianças e adolescentes, o que dirá com exibição na internet, pois ali tudo pode se eternizar e não se tem controle do destino de imagens, postagens, áudios e vídeos. Portanto, os mesmos direitos fundamentais dos filhos de Mike devem ser estendidos a Bel.

Em 2012, a disponibilização no YouTube de um vídeo feito para a comemoração do Bar Mitzvah do jovem de treze anos Nissim Ourfali por seu pai, com o intuito de facilitar o acesso por amigos e familiares, tomou proporções inacreditáveis: ele foi visto mais de três milhões de vezes por usuários da internet. O vídeo descrevia a família, hábitos e personalidade do garoto, fazendo uso de uma série de imagens e da adaptação da música de uma banda americana dublada por Nissim. A produção tinha o objetivo de ser um vídeo de comemoração e toques de humor restrito à família e aos amigos do adolescente. Porém, ao alcançar muito mais pessoas, tendo sido feitas uma série de paródias e sátiras, e acabou por causar *bullying* em massa de modo tão acentuado que, pelo período de um ano,

o jovem teve de ser acompanhado por seguranças sempre que comparecia em eventos sociais.⁴⁹²

Esse caso é um exemplo dos riscos da divulgação de vídeos, áudios e imagens na Rede. Por isso, a necessidade de reflexão antes de qualquer postagem para se aquilatar eventuais danos que ela pode causar aos filhos, tanto no presente quanto no futuro. Portanto, o princípio do melhor interesse impõe uma análise de riscos aos pais, primeiramente, a fim de preservar os direitos fundamentais do filho menor de idade; em segundo lugar, quando o vídeo já se encontra na internet, determinar que ele seja retirado da plataforma também é medida que se impõe, a fim de proteger novas divulgações, embora se conheça a dificuldade de efetivação dessa medida, o que se presta a acentuar a indispensabilidade de um pensamento prévio parental sobre os riscos das publicações.

A segunda diretriz hermenêutica estabelecida pelo STJ se refere ao consentimento dos pais para a prática de certos atos jurídicos pois, a princípio, são eles, titulares da autoridade parental, os que mais devem zelar pelo desenvolvimento saudável dos filhos.

Nesse sentido, compete verificar a Lei Geral de Proteção de Dados que, em seção dedicada especificamente à proteção de dados do público infanto-juvenil, prevê que o tratamento de dados pessoais dos menores de 18 anos deverá ser realizado

⁴⁹² FELITTI, Chico. Nissim Ourfali, famoso por vídeo na internet, só agora para de andar com seguranças. Folha de São Paulo, São Paulo, 14 jun. 2013. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/saopaulo/2013/07/1309853-nissim-ourfali-famoso-por-video-na-internet-so-agora-para-de-andar-com-seguranças.shtml>. Acesso em: 05 abr. 2021. Sobre o tema: RETTORE, Anna Cristina de Carvalho; SILVA, Beatriz de Almeida Borges e. A exposição da imagem dos filhos pelos pais funcionalizada ao melhor interesse da criança e do adolescente. Revista Brasileira de Direito Civil, Rio de Janeiro, v. 8, n. 02, 2016. Disponível em: <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/63>. Acesso em: 5 abr. 2021.

em seu melhor interesse, nos termos do art. 14 e da legislação pertinente.⁴⁹³ A previsão legal de que a salvaguarda dos dados da criança e do adolescente deve ser feita em seu melhor interesse indica que o resguardo das informações relevantes dos menores deve ser sempre em prol do seu desenvolvimento e em atenção aos seus direitos fundamentais. Destaca-se aqui, principalmente, o direito à privacidade, entendido como a possibilidade – atual e futura – de ter o controle das próprias informações. Entende-se que a privacidade integra o direito ao respeito, previsto expressamente no art. 227 do Texto Constitucional e no art. 17 do Estatuto da Criança e Adolescente, que afirma que esse direito “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”.

A proteção dos dados dos filhos menores implica evitar que eles sejam mapeados e tenham suas preferências e escolhas progressas utilizadas e manipuladas, preservando, dessa forma, sua liberdade na construção da própria identidade e o livre desenvolvimento da personalidade. “Os dados pessoais das crianças são processados para oferecer-lhes benefícios educacionais, de saúde e outros”, e não para ser utilizados de forma heterônoma, com fins patrimoniais ou de controle.⁴⁹⁴ Todavia, o funcionamento geral da rede ocorre exatamente em sentido contrário, pois a combinação de algoritmos da

⁴⁹³ Sobre o tema, seja consentido remeter a TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RETTORE, Anna Cristina de Carvalho. A autoridade parental e o tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes. In: TEPEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana; OLIVA, Milena Donato (coords.). Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais: e suas repercussões no Direito Brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, pp. 505-530.

⁴⁹⁴ COMITÊ SOBRE OS DIREITOS DA CRIANÇA. Comentário Geral No. 25 (2021) sobre os Direitos das Crianças em relação ao ambiente digital, cit.

inteligência artificial permite uma gestão de dados que viabiliza a obtenção de informações sobre os usuários, de forma a manipulá-los. Por isso, a importância da mediação dos pais em relação à atuação de seus filhos na internet, considerando-se o desenvolvimento cerebral e a fase de formação da personalidade em que se encontram. Tudo indica que a vulnerabilidade e a suscetibilidade dos menores não são um dado levado em conta de forma prioritária, por isso é necessário garantir-lhes que o acesso à internet não esteja vinculado a um método violador de sua privacidade.

Além disso, atender ao princípio do melhor interesse significa, na via da primeira diretriz hermenêutica estabelecida pelo STJ, evitar que os dados das crianças e adolescentes acabem por funcionar como um meio de classificação dos futuros adultos pelas suas preferências e modos de vida, aprofundando uma postura discriminatória que dificulte ainda mais uma igualdade de oportunidades segundo as competências, habilidades reais e condições pessoais, seja para a contratação de um plano de saúde ou para buscar um emprego, por exemplo. Suas memórias digitais devem ser preservadas, para que não se transformem em condicionantes da vida adulta, comandadas pelo mercado.

Conquanto o *caput* do art. 14 determine que o tratamento de dados de ambos deverá atender ao seu melhor interesse, o § 1º da LGPD dita que apenas no caso de crianças se demandará “o consentimento específico e em destaque dado por pelo menos

um dos pais ou pelo responsável legal”.⁴⁹⁵ Dessa perspectiva, portanto, depreende-se que:

(i) os adolescentes são considerados da mesma forma que os adultos, de modo que o consentimento exigido para tratar seus dados pessoais é tão somente o deles mesmos, uma “manifestação livre, informada e inequívoca pela qual o titular concorda com o tratamento de seus dados pessoais para uma finalidade determinada” (art. 5º, XII, da LGPD).⁴⁹⁶ No entanto, dada a relevância que o consentimento para uso de dados possui para a vida de uma pessoa, e por não se tratar de uma manifestação de vontade simples ou tão corriqueira, não é necessariamente certo que se deva admitir que a prestação de consentimento entre 12 e 18 anos de idade receba eficácia prescindindo totalmente da participação parental, sendo necessário repensar os termos da legislação nessa seara.

(ii) o consentimento deve ser específico, ou seja, não é geral, mas para cada acesso à plataforma. Para tanto, é necessária uma avaliação dos pais do que significa disponibilizar os dados na Rede e as repercussões presentes e futuras desse ato;

⁴⁹⁵ Nessa linha, estabelece o Comentário nº 25: “Quando o consentimento for solicitado para processar os dados de uma criança, Estados Partes devem assegurar que o consentimento seja informado e dado livremente pela criança ou, dependendo da idade e do desenvolvimento progressivo das capacidades da criança, pela mãe, pai ou responsável, e obtido antes do processamento desses dados. Quando o próprio consentimento da criança for considerado insuficiente e for necessário o consentimento parental para processar os dados pessoais da criança, Estados Partes devem exigir que as organizações que processam esses dados verifiquem se o consentimento é informado e dado pela mãe, pai ou responsável pela criança.” (COMITÊ SOBRE OS DIREITOS DA CRIANÇA. Comentário Geral No. 25 (2021) sobre os Direitos das Crianças em relação ao ambiente digital, cit., para. 71)

⁴⁹⁶ Também sobre o tema: TEPEDINO, Gustavo; TEFFÉ, Chiara Spadaccini de. Consentimento e proteção de dados pessoais na LGPD. In: TEPEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana; OLIVA, Milena Donato (coords.). Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais: e suas repercussões no Direito Brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, pp. 287-322.

(iii) o fato de a exigência do consentimento ser de apenas um dos pais da criança remete, por fim, à indagação sobre a possibilidade de discordância entre os genitores. Afinal, a exigência do consentimento de só um dos dois não exclui do outro o direito de participação nesse tipo de decisão referente ao filho comum. Nesse caso, aplica-se a regra geral do art. 1.631, parágrafo único, do Código Civil para casos de divergência parental quanto ao exercício do poder familiar, assegurando-se a qualquer deles, em último caso, recorrer ao Poder Judiciário para solucionar o desacordo, e ressalta-se a importância do dever de supervisão, em caso de pais separados, do genitor não guardião ou mesmo daquele que, conquanto compartilhe a guarda, não tem a residência habitual com o filho.

Desta feita, é necessário que os pais tenham a exata dimensão do teor do seu consentimento, para que possam aquilatar os efeitos da disponibilização dos dados do seu filho na Rede, que possam atuar no atendimento dos seu melhor interesse, pois o risco de manipulação e classificação de menores deve ser combatido para que, no exercício de seu direito à privacidade, eles possam ser livres para escolher serem eles mesmos, consumir o que bem entenderem e trilhar suas trajetórias livremente.

Decerto que esse cuidado não deve ser imposto somente às crianças e aos adolescentes, mediante auxílio parental, pois ele deve competir, em primeiro lugar, ao próprio Poder Público e às empresas privadas que realizam coleta e tratamento de dados, que são os agentes hiper suficientes nessa relação. Afinal, a busca pelo atendimento ao melhor interesse da criança e do adolescente também compete ao Estado e à sociedade. Em razão disso, foi recentemente publicado Manifesto em defesa da melhoria da governança de dados de crianças e adolescentes pela UNICEF, clamando pelo aperfeiçoamento

da regulamentação e imposição de deveres e sanções nesse sentido. Em tradução livre:

Esse Manifesto clama para que governos imponham regulamentação mais efetiva a empresas de modo que o ônus da proteção de dados passe das crianças para os próprios governos e empresas. Modelos distributivos de governança de dados devem ser estimulados a fim de garantir às crianças oportunidade de participação, colaboração e co-criação. Às crianças também devem ser garantidos mecanismos significativos de reparação pela violação dos direitos à proteção de seus dados. Governos também devem estabelecer normas que restrinjam a reutilização de dados em poder do setor público, e impor obrigações aos serviços intermediários de tratamento de dados, baseando-se na Lei Europeia de Governança de Dados, a qual estabelece requisitos publicamente verificáveis para a reutilização de dados, a fim de que seja não-discriminatória, proporcional e objetivamente justificável.⁴⁹⁷

O terceiro pilar interpretativo do princípio do melhor interesse tratado pelo STJ refere-se ao direito à participação

⁴⁹⁷ BYRNE, Jasmina; DAY, Emma; RAFTREE, Linda. The Case for Better Governance of Children's Data: A Manifesto. Maio de 2021. Office of Global Insight and Policy, United Nations Children's Fund. Disponível em: <https://www.unicef.org/globalinsight/reports/better-governance-childrens-data-manifesto>. Acesso em: 28 mai. 2021. Traduzido do original: "This Manifesto calls for governments to impose stronger regulations on companies in order to shift the onus for data protection from children to companies and governments. Distributive models of data governance should be promoted in order to provide opportunities for child participation, collaboration, and co-creation. Children should also be afforded meaningful redress mechanisms for violations of data rights. Governments themselves must also put in place rules to restrict the reuse of children's data held by the public sector, and to impose obligations on data intermediary services, drawing on the new European Data Governance Act, which requires publicly available conditions for the re-use of data that are non-discriminatory, proportionate and objectively justified".

de criança e adolescente na medida da sua maturidade. Importante mencionar que esse direito à participação não é visto isoladamente, ele também deve ser observado nas hipóteses anteriores, como uma das formas de se efetivar a educação digital.

Um exemplo muito elucidativo em que o direito à participação – e também ao respeito, à imagem e à privacidade – é cada vez mais valorizado refere-se aos casos de *sharenting*. Trata-se do comportamento de expor os filhos na internet das mais variadas maneiras (inclusive as já narradas por Mike, Bel para Meninas e Nissim). Nesse caso, há duas questões centrais para implementação do melhor interesse: a divulgação dos dados dos filhos na internet, independente do consentimento ou da participação destes e como esses dados serão tratados no futuro, mesmo que as crianças e adolescentes consentam com a divulgação de imagens, vídeos, áudios e preferências no ambiente virtual. Trata-se de forma de aprovação social e autorrealização dos pais quanto ao exercício da parentalidade.

O problema fica mais sério quando os pais criam contas individuais em nome dos filhos como narrativa para o mundo da vida da criança desde os ultrassons, ainda na gestação, o parto, o primeiro mês e assim por diante. Cada passo é narrado com riqueza de detalhes em perfis abertos que não têm qualquer critério de privacidade. Boomer Phelps, filho do nadador Michael Phelps, aos 3 anos, já possui perfil próprio no *Instagram* desde o nascimento e conta com mais de 580 mil seguidores. No Brasil, Valentina, a filha de Mirella Santos com o humorista Wellington Muniz, o Ceará, aos 6 anos, possui um perfil com 2,4 milhões de seguidores⁴⁹⁸. A administração da conta é realizada pelos pais de Valentina que elegem, em

⁴⁹⁸ MOUTINHO, Maria Carla. Se você gostou, dê um “like”. In: EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; LOBO, Fabíola Albuquerque (Coord.). Privacidade e sua compreensão no direito brasileiro. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 73-86.

nome desta, fotos e vídeos que reputa como “publicáveis”, além de fazer publicidade de produtos infantis. Em uma de suas postagens no seu perfil do *Instagram*, Valentina dança sensualmente ao lado da mãe, sugerindo uma nova brincadeira para ficar em casa nos dias de quarentena.⁴⁹⁹

Embora essa conduta já esteja naturalizada no cotidiano dos pais, é necessário que as postagens sejam sempre refletidas – como já mencionado – pois feitas por aqueles que têm o dever legal de zelar pelo desenvolvimento dos filhos menores, sendo, portanto, questão afeta à responsabilidade parental. A grande questão é saber o equilíbrio quantitativo (número de posts) e qualitativo (tipo de publicações) que não expõem os filhos no ambiente virtual, na medida em que os riscos

⁴⁹⁹ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. NERY, Maria Carla Moutinho. Vulnerabilidade digital de crianças e adolescentes: a importância da autoridade parental para uma educação nas redes. In: EHRHARDT JR., Marcos; LOBO, Fabíola (orgs.). Vulnerabilidade e sua compreensão no direito brasileiro. Indaiatuba: Foco, 2021, p. 133-147.

que a hiperexposição desordenada pode gerar,⁵⁰⁰ tais como, sequestro digital, *cyberbullying*, manipulações de imagem e de dados, utilização dos dados para direcionar-lhes sistemas de inteligência artificial.⁵⁰¹

Por isso, é importante que os pais possam orientar seus filhos por meio da educação digital, de modo que, paulatinamente, de acordo com cada fase do seu desenvolvimento, eles possam participar da decisão sobre postar ou não uma foto pelos seus pais, a fim de se evitar situações como a da atriz Gwyneth

⁵⁰⁰ O TJRJ decidiu um caso que ilustra bem o potencial danoso da atuação dos pais na internet. A mãe da criança, à época do julgamento, com 7 anos, lançou campanha fraudulenta na internet, tipo “vaquinha” com o objetivo de arrecadar doações de desconhecidos, motivada por declarações infundadas do tipo abandono do menor pelo pai e litígio internacional de guarda, em site de acesso aberto, anexando foto do filho quando ele tinha 3 anos. A sentença julgou procedente o pedido, determinando a retirada das publicações feitas por meio da internet ou outro veículo de comunicação com menção direta ou indireta ao autor e seu filho, além de se abster de promover novas publicações da mesma natureza, por meio físico ou eletrônico com alusão ao autor e o filho das partes, tudo isso sob pena de multa. “No caso, dentre os direitos constitucionais em conflito nos autos, a proteção da criança deve prevalecer. Importante que, além da saúde física, seja preservada a saúde emocional. Além da imagem, o teor do texto que está na campanha para arrecadação de dinheiro intitulada “ajude o André”, divergem da situação de vida do segundo autor, eis que reside no Leblon e estuda na Escola Americana, uma das mais caras da cidade, cujas mensalidades são pagas pelo primeiro autor. Incontestemente que a indevida exposição do menor, ainda mais por estar com sete anos e em idade escolar, evidencia a necessidade de excluir a publicação veiculada na internet por representar potencial risco, principalmente, à sua integridade moral e psíquica. Ademais, também merece ser destacado, como apontado no julgado, que a mencionada campanha expõe de forma negativa a figura paterna, que deveria também ser preservada pelo bem do filho. Nesse contexto, não assiste razão à parte apelante”. (TJRJ, Ap. Civ. nº 0078536-90.2018.8.19.0001, 3ª CC, Des. Helda Lima Meireles, julg. 24.2.2021, DJe 26.2.2021).

⁵⁰¹ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RETTORE, Anna Cristina de Carvalho. Desenvolvimento infanto-juvenil e riscos da interação das crianças e adolescentes com sistemas de inteligência artificial. In: TEPEDINO, Gustavo; SILVA, Rodrigo da Guia (coords.). O direito civil na era da inteligência artificial. São Paulo: Thomson Reuters, 2020, p. 183-201.

Paltrow com a filha de 14 anos, Apple Martin, em uma estação de esqui, que comentou: “Mamãe, discutimos isso. Você não pode postar nada sem o meu consentimento”.⁵⁰² Na Áustria, uma jovem está processando os pais, pois eles não quiseram apagar as fotos de variados momentos da sua infância postados no *Facebook*, disponíveis para aproximadamente 700 “amigos”: “Eles não tinham noção de vergonha ou limites. Tanto faz se eu estava sentada no penico ou pelada em meu berço, cada passo meu era registrado fotograficamente e, depois, tornado público”.⁵⁰³ Nos casos de exposição dos filhos, portanto, o princípio do melhor interesse se implementa com a sua oitiva, consideração às suas opiniões e respeito à sua participação, a qual deve se dar cada vez mais intensamente à medida do desenvolvimento de sua maturidade.

CONCLUSÃO

Embora a intensidade da presença do ambiente digital na vida de crianças e adolescentes ainda não tenha demandado manifestação do Superior Tribunal de Justiça para fins de análise do conteúdo do princípio do melhor interesse de forma específica para essa realidade, as diretrizes já estabelecidas até o presente momento mostram-se hábeis para serem transpostas às situações que começam a surgir.

Concluiu-se, nesse sentido, ser de primordial importância verter a atenção ao atendimento e observação dos direitos fundamentais de crianças e adolescentes também no ambiente

⁵⁰² CHEUNG, Helier. Publicar fotos dos filhos nas redes sociais é invasão de privacidade? BBC Brasil, 28 mar. 2019. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/geral-47731061>. Acesso em: 5 abr. 2021.

⁵⁰³ ROCHA, Leonardo. Jovem está processando os pais por fotos constrangedoras no Facebook. TecMundo, 15 abr. 2016. Disponível em: <https://www.tecmundo.com.br/redes-sociais/109565-garota-processando-pais-fotos-constrangedoras-facebook.htm>. Acesso em: 5 abr. 2021.

digital, aí inclusos especialmente o direito à personalidade, dignidade, privacidade, intimidade e imagem. É este o principal norte hermenêutico já apontado pelo STJ, ao qual se somam outros dois: a necessidade de consentimento parental, o qual deve estar sempre orientado à consecução do objetivo de sua própria existência, que é o próprio interesse do filho; e a participação das próprias crianças e adolescentes nas decisões, a se ampliar gradualmente na medida em que se desenvolvem, mediante devida preparação para tanto, fruto de uma nova vertente da educação a ser fornecida pela família e pela sociedade, de importância cada vez mais evidente – a educação digital, a fim de que todos efetivamente compreendam que “é cada vez mais importante que as crianças adquiram uma compreensão do ambiente digital, incluindo sua infraestrutura, práticas comerciais, estratégias persuasivas e os usos do processamento automatizado e dos dados pessoais e vigilância, e dos possíveis efeitos negativos da digitalização nas sociedades”.⁵⁰⁴

⁵⁰⁴ COMITÊ SOBRE OS DIREITOS DA CRIANÇA. Comentário Geral No. 25 (2021) sobre os Direitos das Crianças em relação ao ambiente digital, cit., para. 105.

TRATAMENTO DE DADOS DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES NA LGPD E O SISTEMA DE INCAPACIDADES DO CÓDIGO CIVIL

*Gustavo Tepedino*⁵⁰⁵
*Milena Donato Oliva*⁵⁰⁶

1. INTRODUÇÃO

A proteção de dados pessoais⁵⁰⁷ adquire enorme relevância diante da coleta indiscriminada de dados e permanente monitoramento das pessoas para atender às crescentes exigências de segurança interna e externa, interesses de mercado e reorganização da gestão pública.⁵⁰⁸ Compõe aspecto essencial da tutela da dignidade da pessoa humana,⁵⁰⁹ haja vista que busca evitar discriminações que não encontrem fundamento constitucional e afastar práticas que possam reduzir a liberdade

⁵⁰⁵ Professor Titular de Direito Civil e ex-diretor da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Sócio do Escritório Gustavo Tepedino Advogados – GTA.

⁵⁰⁶ Professora de Direito Civil e do Consumidor da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Sócia do Escritório Gustavo Tepedino Advogados – GTA.

⁵⁰⁷ Nos termos do art. 5º, inciso I, da Lei n. 13.709/2018 (LGPD), conceitua-se dado pessoal como “informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável”. Cf., sobre o ponto, DONEDA, Danilo. Da privacidade à proteção de dados pessoais. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 152.

⁵⁰⁸ RODOTÁ, Stefano. A vida na sociedade de vigilância: a privacidade hoje. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 13.

⁵⁰⁹ Art. 1º da LGPD: “Esta Lei dispõe sobre o tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural. Parágrafo único. As normas gerais contidas nesta Lei são de interesse nacional e devem ser observadas pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.”

e a autonomia dos indivíduos. A tutela dos dados da pessoa natural mostra-se vital para que ela se relacione na sociedade de forma efetivamente livre, representando maior garantia de segurança quanto a práticas autoritárias e de vigilância indevidas por parte de instituições públicas e privadas.⁵¹⁰

Com a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais – LGPD (Lei nº. 13.709/2018), o ordenamento jurídico brasileiro passou a contar com disciplina própria voltada à regulamentação da proteção dos dados pessoais, com ampla incidência em todas as operações de tratamento de dados de pessoas físicas. A LGPD sedimentou novo paradigma de proteção dos dados: estes não são considerados de titularidade de quem os coleta, e sim da pessoa natural aos quais se referem.⁵¹¹ Aquele que trata dados,⁵¹² por lidar com bens alheios, passa a ter como dever fundamental prestar contas: como e quais dados são coletados, utilizados, armazenados etc.⁵¹³ Tal mudança de paradigma ocorreu na esteira da regulamentação europeia, notadamente o Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados

⁵¹⁰ Para análise acerca da proteção de dados pessoais na atual sistemática do ordenamento jurídico brasileiro, permita-se remeter a TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato. Fundamentos do Direito Civil, vol. 1: Teoria Geral do Direito Civil, Rio de Janeiro: Forense, 2021, 2ª ed, p. 165-169, bem como à obra Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, TEPEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana; OLIVA, Milena Donato (coord.), São Paulo: Revista dos Tribunais, 2ª ed., 2020.

⁵¹¹ Cf. art. 5º, V da LGPD. Cf. também OLIVA, Milena Donato; VIÉGAS, Francisco de Assis. Tratamento de dados para a concessão de crédito. In: FRAZÃO, Ana; TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato (Coords.). A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas repercussões no direito brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, 2ª ed., p. 561-600.

⁵¹² O art. 5º, X, da LGPD, define em termos amplos a atividade de tratamento de dados. Confira-se: “tratamento: toda operação realizada com dados pessoais, como as que se referem a coleta, produção, recepção, classificação, utilização, acesso, reprodução, transmissão, distribuição, processamento, arquivamento, armazenamento, eliminação, avaliação ou controle da informação, modificação, comunicação, transferência, difusão ou extração”.

⁵¹³ V., em especial, arts. 6º, IV, VI, X, 9º e 18 da LGPD.

Pessoais aprovado em abril de 2016 pelo Parlamento Europeu, também conhecido por sua sigla GDPR (*General Data Protection Regulation*).⁵¹⁴

A preocupação legislativa em criar instrumentos efetivos de proteção aos titulares de dados pessoais reflete a importância dos dados na sociedade da informação.⁵¹⁵ Nessa direção, ganha especial destaque o art. 14, da LGPD, que dispõe de forma específica acerca do tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes, abrangendo a temática do consentimento. À luz do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente,⁵¹⁶ que aqui deve incidir com particular realce, passa-se em revista a estrutura protetiva disponível ao tratamento de dados pessoais dos menores, com ênfase na disposição de consentimento para o tratamento dessas informações, buscando-se levantar

⁵¹⁴ Conforme destaca Mario Viola, “o modelo europeu de proteção de dados é o que vem prevalecendo na grande maioria das legislações sobre proteção de dados no mundo, inclusive dos países membros do Mercosul, bloco econômico do qual o Brasil é estado parte” (VIOLA, Mario. *Combate à Fraude e Proteção de Dados: inimigos ou aliados?* Revista Brasileira de Risco e Seguro, Rio de Janeiro, v. 6, n. 12, p. 37-49, 2011. Disponível em: <https://www.rbrs.com.br/arquivos/RBRS12-3%20Mario%20Viola.pdf>.)

⁵¹⁵ Segundo Stefano Rodotà, “a proteção de dados pode ser vista como a soma de um conjunto de direitos que configuram a cidadania do novo milênio” (RODOTÀ, Stefano, *A vida na sociedade de vigilância: privacidade hoje*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 14). Do ponto de vista econômico, há inclusive quem afirme que os dados pessoais seriam o novo petróleo: THE world’s most valuable resource is no longer oil, but data. *The Economist*. [s.l.]. 6 maio 2017. Disponível em: <https://www.economist.com/leaders/2017/05/06/the-worlds-most-valuable-resource-is-no-longer-oil-but-data>.

⁵¹⁶ “O princípio da solidariedade legitima a intervenção estatal reequilibradora, para proteger os vulneráveis de forma diferenciada. Alude-se, por isso mesmo, ao princípio do melhor interesse dos vulneráveis, pelo qual, independentemente da espécie de vulnerabilidade, é dever do Estado propiciar os meios para colocá-los em situação de igualdade” (TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Fundamentos do Direito Civil*, vol. 6: *Direito de Família*, Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 18).

indagações e avaliar possibilidades de interpretação e aplicação da LGPD.

2. TRATAMENTO DE DADOS PESSOAIS DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES NA LGPD

A LGPD regula de forma específica, em seu art. 14, o tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes.⁵¹⁷ O tratamento deverá ser realizado no melhor interesse da criança e do adolescente, atentando-se às normas protetivas estabelecidas na Constituição da República, no Estatuto da Criança e do Adolescente e na Convenção sobre os Direitos da Criança, com o escopo de assegurar seu desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social em condições dignas,⁵¹⁸ reconhecendo-os como verdadeiros protagonistas da dinâmica familiar.

Dispõe o §1º do art. 14, em relação às crianças – pessoas de até doze anos de idade incompletos, conforme se extrai do art. 2º do ECA –, que, quando a base legal for o consentimento, o tratamento dos seus dados pessoais deverá ser realizado mediante consentimento específico e em destaque⁵¹⁹ dado por, pelo menos, um dos pais ou pelo responsável legal. O

⁵¹⁷ Cf. sobre o tema TEPEDINO, Gustavo; TEFFÉ, Chiara Spadaccini de. O consentimento na circulação de dados pessoais. In: TEPEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana; OLIVA, Milena Donato. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas repercussões no direito brasileiro. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 287-322; e TEFFÉ, Chiara Spadaccini de. Proteção de dados de crianças e de adolescentes. Revista do advogado, n. 144, nov. 2019, p. 54-59.

⁵¹⁸ MACHADO, Diego Carvalho. Capacidade de agir e direitos da personalidade no ordenamento jurídico brasileiro: o caso do direito à privacidade. Revista Brasileira de Direito Civil (RBDCivil), vol. 8, abr.-jun. 2016, p. 74-75.

⁵¹⁹ Semelhante caracterização do consentimento é encontrada na base legal de tratamento dos dados sensíveis (art. 11, I, da LGPD), havendo exigência de maior participação do titular, como também de cuidado mais elevado com o tratamento da informação pelo agente.

consentimento deverá ser livre, informado e direcionado ao tratamento de dados pessoais para finalidade determinada. Oferece-se tutela destacada à criança, sujeito de vulnerabilidade agravada pela idade reduzida⁵²⁰ e absolutamente incapaz, o qual deve ser representado, sob pena de nulidade absoluta do ato praticado.⁵²¹

Observa-se, todavia, que, ao não mencionar o adolescente – pessoa entre doze e dezoito anos de idade –, o parágrafo 1º do art. 14 tem despertado discussões entre os estudiosos do tema. Isso porque o dispositivo não deixou claro se, neste caso, o consentimento manifestado pelo adolescente sem assistência (se relativamente incapaz) ou representação (se absolutamente incapaz) deveria ser considerado válido, como hipótese de capacidade especial para este fim, ou se o legislador teria optado por não tratar do tema, por já existir legislação geral sobre a matéria no Código Civil (arts. 3º, 4º e 1.634, VII, por exemplo). Ao que parece, pretendeu-se reconhecer a validade do consentimento manifestado pelo adolescente

⁵²⁰ MIRAGEM, Bruno. Curso de direito do consumidor. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, 6. ed., p. 131-132.

⁵²¹ Art. 3º do Código Civil: “São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesseis) anos”. Art. 166 do Código Civil: “É nulo o negócio jurídico quando: I – celebrado por pessoa absolutamente incapaz”.

para o tratamento de seus dados pessoais,⁵²² exigindo dele mesmo a “manifestação livre, informada e inequívoca pela qual o titular concorda com o tratamento de seus dados pessoais para uma finalidade determinada” (art. 5º, XII, da LGPD).

Vale lembrar, 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 em determinadas situações.⁵²³ Além disso, extrai-se tal entendimento também da leitura do Relatório da Comissão Especial Destinada a Proferir Parecer ao Projeto de Lei 4.060/2012 – que posteriormente deu ensejo à LGPD –, o qual declara que a exigência mais elevada de consentimento fica adstrita ao

⁵²² Nesse sentido: “Cabe a ressalva de que o artigo traz a condicionante apenas às crianças, levando a entender que aqueles maiores de 12 anos poderão consentir de forma autônoma, desde que os termos sejam disponibilizados de forma clara e acessível, conforme o § 6º analisado posteriormente” (CARNEIRO, Isabelle da Nóbrega Rito; SILVA, Luiza Caldeira Leite; TABACH, Danielle. Tratamento de dados pessoais. In: Bruno Feigelson; Antonio Henrique Albani Siqueira (Coord.), Comentários à Lei Geral de Proteção de Dados, São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, (edição eletrônica); “Assim sendo, é essencial que pelo menos um dos pais ou responsáveis legais forneça(m) o consentimento. No entanto, é importante notar que o texto legal condiciona a necessidade de consentimento apenas a crianças. Dessa maneira, é possível inferir que maiores de 12 anos podem consentir por conta própria sem a necessidade da interferência de pais ou responsáveis legais, desde que este tramite respeite as premissas legais e seja feito de maneira livre, informada e clara” (LEITE, Luiza, Comentários à lei geral de proteção de dados: Lei 13.709/2018. In: FEIGELSON, Bruno; BECKER, Daniel (Coord.). São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, (edição eletrônica)). V. tb. LIMA, Caio César Carvalho. In: MALDONADO, Viviane Nóbrega; BLUM, Renato Opice (Coord.), LGPD: Lei Geral de Proteção de Dados comentada. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 209-212.

⁵²³ Exemplos de atribuição de relevância à vontade do menor 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.

tratamento de dados de crianças.⁵²⁴ Essa orientação, de resto, compatibiliza-se com a crescente autonomia conquistada pelos adolescentes nas redes sociais e no comércio eletrônico, sendo inegável o cenário fático no qual, diuturnamente, o consentimento para o tratamento de dados tem sido efetuado por maiores de 12 anos. Nesse particular, o legislador reconhece a tipicidade social dessa prática, permitindo a sua disciplina no âmbito da legislação protetiva.

Não há de se confundir, contudo, a autorização para o tratamento dos dados pessoais do adolescente, que deve ser dada por ele de forma livre, informada e esclarecida, com a celebração de negócios jurídicos, para cuja validade se mostra necessária a assistência ou a representação, conforme o caso. Com efeito, a LGPD não autorizou a formação de negócios jurídicos pelo adolescente, matéria que permanece integralmente regida pelo Código Civil. O que a LGPD permite é que o adolescente, sem necessidade de assistência ou representação, consinta com o tratamento de seus dados, em âmbito de relação contratual já existente e para a qual houve o consentimento de seu responsável legal, sob pena de invalidade do negócio jurídico celebrado.

Nos termos do parágrafo 2º do art. 14 da LGPD, os controladores deverão manter públicas as informações sobre os tipos de dados coletados, a forma de sua utilização e os

⁵²⁴ Extrai-se do Relatório: “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” (COMISSÃO ESPECIAL DESTINADA A PROFERIR PARECER AO PROJETO DE LEI Nº4060, DE 2012. Tratamento e Proteção de Dados Pessoais. Projeto de Lei nº 4.060, de 2012. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1663305&filename=. Acesso em 11 jan. 2021.)

procedimentos para o exercício dos direitos a que se refere o art. 18. Essa norma aplica-se a dados de crianças e de adolescentes.⁵²⁵ Além disso, os controladores deverão realizar todos os esforços razoáveis para verificar se o consentimento foi manifestado pelo responsável da criança, consideradas as tecnologias disponíveis (art. 14, §5º, da LGPD).

Desse modo, deverão os controladores estar atentos e exigir peremptoriamente a data de nascimento do usuário e demais informações adicionais pertinentes, a fim de apurar sua verdadeira idade para, se for o caso, suspender o tratamento de dados até a obtenção do consentimento do responsável. Cuida-se de dever legal implícito imposto aos controladores. Outras informações que, a depender da situação e do tipo de serviço, podem ser relevantes para a melhor identificação do emissor do consentimento são o número de seu cartão de crédito e o número de seu CPF.

Assim como no GDPR, a questão do consentimento do responsável pela criança na LGPD levanta numerosas discussões sobre sua implementação, como aquela atinente à forma com que o controlador verificará se a pessoa que forneceu o consentimento é realmente um dos responsáveis. Não foi explícita a Lei acerca do que viria a ser o “esforço razoável” por parte do controlador e quem avaliará a tecnologia implementada e o grau de diligência por ele desempenhado, indagando-se se seria essa uma atribuição da Autoridade Nacional de

⁵²⁵ “Neste parágrafo, importante observar que, a despeito da menção ao § 1º (o qual limita a aplicação do texto às crianças), a partir da leitura do Relatório da Comissão Especial já mencionado, o melhor entendimento é de que essa obrigação se estende a quem realiza, também, o tratamento de adolescentes. Com base nisso, o entendimento é o de que, por cautela, a obrigação do § 2º deve ser entendida como aplicável aos controladores que tratam dados de crianças ou de adolescentes” (LIMA, Caio César Carvalho. In: MALDONADO, Viviane Nóbrega; BLUM, Renato Opice (Coord.), LGPD: Lei Geral de Proteção de Dados comentada. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 209-212).

Proteção de Dados. Questiona-se ainda, do ponto de vista educacional, qual seria a extensão dos espaços de liberdade na internet a serem assegurados às crianças e adolescentes sem a interferência de seus pais.

O § 4º do artigo 14 da LGPD prevê que os controladores não deverão condicionar a participação de crianças em jogos, aplicações de internet ou outras atividades ao fornecimento de informações além das estritamente necessárias à atividade, mostrando-se assim refratário à requisição excessiva de dados de crianças em serviços de entretenimento. O preceito também se aplica a dados de adolescentes, “uma vez que se trata de natural extensão dos princípios da finalidade, necessidade e adequação, os quais têm ampla aplicação”.⁵²⁶ O dispositivo prestigia o princípio da minimização dos dados, segundo o qual os dados devem ser adequados, pertinentes e limitados ao que for necessário às finalidades para as quais serão tratados. Desrespeitada tal previsão, o tratamento dos dados poderá ser considerado abusivo, mesmo tendo havido consentimento do responsável pela criança ou do adolescente.⁵²⁷ Busca-se,

⁵²⁶ LIMA, Caio César Carvalho. In: MALDONADO, Viviane Nóbrega; BLUM, Renato Opice (Coord.). LGPD: Lei Geral de Proteção de Dados comentada, São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 209-212; CARNEIRO, Isabelle da Nóbrega Rito; SILVA, Luiza Caldeira Leite; TABACH, Danielle. Tratamento de dados pessoais. In: FEIGELSON, Bruno; SIQUEIRA, Antonio Henrique Albani (Coord.), Comentários à Lei Geral de Proteção de Dados, São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. E-book; STINGHEN, João Rodrigo, Cartórios e proteção de dados: tratamento de dados especiais: dados sensíveis ou de crianças têm restrição no tratamento e exigem mais transparência. Jota. [s.l.]. 26 mar. 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/cartorios-e-protecao-de-dados-tratamento-de-dados-especiais-26032020>. Acesso em: 11.2.2021. A rigor, tal regra “vale para menores e maiores de idade” (COTS, Márcio; OLIVEIRA, Ricardo. cit.).

⁵²⁷ FRAZÃO, Ana. Nova LGPD: tratamento dos dados de crianças e adolescentes. Jota. [s.l.]. 3 out. 2018. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/nova-lgpd-tratamento-dos-dados-de-criancas-e-adolescentes-03102018>. Acesso em: 30.2.2021.

assim, afastar políticas de tudo ou nada, em que o usuário ou aceita todas as disposições e termos do serviço ou não pode utilizá-lo.

Prevê-se, ainda, no § 6º, que as informações sobre o tratamento de dados referidas no artigo 14 devem ser fornecidas de maneira simples, clara e acessível,⁵²⁸ consideradas as características físico-motoras, perceptivas, sensoriais, intelectuais e mentais do usuário, com uso de recursos audiovisuais quando adequado, de forma a proporcionar informação necessária aos pais ou ao responsável legal e adequada ao entendimento da criança e do adolescente. As ações direcionadas ao cumprimento dos deveres de informação e de transparência deverão se adequar à capacidade de compreensão das crianças e adolescentes, sujeitos que apresentam condição peculiar, por se encontrarem em desenvolvimento.⁵²⁹

Vislumram-se na LGPD também hipóteses de tratamento de dados de menores sem a necessidade de consentimento. O consentimento constitui-se em uma das bases legais para o tratamento de dados, mas não é a única. A LGPD não instituiu

⁵²⁸ Nesse sentido, o art. 12, do GDPR: “Transparência das informações, das comunicações e das regras para exercício dos direitos dos titulares dos dados. 1. O responsável pelo tratamento toma as medidas adequadas para fornecer ao titular as informações a que se referem os artigos 13.o e 14.o e qualquer comunicação prevista nos artigos 15.o a 22.o e 34.o a respeito do tratamento, de forma concisa, transparente, inteligível e de fácil acesso, utilizando uma linguagem clara e simples, em especial quando as informações são dirigidas especificamente a crianças. As informações são prestadas por escrito ou por outros meios, incluindo, se for caso disso, por meios eletrônicos. Se o titular dos dados o solicitar, a informação pode ser prestada oralmente, desde que a identidade do titular seja comprovada por outros meios.”

⁵²⁹ Observa-se que a norma acima deve ser lida juntamente com as disposições do Estatuto da Criança e do Adolescente, especialmente seus artigos 70 e 71, segundo os quais é dever de todos prevenir a ocorrência de ameaça ou violação aos direitos da criança e do adolescente, sujeitos esses que têm direito à informação, cultura, lazer, esportes, diversões e produtos e serviços que respeitem suas condições peculiares de pessoas em desenvolvimento.

norma com rol exclusivo para o tratamento dos dados de crianças e adolescentes, devendo ser também aplicadas as disposições dos artigos 7º e 11.⁵³⁰ Entende-se que o art. 14 complementa as mencionadas bases legais, trazendo algumas restrições e hipóteses específicas para o tratamento de dados de menores. Tal entendimento, porém, ainda se encontra em construção, diante da importância do tema, e deverá ser objeto

⁵³⁰ Há de se questionar, todavia, a aplicação das disposições acerca da tutela do crédito (art. 7º, X) e do atendimento dos interesses legítimos do controlador ou de terceiro (art. 7º, IX) para o tratamento de dados de menores. No caso do legítimo interesse, o legislador ressaltou que a hipótese não será possível “se prevalecerem direitos e liberdades fundamentais do titular que exijam a proteção dos dados pessoais”. Sobre a exceção, é necessário ponderar que, no caso de dados de crianças e adolescentes, será importante considerar tal ressalva com maior cuidado, assim como optou o Regulamento europeu em seu art. 6º: “Licitude do tratamento 1. O tratamento só é lícito se e na medida em que se verifique pelo menos uma das seguintes situações: (...) f) O tratamento for necessário para efeito dos interesses legítimos prosseguidos pelo responsável pelo tratamento ou por terceiros, exceto se prevalecerem os interesses ou direitos e liberdades fundamentais do titular que exijam a proteção dos dados pessoais, em especial se o titular for uma criança”. Cf., também, COTS, Márcio; OLIVEIRA, Ricardo. Lei geral de proteção de dados pessoais comentada, São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. E-book.; EBERLIN, Fernando Büscher von Teschenhausen. Direitos da criança na sociedade da informação, São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. E-book.

de esclarecimento pela Autoridade Nacional de Proteção de Dados brasileira.⁵³¹

Em complemento às hipóteses de autorização legal para o tratamento de dados, afirma-se no § 3º do artigo 14 que poderão ser coletados dados pessoais de crianças sem o consentimento a que se refere o § 1º do mencionado artigo quando: a) a coleta for necessária para contatar os pais ou o responsável legal, devendo os dados ser utilizados uma única vez e sem armazenamento; ou b) para a proteção da criança. Porém, em nenhum caso, esses dados poderão ser repassados a terceiro sem o consentimento de que trata o § 1º.

Em suma, a disposição relativa ao tratamento de dados de crianças e adolescentes mostra-se significativa e de extrema relevância, exigindo-se interpretação que priorize o melhor interesse desses sujeitos e a constante incorporação à norma infraconstitucional dos valores e princípios constitucionais. Afigura-se crucial enfatizar que o sistema delineado pela LGPD não tem o condão de suplantiar as regras atinentes à capacidade civil. Ou seja, não se pode confundir a normativa delineada na LGPD com as regras pré-existentes, que continuam em vigor

⁵³¹ Cfr., nesse sentido: “No caso em tela, que envolve menores de idade, não foi estabelecida norma especial com novas possibilidades para o tratamento, devendo ser aplicadas, como regra, as disposições dos arts. 7º e 11, que trazem as hipóteses previstas pela LGPD para o tratamento de dados pessoais. Como complemento às hipóteses de autorização legal para o tratamento de dados, afirma-se, no § 3º do art. 14, que poderão ser coletados dados pessoais de crianças sem o consentimento a que se refere o § 1º do mencionado artigo quando: a) a coleta for necessária para contatar os pais ou o responsável legal, devendo os dados ser utilizados uma única vez e sem armazenamento; ou b) para a proteção da criança.” (TEFFÉ, Chiara Spadaccini. Proteção de dados de crianças e adolescentes na Lei Geral de Proteção de Dados, cit., p. 58-59). V. tb. CAGNONI, Ana Carolina. Tratamento de Dados Pessoais de Crianças e Adolescentes: a LGPD e os demais diplomas legais existentes no Brasil. In: PALHARES, Felipe. Temas atuais de proteção de dados, São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. E-book.

no ordenamento jurídico brasileiro, atinentes à personalidade e capacidade dos menores quanto à prática dos atos da vida civil.

3. O SISTEMA DE INCAPACIDADES NO CÓDIGO CIVIL

Todas as pessoas, indistintamente, possuem aptidão para participar de relações jurídicas, adquirindo direitos e contraindo deveres. Essa noção qualitativa é tradicionalmente designada pela doutrina como personalidade, ou, ainda, como capacidade de direito ou de gozo.⁵³² A capacidade de fato, por sua vez, refere-se à possibilidade de a pessoa exercer por si os seus direitos.⁵³³

Além da capacidade para as relações jurídicas em geral, deve-se verificar a legitimação, isto é, a aptidão do sujeito para figurar como parte em determinadas relações jurídicas especificamente consideradas pelo legislador.⁵³⁴ De modo que, muito embora capaz, é possível que, em virtude da valoração legislativa dos interesses em jogo, falte-lhe legitimação para agir, como o tutor para adquirir bens do tutelado.⁵³⁵

Note-se que, a rigor, há dois sentidos técnicos para o conceito de personalidade. O primeiro confunde-se com a noção de

⁵³² BEVILAQUA, Clovis, Código Civil dos Estados Unidos do Brasil, vol. I, Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1956, p. 138-139.

⁵³³ Sobre o tema, cf. ANDRADE, Manuel A. Domingues de. Teoria Geral da Relação Jurídica, vol. I, Coimbra: Almedina, 2003, p. 31; GOMES, Orlando. Introdução ao Direito Civil, Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 165-166; TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato. Fundamentos do Direito Civil, cit., p. 111-112.

⁵³⁴ MONTEIRO, Washington de Barros, Curso de Direito Civil, vol. I, São Paulo: Saraiva, 2007, p. 67.

⁵³⁵ Art. 1.749 do Código Civil: "Ainda com a autorização judicial, não pode o tutor, sob pena de nulidade: I – adquirir por si, ou por interposta pessoa, mediante contrato particular, bens móveis ou imóveis pertencentes ao menor; (...)". Art. 497 do Código Civil: "Sob pena de nulidade, não podem ser comprados, ainda que em hasta pública: I – pelos tutores, curadores, testamentários e administradores, os bens confiados à sua guarda ou administração; (...)".

capacidade de gozo, associando-se à qualidade para ser sujeito de direito, conceito aplicável tanto às pessoas físicas quanto às jurídicas. O segundo, por outro lado, traduz o conjunto de características e atributos da pessoa humana, considerada como objeto de proteção prioritária pelo ordenamento, sendo peculiar, portanto, à pessoa natural.⁵³⁶

Na medida em que a busca da realização da dignidade da pessoa humana consubstancia o fim último do ordenamento, deve-se apartar conceitualmente a personalidade como valor próprio da pessoa natural, da noção de personalidade tradicionalmente empregada, isto é, como aptidão para ser sujeito de direitos e de obrigações, a qual, por concernir a elemento estrutural da relação jurídica, igualmente é atribuída às pessoas jurídicas.⁵³⁷

Para evitar a confusão, a doutrina atual aparta a noção de subjetividade (na acepção subjetiva) daquela de personalidade (entendida objetivamente), esta expressão da dignidade da pessoa humana e objeto de tutela privilegiada pela ordem jurídica constitucional. A subjetividade indica uma qualidade, a aptidão para ser sujeito de direito – correspondendo ao conceito de capacidade de gozo –, ao passo que a capacidade de fato consiste na intensidade do seu conteúdo, sendo, por isso mesmo, considerada a medida da subjetividade.⁵³⁸ Por conseguinte, a subjetividade, não já a personalidade, pode ser atribuída às pessoas jurídicas. Somente as pessoas naturais,

⁵³⁶TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro, In: Temas de Direito Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 28-29. Cf., também, TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato. Fundamentos do Direito Civil, cit., com ampla e atualizada bibliografia.

⁵³⁷V. Pietro Perlingieri, *La persona e i suoi diritti*, Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2005, p. 14.

⁵³⁸V. TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato. Fundamentos do Direito Civil, cit., p. 111-112.

por sua vez, são dotadas de personalidade e, por isso mesmo, constituem objeto de proteção máxima pelo ordenamento.

Como nem todas as pessoas dispõem de capacidade de fato, o direito tradicionalmente oferece mecanismos para suprir dois diversos níveis de incapacidade, diferenciando o absolutamente incapaz, cujos atos da vida civil deverão ser efetuados, em seu nome e em seu exclusivo interesse, por representante definido por lei, do relativamente incapaz, que pratica, ele próprio, os atos da vida civil, embora assistido por pessoas especialmente designadas pelo legislador para este fim.⁵³⁹ A manifestação volitiva do absolutamente incapaz, efetuada sem o intermédio de representante, acarreta a nulidade do ato, conforme dispõe o art. 166, I, Código Civil.⁵⁴⁰ De outra parte, os atos realizados por relativamente incapaz sem a devida assistência consideram-se anuláveis.⁵⁴¹

O regime das incapacidades foi formulado com vistas a proteger o incapaz. Nada obstante, o modelo de proteção abstrato, que diferencia a incapacidade em absoluta ou relativa, sem permitir de maneira geral, salvo algumas hipóteses como no caso do pródigo,⁵⁴² modulação dos efeitos da incapacidade,

⁵³⁹ TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato. Fundamentos do Direito Civil, cit., p. 113.

⁵⁴⁰ Código Civil: “Art. 166. É nulo o negócio jurídico quando: I – celebrado por pessoa absolutamente incapaz; (...)”

⁵⁴¹ Código Civil: “Art. 171. Além dos casos expressamente declarados na lei, é anulável o negócio jurídico: I – por incapacidade relativa do agente; (...)”

⁵⁴² Art. 1.782 do Código Civil: “A interdição do pródigo só o privará de, sem curador, emprestar, transigir, dar quitação, alienar, hipotecar, demandar ou ser demandado, e praticar, em geral, os atos que não sejam de mera administração”.

acabou por indevidamente tolher a autonomia do incapaz, notadamente nas situações existenciais.⁵⁴³

Se nas situações patrimoniais mostra-se possível dissociar a titularidade do exercício, nas existenciais tal não se afigura viável.⁵⁴⁴ Por isso, impossibilitar aos incapazes a escolha, por si mesmos, de constituir família, procriar, registrar filhos, interferir na educação destes, equivale a alijá-los dessas situações existenciais. Daí a necessidade de o regime das incapacidades ser aplicado de forma diversa para relações patrimoniais e existenciais.⁵⁴⁵ Os efeitos da incapacidade devem ser proporcionais à exata medida da ausência do

⁵⁴³ “O estado pessoal patológico ainda que permanente da pessoa, que não seja absoluto ou total, mas graduado e parcial, não se pode traduzir em uma série estereotipada de limitações, proibições e exclusões que, no caso concreto, isto é, levando em conta o grau e a qualidade do déficit psíquico, não se justificam e acabam por representar camisas de força totalmente desproporcionadas e, principalmente, em contraste com a realização do pleno desenvolvimento da pessoa” (PERLINGIERI, Pietro. *O Direito Civil na Legalidade Constitucional*, Rio de Janeiro: Renovar: 2008, p. 781). V. também: ALMEIDA, Vitor. *A capacidade civil das pessoas com deficiência e os perfis da curatela*. Belo Horizonte: Fórum, 2019, pp. 168-186.

⁵⁴⁴ “Na categoria do ser não existe dualidade entre sujeito e objeto, pois ambos representam o ser, e a titularidade é institucional, orgânica. Quando o objeto de tutela é a pessoa, a perspectiva deve mudar: torna-se uma necessidade lógica reconhecer, em razão da natureza especial do interesse protegido, que é exatamente a pessoa a constituir ao mesmo tempo o sujeito titular do direito e o ponto de referência objetivo da relação” (PERLINGIERI, Pietro. *O Direito Civil na Legalidade Constitucional*, cit., p. 764).

⁵⁴⁵ Cf. TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Deficiência psíquica e curatela: reflexões sob o viés da autonomia privada*. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*, n. 7, 2009, p. 70.

discernimento,⁵⁴⁶ para que o intuito protetivo não se reverta em indevida supressão da autonomia do sujeito.⁵⁴⁷

O Estatuto da Pessoa com Deficiência – EPD veio ao encontro dessas preocupações, com foco na pessoa com deficiência.⁵⁴⁸ Após o EPD, são considerados absolutamente incapazes apenas os menores de 16 anos (art. 3º do Código Civil). Embora essa alteração suscite dúvida, a exemplo de como enquadrar adequadamente a pessoa que se encontra

⁵⁴⁶ V. TJDF, Apelação Cível 20140510102588, 6ª T. C., Rel. Des. Ana Maria Duarte Amarante Brito, julg. 2.3.2016; TJMG, Apelação Cível 1649462-38.2004.8.13.0079, 6ª CC., Rel. Des. Maurício Barros, julg. 12.2.2008; e TJRJ, Apelação Cível 0008400-14.2009.8.19.0024, 3ª C.C., Des. Rel. Renata Cotta, julg. 7.11.2013; TJMG, Ap. Cív. 1.0000.18.009578-8/001, 7ª C.C., Rel. Des. Peixoto Henriques, julg. 14.5.2019; TJRJ, Ap. Cív. 0197666-40.2019.8.19.0001, 13ª CC, Rel. Des. Fernando Fernandy Fernandes, julg. 19.10.2020; TJSP, Ap. Cív. 1115754-08.2016.8.26.0100, 9ª Câmara, Dir. Priv., Rel. Des. Rogério Murillo Pereira Cimino, julg. 3.2.2021.

⁵⁴⁷ PERLINGIERI, Pietro. O Direito Civil na Legalidade Constitucional, cit., p. 779-780; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima. A renovação do instituto da curatela e a autonomia privada do incapaz no âmbito existencial: uma reflexão a partir da esterilização de pessoa maior incapaz, cit., p. 36; RODRIGUES, Rafael Garcia. A pessoa e o ser humano no novo Código Civil. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). O Código Civil na perspectiva civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2013, p. 43.

⁵⁴⁸ Art. 2º da Lei 13.146/2015: "Considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas".

em estado vegetativo,⁵⁴⁹ o EPD pretende a identificação, no caso concreto, da real aptidão psíquica e cognitiva, tutelando a autonomia do sujeito o máximo possível.⁵⁵⁰

Como se vê, o regime das incapacidades sofreu grande mudança com o advento do EPD, o qual, informado pela Constituição da República, poderá suplantar categorias formalistas e abstratas em prol da proteção da pessoa concretamente considerada, daí decorrendo a valorização do discernimento humano, notadamente nas situações existenciais. Nessa esteira também deve ser compreendida

⁵⁴⁹ O art. 4º, III, do Código Civil trata como relativamente incapazes “aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade”, mas, a rigor, o estado vegetativo é incompatível com o instituto da assistência. Sobre o tema, v. BARBOZA, Heloisa Helena; ALMEIDA, Vitor. A capacidade civil à luz do Estatuto da Pessoa com Deficiência. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de (org.), *Direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas: Convenção sobre os direitos da pessoa com deficiência e Lei Brasileira de Inclusão*. Rio de Janeiro: Processo, 2016, p. 264-265; SOUZA, Eduardo Nunes de Souza; SILVA, Rodrigo da Guia. Dos negócios jurídicos celebrados por pessoa com deficiência psíquica e/ou intelectual: entre a validade e a necessidade de proteção da pessoa vulnerável. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de (org.), *Direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas: Convenção sobre os direitos da pessoa com deficiência e Lei Brasileira de Inclusão*. Rio de Janeiro: Processo, 2016, p. 313.

⁵⁵⁰ “Vimos que a noção de discernimento é nuançada, graduada, sendo assim percebida pelo Direito. Assim, para averiguar e mensurar se alguém não tem discernimento, ou a medida da redução do discernimento, deve o intérprete operar um raciocínio atento às singularidades da pessoa (“raciocínio por concreção”) diverso do que desenvolve quando a incapacidade é determinada em vista de uma categoria genérica, como a idade, por exemplo. Não é a pessoa como abstrato sujeito, mas é a pessoa de carne e osso, em sua concretude e em suas circunstâncias, que deverá estar no centro do raciocínio” (MARTINS-COSTA, Judith. Capacidade para consentir e esterilização de mulheres. In: MARTINS-COSTA, Judith.; MOLLER, Leticia Ludwig (orgs.), *Bioética e responsabilidade*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 326). V. tb. BARBOZA, Heloisa Helena. Reflexões sobre a autonomia negocial. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Coords.). *O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas – Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 421-422.

temática do consentimento para fins de tratamento de dados pessoais, consoante a normativa delineada na LGPD,⁵⁵¹ e diante do evidente avanço da norma ao atribuir maior liberdade aos adolescentes para manifestarem sua vontade de forma autônoma e válida quanto aos seus dados, sem que se pretenda sobrepor ou confundir tal lei específica com o sistema em vigor para a prática dos atos por sujeitos considerados incapazes pelo regime atual.

4. NEGÓCIOS JURÍDICOS CELEBRADOS POR INCAPAZES NA REDE E SUA VALIDADE

Como se sabe, crianças e adolescentes possuem grande facilidade de manuseio de computadores e navegação na Internet e, desse modo, podem realizar contratos eletrônicos para *download* de jogos, realização de cursos, aquisição de livros, *softwares* e produtos variados, donde resulta o questionamento sobre a validade desses contratos.⁵⁵²

Basta pensar na situação em que uma criança de 11 anos de idade depara-se com anúncio de jogo de computador no qual tem interesse e realiza o seu cadastro no *site*, preenchendo todas as informações solicitadas para a concretização da

⁵⁵¹ Sobre a aplicação desta mesma lógica à LGPD, especialmente quando da análise do consentimento para o tratamento de dados dos adolescentes: “Não se pode cair no equívoco de um excessivo formalismo, sob pena de engessarmos novos modelos de negócios e relações relevantes para a dinâmica comunicacional do ser humano. Nessa perspectiva, é necessário verificar o interesse subjacente ao ato e sua repercussão na esfera do menor. Para tal, a análise do discernimento e da maturidade do sujeito se mostra fundamental. O critério etário é importante, mas não deve ser único ou absoluto” (TEFFÉ, Chiara Spadaccini de. Tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes: proteção e consentimento. In: Pesquisa sobre o uso da internet por crianças e adolescentes no Brasil: TIC kids online Brasil 2018. São Paulo: Comitê Gestor da Internet no Brasil, 2019, p. 49-53).

⁵⁵² LEAL, Sheila do Rocio Cercal Santos. Contratos eletrônicos: validade jurídica dos contratos via internet. Paulo: Atlas, 2009, p. 131.

compra, alterando tão somente o ano de seu nascimento a fim de que seu cadastro seja validado. Após o cadastramento, realiza o pedido do jogo, a ser pago com o cartão de crédito de um de seus responsáveis ou via boleto bancário. O jogo é devidamente enviado e o menor, comprador, recebe o item em sua residência, além da nota fiscal eletrônica, concluindo assim a transação econômica.⁵⁵³ Tal cenário exige do intérprete duas ordens de investigação, acerca: i) da validade e dos efeitos produzidos pelo contrato celebrado pelo menor; e ii) da existência de regular consentimento, nos moldes do §1º do art. 14, que indica que, quando a base legal for o consentimento, o tratamento dos dados pessoais das crianças deverá ser realizado com base no consentimento específico e em destaque dado por, pelo menos, um dos pais ou pelo responsável legal.

Como espécie de válvula de escape para o rigor técnico imposto pelo excessivo controle de validade dos negócios jurídicos, desenvolveu-se, a partir do final da primeira metade do século XX, a teoria das relações contratuais de fato, a qual, ao confrontar a realidade jurídica à realidade fática, teve o mérito de alargar a admissibilidade, pelo direito, de relações admitidas socialmente.⁵⁵⁴

Trata-se de buscar alternativas ao excessivo controle de validade do negócio, que acaba por excluir de seu espectro de incidência certas atividades que, em sua substância, despidas

⁵⁵³ MILAGRES, Marcelo de Oliveira; GONÇALVES, Thatiane Rabelo. A despersonalização na contratação eletrônica: a realidade dos contratos de fato. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 117/2018, maio-jun./2018, p. 2.

⁵⁵⁴ Sobre o tema, cfr. SILVA, Juliana Pedreira da. *Contratos sem negócio jurídico: crítica das relações contratuais de fato*, São Paulo: Editora Atlas, 2011; e TEPEDINO, Gustavo. *Atividade sem negócio jurídico fundante e seus desdobramentos na teoria contratual*. Prefácio a SILVA, Juliana Pedreira da. *Contratos sem negócio jurídico: crítica das relações contratuais de fato*, São Paulo: Editora Atlas, 2011.

do aparato negocial, são admitidas como socialmente úteis e legítimas pelo corpo social. Exemplo eloquente são os negócios celebrados por incapazes, traduzindo-se em atos corriqueiros e muitas vezes necessários na vida civil de crianças e adolescentes, contratos simples do cotidiano, conhecidos como “comportamentos socialmente típicos”.⁵⁵⁵ Tais atos desafiam frontalmente a teoria das incapacidades, segundo a qual restaria deflagrada sua nulidade (na hipótese do absolutamente incapaz sem representação) ou anulabilidade (em se tratando de relativamente incapaz não assistido).⁵⁵⁶

Diante do contraste entre a legitimidade da atividade desenvolvida e a invalidação do ato negocial que a constitui, autores de renome sustentaram a preservação dos efeitos de tais atos a despeito de sua invalidade. No início do século XX, Haupt construiu teoria pioneira nesta direção.⁵⁵⁷ Com resultados semelhantes, Larenz produziu trabalho importantíssimo no qual concebeu a categoria dos comportamentos socialmente

⁵⁵⁵ “Todos nós, e diversos juristas, já se questionaram a respeito do fato de um menino de 12 anos fazer compras, ir a uma farmácia para comprar um medicamento ou comprar um brinquedo, ou, ainda, assumir a posse de uma coisa, situações essas que, obviamente, não se enquadram no âmbito do art. 104 do novo Código e nem se albergavam no espectro do art. 82 do Código de 1916, mas, quer-se crer que, ninguém seriamente jamais pôs em dúvida que essas compras feitas por um menino são válidas e “legitimadas” pela ordem jurídica. (...) . Em tais casos, de compras feitas por uma criança, o que exige a ordem jurídica é o discernimento e não a capacidade civil.” (ALVIM NETTO, José Manoel de Arruda. A função social dos contratos no novo código civil. Revista dos Tribunais, vol. 815, 2003, p. 3). V. também, SILVA, Juliana Pedreira da. Contratos sem negócio jurídico: crítica das relações contratuais de fato, São Paulo: Editora Atlas, 2011.

⁵⁵⁶ SOUZA, Eduardo Nunes de. Perfil dinâmico da invalidade negocial. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de; RODRIGUES, Francisco Luciano Lima. Pessoa e mercado sob a metodologia do direito civil-constitucional, Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2016, p. 85-86.

⁵⁵⁷ HAUPT, Günther. Über faktische Vertragsverhältnisse, 1941.

típicos.⁵⁵⁸ De outra parte, na doutrina italiana, Ascarelli⁵⁵⁹ e outros conceituados autores desenvolveram, em diversos campos da autonomia privada, o que seria a teoria das relações jurídicas de fato, a qual atingiu o seu apogeu nos anos 1960 e 1970, com o seu reconhecimento pela Corte Suprema Alemã – BGH (*Bundesgerichtshof*).⁵⁶⁰

Na atualidade, recomenda-se reler a doutrina dos comportamentos socialmente típicos, a partir (não já do afastamento do elemento volitivo como motor da livre iniciativa, mas) da distinção entre a vontade negocial e a vontade contratual. O negócio jurídico mantém-se vinculado ao controle estabelecido pelo Código Civil. Ao seu lado, contudo, uma série de atividades socialmente típicas, decorrentes de atos não negociais, é valorada positivamente, de modo que a ordem

⁵⁵⁸ LARENZ, Karl. O estabelecimento de relações obrigacionais por meio de comportamento social típico (1956). Revista Direito GV, vol. 2, n. 1, jan.-jun./2006. Note-se que Larenz acabaria revendo sua posição a partir da terceira edição de seu famoso livro dedicado ao direito das obrigações, e sucumbindo à doutrina alemã majoritária, passou a explicar o comportamento social típico como expressão da vontade presumida, nos termos do § 151 do BGB, ou como mecanismo excepcional de ressarcimento para se evitar enriquecimento sem causa. (LARENZ, Karl. Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, München: Beck, 2004, 9ª ed., p. 578-580, atualizado por Manfred Wolf). Para análise minuciosa sobre a matéria, remeta-se a TEPEDINO, Gustavo. Atividade sem negócio jurídico fundante e seus desdobramentos na teoria contratual. Prefácio a SILVA, Juliana Pedreira da. Contratos sem negócio jurídico: crítica das relações contratuais de fato, São Paulo: Editora Atlas, 2011.)

⁵⁵⁹ ASCARELLI, Tullio. Lezioni di diritto commerciale - Introduzione, 1955, Milano: Giuffrè, p. 102 a 108. Sobre o tema, v. também o verbete fundamental de AULETTA, Giuseppe (Attività (dir. priv.)). In: Enciclopedia del diritto, vol. III, Milano: Giuffrè, 1958, p. 982.

⁵⁶⁰ V. ANGELICI, Carlo. Responsabilità precontrattuale e protezioine dei terzi in una recente sentenza del Bundesgerichtshof. Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni, I, a. LXXV, 1977, p. 23-30. A mudança de orientação da corte foi analisada em: TEPEDINO, Gustavo. Atividade sem negócio jurídico fundante e seus desdobramentos na teoria contratual. Prefácio a SILVA, Juliana Pedreira da. Contratos sem negócio jurídico: crítica das relações contratuais de fato, São Paulo: Editora Atlas, 2011.

jurídica reconhece, como jurígenos, seus efeitos. Enquanto no negócio jurídico a declaração de vontade hígida é um *príus* para a sua validade (elemento essencial), nas atividades socialmente típicas a vontade suscita verificação *in posterius*, a partir dos efeitos por elas produzidos, independentemente de declaração destinada à instauração do vínculo, conferindo-se juridicidade a relações sociais que, de outra forma, não poderiam ser admitidas.⁵⁶¹

De fato, a admissão da relação contratual sem negócio permite atribuir chancela jurídica a efeitos socialmente reconhecidos, a partir de qualificação *a posteriori* da função da atividade realizada, estabelecendo-se, dessa forma, controle de merecimento de tutela, à luz da legalidade constitucional, acerca de atos praticados sem negócio jurídico de instauração (mas que, nem por isso, podem ser considerados fora da lei), cuja eficácia, de ordinário, é mais restrita do que a gama de efeitos almejados pelo negócio.⁵⁶² Basta lembrar as hipóteses do funcionário público cujo acesso à carreira não se deu por concurso público;⁵⁶³ ou do vínculo empregatício do apontador de jogo do bicho, ao qual a remuneração é preservada a

⁵⁶¹ SILVA, Juliana Pedreira da. Contratos sem negócio jurídico: crítica das relações contratuais de fato, São Paulo: Editora Atlas, 2011.

⁵⁶² PERLINGIERI, Pietro. Manuale di diritto civile, Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2014, 7ª ed., p. 519.

⁵⁶³ A respeito, v. o Enunciado n. 363 da Súmula do TST: "Contrato nulo. Efeitos. A contratação de servidor público, após a CF/1988, sem prévia aprovação em concurso público, encontra óbice no respectivo art. 37, II e § 2º, somente lhe conferindo direito ao pagamento da contraprestação pactuada, em relação ao número de horas trabalhadas, respeitado o valor da hora do salário mínimo, e dos valores referentes aos depósitos do FGTS (Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003)".

despeito da nulidade do vínculo;⁵⁶⁴ ou, em especial, do menor que adquire, por si mesmo, produtos ou serviços. Em todos esses casos, a invalidade dos negócios não exclui a admissibilidade, para certos fins, de eficácia jurídica à atividade desenvolvida.

Aos contratos eletrônicos também se pode transpor a teoria das atividades socialmente típicas. Para tanto, há de se avaliar o merecimento de tutela de contratação pelos menores sem a presença do responsável legal, notadamente em relação ao tipo de contrato celebrado, se educativo ou não, por exemplo. Entende-se que é necessário que não haja prejuízo ao incapaz.⁵⁶⁵

A despeito de todas essas discussões, e da sempre indispensável atenção dos responsáveis quanto às atividades desenvolvidas pelos menores nos sistemas de computadores, são salutares as propostas para tornar o meio eletrônico cada vez mais seguro e resguardado ao adequado trânsito de crianças e adolescentes, em prol de seu melhor interesse.

Também é possível que os fornecedores façam constar em suas lojas virtuais a exigência de que o contratante informe sua idade, com aviso expresso de que não serão aceitos contratos com menores de idade.⁵⁶⁶ Além disso, instado a

⁵⁶⁴ A respeito, v. a O.J. n. 199 da SDI-1: "Jogo do bicho. Contrato de trabalho. Nulidade. Objeto ilícito (título alterado e inserido dispositivo) - DEJT divulgado em 16, 17 e 18.11.2010. É nulo o contrato de trabalho celebrado para o desempenho de atividade inerente à prática do jogo do bicho, ante a ilicitude de seu objeto, o que subtrai o requisito de validade para a formação do ato jurídico".

⁵⁶⁵ "Os efeitos pretendidos pelo particular, se nocivos ao incapaz, são contrários aos interesses da sociedade, que devem prevalecer. Contudo, note-se, como se pretende reiterar adiante, se o negócio celebrado por absolutamente incapaz sem representação lhe for benéfico, não haverá justificativa para a nulidade." (BDINE JÚNIOR, Hamid Charaf. Efeitos do negócio jurídico nulo, São Paulo: Saraiva, 2010, p. 15.)

⁵⁶⁶ ENEAS, Maria Soares; REGO, Amanda Barbosa, Validade jurídica dos contratos eletrônicos. Revista da Faculdade de Direito de Uberlândia, vol. 36: 315-353, 2008, p. 346.

decidir sobre a validade do contrato celebrado eletronicamente, o juiz também deve analisar todas as circunstâncias concretas, prestigiando o princípio da boa-fé objetiva entre as partes.⁵⁶⁷ Aplica-se aqui, inclusive, a regra segundo a qual se o menor for relativamente capaz e houver ocultado sua idade ou se fizer passar dolosamente por pessoa maior, não poderá invocar

⁵⁶⁷ Analisando interessante caso, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro aplicou a teoria dos comportamentos socialmente típicos em hipótese que envolvia a contratação de linha telefônica por menor, que possuía 15 anos à época, para fins de afastar a anulação do contrato celebrado. Veja-se: “Demanda movida por menor, impúbere ao tempo dos fatos narrados, em face de concessionária fornecedora de serviços de telefonia móvel. Autor que narra haver contratado linha telefônica pré-paga, quando tinha quinze anos de idade, sem o conhecimento de seus pais, os quais apenas vieram a tomar conhecimento do fato meses depois, quando a concessionária teria supostamente alterado o plano para pós-pago, e remetido faturas de cobrança para sua residência. Contrato celebrado com a concessionária que, em princípio, é formalmente nulo, tendo em vista a norma dos artigos 104, I e 166, I do Código Civil. Contratação de produtos e serviços de necessidade cotidiana por incapazes que, no entanto, é amplamente aceita no meio social, ocorrendo a todo tempo sem que se questione a validade de tais atos. Teoria das relações contratuais de fato ou comportamentos socialmente típicos. Hipótese em que resta claro que o menor se beneficiou da contratação, auferindo proveito útil da linha telefônica por meses, o que evidencia que a restituição dos valores por ele pagos apenas geraria enriquecimento sem causa. Invalidez dos atos celebrados por incapazes que se funda na presunção, pela ordem jurídica, de uma fragilidade do menor em decorrência de seu pouco discernimento, o que não restou evidenciado no presente caso. Ausente a falha na prestação do serviço, não se justifica, tampouco, cogitar do dever de indenizar por danos morais. Concessionária que agiu de boa-fé e providenciou voluntariamente a desativação da linha, tão logo tomou conhecimento da controvérsia. Sentença que se mantém. Recurso não provido” (TJRJ, 23ª CC, Ap. Cív. 00006793020158190079, Rel. Des. Celso Silva Filho, julg. 30.10.2019). Na mesma direção, v. TJSP, 23ª CDP, Ap. Cív. 7082551100, Rel. Des. Rizzatto Nunes, julg. 13.8.2008, publ. DJ 22.9.2008; TJSC, CER de Chapecó, Ap. Cív. 0304579-93.2015.8.24.0018 Rel. De. Luiz Antônio Zanini Fornerolli, julg. 3.10.2016; e TJMT, 1ª CDP, Ap. Cív. 00019123420138110086, Rel. Des. Joao Ferreira Filho, julg. 5.11.2019, publ. DJ 10.2.2020.

sua menoridade para se escusar da obrigação estipulada (art. 180, do CC).⁵⁶⁸

CONCLUSÃO

Com a aprovação da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, o ordenamento jurídico brasileiro passou a dispor de disciplina própria voltada à regulamentação da proteção dos dados pessoais. Desde então, tem sido objeto de debate a interpretação do art. 14, § 1º, da LGPD, que exige o consentimento específico e em destaque dado por, pelos menos, um dos pais ou responsável legal sempre que o consentimento para o tratamento de dados concernir às crianças. Nessa direção, pelo fato de o dispositivo legal não mencionar o adolescente – os maiores de doze e menores de dezoito anos de idade –, indagou-se se o consentimento manifestado por ele sem assistência ou representação deveria ser considerado válido, como hipótese de capacidade especial para este fim, ou se o legislador teria optado por não tratar do tema, por já existir legislação geral sobre a matéria no Código Civil.

Para dirimir a controvérsia, e buscando superar possíveis confusões dogmáticas em torno da aplicação dos diferentes regimes, à luz da unidade axiológica que compõe o ordenamento jurídico, procurou-se distinguir, de um lado, as regras atinentes ao consentimento em termos de proteção

⁵⁶⁸ “A malícia supre a idade, não devendo aproveitar a ninguém, nem mesmo aos menores, permanecendo válido o negócio efetuado, independentemente da incapacidade que o vicia, em nome da aparência de maioridade despertada na parte contrária e do princípio pelo qual ninguém pode se valer da própria torpeza. Seria o caso, por exemplo, do menor que utiliza o certificado digital alheio, usurpando a identidade deste, ou mente em formulários indagando acerca da sua idade; a prova de tais ardis, caso praticados em face de sites de comércio eletrônico, incumbe ao fornecedor” (MARTINS, Guilherme Magalhães. Confiança e aparência nos contratos eletrônicos de consumo via internet. Revista de Direito do Consumidor, vol. 64, out.-dez. 2007, p. 9).

de dados de crianças e adolescentes, com base na sistemática delineada pela LGPD, e, de outro, a normativa em vigor e integralmente aplicável referente ao sistema de incapacidades, disciplinada no Código Civil. Em tal perspectiva, concluiu-se que a autorização para o tratamento dos dados pessoais do adolescente, que deve ser dada por ele de forma livre, informada e esclarecida, não suplanta as regras previstas no Código Civil de celebração de negócios jurídicos, para cuja validade se mostra necessária a assistência ou a representação do adolescente, conforme o caso.

Por outro lado, no que concerne especificamente às atividades negociais conduzidas pelos adolescentes, dada sua ampla aceitação social em determinados casos, propõe-se, sem diminuir a relevância das regras atinentes à assistência e representação, a releitura da teoria dos comportamentos socialmente típicos, não mais em desprestígio do elemento volitivo, como outrora se entendia, mas na distinção fundamental entre a vontade contratual e negocial. Tal construção mostra-se consentânea com os contratos eletrônicos pactuados por menores, para a compreensão de sua admissibilidade e de seus principais contornos.

Nesse aspecto, percebe-se que a análise deve ter em conta a concreta relação contratual estabelecida pela internet. Dito de outro modo, a falta de capacidade para a celebração dos negócios jurídicos não implica, por si só, o afastamento dos efeitos obrigacionais produzidos pelas respectivas relações contratuais, sobretudo no comércio eletrônico, onde a participação dos adolescentes se mostra cada vez mais frequente e intensa, tornando-se incompatível com a dinâmica social sujeitar cada aquisição de bens ou serviços à atribuição de capacidade ao contratante.

Cabe ao intérprete a harmonização da legislação de incidência, evitando-se assim a fragmentação do sistema e de modo a, reconhecendo a unidade do ordenamento, manter-se fiel à legalidade constitucional, com a absoluta prevalência do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente e dos valores existenciais concernentes à formação e ao desenvolvimento de sua personalidade.

AS BASES LEGAIS PARA TRATAMENTO DE DADOS DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES

*Caitlin Mulholland*⁵⁶⁹
*Mariana Palmeira*⁵⁷⁰

INTRODUÇÃO

A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD) dedica o artigo 14 a disposições acerca do tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes. Estabelece regras específicas para a legitimidade do processamento de dados deste público, impõe obrigações aos controladores quanto à publicidade e transparência das operações, bem como quanto ao esforço para identificar o consentimento dos pais ou responsáveis legais, no caso de dados de crianças. Da mesma forma, apresenta as exceções ao tratamento de dados realizado com base no consentimento e reforça a aplicação do princípio da necessidade a estas relações (art. 6º, III, LGPD⁵⁷¹). Por fim, indica a indispensabilidade da apresentação de informações adequadas à capacidade de entendimento das crianças alvo do tratamento de dados pessoais. Todo o disposto no artigo 14 é iluminado pelo princípio do melhor interesse da criança e adolescente, que ganha evidência e distinção na

⁵⁶⁹ Professora do Departamento de Direito da PUC-Rio. Doutora em Direito Civil (UERJ). Líder do Grupo de Pesquisa DROIT - Direito e Novas Tecnologias.

⁵⁷⁰ Professora do Departamento de Comunicação da PUC-Rio. Membro do Grupo de Pesquisa DROIT - Direito e Novas Tecnologias.

⁵⁷¹ Art. 6º As atividades de tratamento de dados pessoais deverão observar a boa-fé e os seguintes princípios: III - necessidade: limitação do tratamento ao mínimo necessário para a realização de suas finalidades, com abrangência dos dados pertinentes, proporcionais e não excessivos em relação às finalidades do tratamento de dados.

constitucionalização do direito civil, com destaque para um direito de família personalista.⁵⁷²

O movimento de proteção da criança e do adolescente vem sendo traçado desde o início do século XX, inicialmente com um foco na prevenção do trabalho infantil⁵⁷³, ganhando abrangência com a Declaração de Genebra de 1924⁵⁷⁴, para chegar à década de 1950 com o desenvolvimento do conceito de melhor interesse da criança⁵⁷⁵.

A partir de então abre-se caminho para se estabelecer no Brasil a primazia da criança no que tange à legislação.

⁵⁷² Neste sentido: (...) ganhou lugar de destaque no âmbito de um direito de família personalista, ao atribuir prioridade à criança e ao adolescente para a maior amplitude possível do exercício de direitos fundamentais (art. 227 do Texto Constitucional). Por essa razão, esse princípio passou a ser o vértice interpretativo do ordenamento, nessa seara. p. 505. TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RETTORE, Anna Cristina de Carvalho. A autoridade parental e o tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes. In: TEPEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana; OLIVA, Milena Donato (org.). Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas repercussões no Direito Brasileiro. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. Cap. 4. p. 499-521.

⁵⁷³ CONFERÊNCIA GERAL DA ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Convenção sobre a Idade Mínima (Indústria) 1919. Disponível em: https://www.ilo.org/brasilia/convencoes/WCMS_234872/lang--pt/index.htm. Acesso em: 19 fev. 2021.

⁵⁷⁴ FUNDO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A INFÂNCIA (UNICEF). História dos direitos das crianças. [2018] data provável. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/historia-dos-direitos-da-crianca>. Acesso em: 19 fev. 2021.

⁵⁷⁵ É na Declaração dos Direitos da Criança de 1959 que o manto protetivo passa a estar embasado no princípio do melhor interesse da criança. A Declaração Universal dos Direitos da Criança é composta por dez princípios. O princípio 7º apresenta o conceito de melhor interesse: (...) Os melhores interesses da criança serão a diretriz a nortear os responsáveis pela sua educação e orientação; esta responsabilidade cabe, em primeiro lugar, aos pais. (...)

Constituição Federal⁵⁷⁶, Estatuto da Criança e do Adolescente, Código de Defesa do Consumidor⁵⁷⁷, Marco Civil da Internet⁵⁷⁸, e agora a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, trazem princípios e regras que denotam a prioridade da criança.

O estabelecimento da doutrina de proteção integral da criança acontece em paralelo ao avanço da chamada Sociedade da Informação, ou Era da Informação⁵⁷⁹. Um modelo de sociedade atravessado por relações interpessoais, de consumo, de cidadania, de trabalho e de estudo, que se alimenta cada vez mais de dados pessoais. No que diz respeito às relações

⁵⁷⁶ Artigo 227, CF 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.

⁵⁷⁷ Artigo 37, CDC É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva. § 2º É abusiva, dentre outras a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeita valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança.

⁵⁷⁸ Artigo 29, MCI O usuário terá a opção de livre escolha na utilização de programa de computador em seu terminal para exercício do controle parental de conteúdo entendido por ele como impróprio a seus filhos menores, desde que respeitados os princípios desta Lei e da [Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990](#) - Estatuto da Criança e do Adolescente. Parágrafo único. Cabe ao poder público, em conjunto com os provedores de conexão e de aplicações de internet e a sociedade civil, promover a educação e fornecer informações sobre o uso dos programas de computador previstos no caput, bem como para a definição de boas práticas para a inclusão digital de crianças e adolescentes.

⁵⁷⁹ Há grande variedade de definições para a expressão sociedade da informação. De acordo com Guilherme Martins o termo surge na Conferência Internacional de 1980, na Europa, quando da reunião da Comunidade Econômica Europeia com objetivo de avaliar os rumos de uma sociedade nascente baseada no uso de novas tecnologias para difusão da informação. MARTINS, Guilherme Magalhães. O direito ao esquecimento na Internet. In: Direito Digital: direito privado e internet, 2a ed. Indaiatuba, SP, Editora Foco, 2019. p. 67-94.

de consumo, o crescente interesse por informações de crianças e adolescentes se relaciona com o valor mercadológico que esse grupo representa. Ao longo da segunda metade do século XX a percepção em termos do seu potencial de monetização foi consolidada. Crianças e adolescentes são ao mesmo tempo: mercado primário para bens e serviços, influenciadores das compras de seus pais ou responsáveis, e futuros consumidores⁵⁸⁰.

Adicionalmente, a ênfase das estratégias de marketing no modelo orientado por dados, apoiado pela hiperconexão do consumidor⁵⁸¹, aponta para a relevância do zelo para com as informações de crianças e adolescentes. Nesse contexto a reconhecida vulnerabilidade do consumidor⁵⁸² ganha destaque quando se trata de menores, pois refere-se a pessoas em desenvolvimento, com *diminuída capacidade de julgamento e experiência*⁵⁸³. Assim, na condição de maior fragilidade

⁵⁸⁰ MCNEA, James U. Children as consumers of commercial and social products. In: Marketing Health To Kids 8 To 12 Years Of Age, 1998, Washington. Working paper for the conference. Washington: Pan American Health Organization, 2000. p. 1-113. Disponível em: <https://criancaeconsumo.org.br/wp-content/uploads/2014/02/childcons.pdf>. Acesso em: 10 fev. 2021

⁵⁸¹ TERWIESCH, Christian; SIGGELKOW, Nicolaj. Connected Strategy: Building Continuous Customer Relationships for Competitive Advantage. Harvard Business Review Press, 2019.

⁵⁸² Artigo 4º, CDC A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo.

⁵⁸³ O Código de Defesa do Consumidor no § 2º do artigo 37 considera abusiva a propaganda direcionada à criança: É abusiva, dentre outras a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeite valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança.

que lhes é inerente, crianças e adolescentes tendem a ser mais impactados pelo o que Shoshana Zuboff chama de desigualdade epistêmica⁵⁸⁴. O que só aumenta a preocupação e consequente cuidado com os dados pessoais desse público.

Para examinar apropriadamente a adequação da proteção conferida pela Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais no que tange ao tratamento de dados de crianças e adolescentes, primeiro faz-se necessário abordar a qualificação desse público como titular de dados, bem como questões relacionadas a sua autonomia e capacidade. Em seguida é preciso analisar a abrangência dos parágrafos do artigo 14, e as possibilidades de legitimar o tratamento de dados de crianças em outras bases legais que não o consentimento. Por fim, cabe avaliar a utilidade do conceito de cláusula geral como chave de leitura para o princípio do melhor interesse da criança, bem como para o legítimo interesse do controlador. É o que se faz em seguida.

A QUALIFICAÇÃO DO TITULAR DE DADOS COMO CRIANÇA E ADOLESCENTE.

Como afirmado, a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (L. 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,

⁵⁸⁴ O capitalismo de vigilância age por meio de assimetrias nunca antes vistas referentes ao conhecimento e ao poder que dele resulta. Ele sabe tudo sobre nós, ao passo que suas operações são programadas para não serem conhecidas por nós. ZUBOFF, Shoshana. *A Era do Capitalismo de Vigilância*. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2020. p. 22.

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.

A LGPD, contudo, não qualifica, nem conceitua os sujeitos titulares “crianças e adolescentes”, no que andou muito bem, já que uma legislação especial de proteção de dados não é o *locus* adequado para fazê-lo, especialmente considerando que já existe uma normativa específica que desde 1990 identifica quem são esses sujeitos e reconhece os seus direitos.⁵⁸⁵ O Estatuto da Criança e Adolescente (ECA – Lei 8.069/90) surge pós Constituição Federal de 1988 como uma legislação que pretendeu romper com os princípios que ordenavam os direitos (e deveres) das crianças, vistas anteriormente como sujeitos submetidos aos interesses de adultos – maiores de idade, pais, tutores – e não como sujeitos plenos, titulares de direitos próprios. Essa ruptura se deu a partir do giro que transformou conceitualmente a família de instituição (onde o pai – nunca a mãe – dirigia os interesses dos filhos), para o reconhecimento da família democrática, como o instrumento

⁵⁸⁵ Antes da vigência da Lei 8.069/90 - Estatuto da Criança e do Adolescente - havia leis que tutelavam os direitos das crianças e adolescentes. Um exemplo era o Código de Menores (Lei No 6.697/79) que trazia uma perspectiva que considerava a criança ainda como um apêndice de seus pais ou representantes, sem a elas garantir a ampla proteção que é trazida com a Constituição Federal e o reconhecimento de que todo e qualquer ato jurídico deve ser limitado pelo melhor interesse da criança. Sobre a doutrina menorista, Henriques, Pita e Hartung assinalam que (...) se dirigia tão somente à camada socioeconômica de crianças e adolescentes mais vulnerável, referindo-se a elas como estando em situação de perigo moral ou material ou em “situação irregular” e que, dessa forma, criminalizava a infância na pobreza, retirando do Estado a sua responsabilidade pela ampla desigualdade social e miséria da maioria da população brasileira. Os menores, como eram chamados as crianças e os adolescentes durante a vigência do malfadado Código de Menores, eram tratados como entes desprovidos de direitos e como se inaptos fossem para se expressar. HENRIQUES, Isabela; PITA, Marina; HARTUNG, Pedro. A proteção de dados pessoais de crianças e adolescentes. In: Tratado de Proteção de Dados Pessoais. São Paulo: GEN Forense. 2021. p, 387.

para a plena realização das situações subjetivas existenciais e patrimoniais de seus membros, sendo os filhos menores caracterizados como sendo sujeitos cujos interesses jurídicos devem ser priorizados.

Considerando que a proteção de dados é elevada à categoria de direito fundamental⁵⁸⁶, mais uma evidência que a estas pessoas em desenvolvimento deve ser plenamente garantido o acesso e o exercício de tais direitos.⁵⁸⁷ Nesse sentido, lembra Rodotà, que “estamos diante da verdadeira reinvenção da proteção de dados – não somente porque ela é expressamente considerada como um direito fundamental autônomo (o autor refere-se à Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia), mas também porque se tornou uma ferramenta essencial para o livre desenvolvimento da personalidade. A proteção de dados pode ser vista como a soma de um conjunto de direitos que configuram a cidadania do novo milênio” (RODOTÀ, 2008, p. 14).

Levando em conta esta nova concepção de família e admitido o pleno reconhecimento de direito às crianças e adolescentes, a LGPD, ao tratar da garantia de proteção de dados das crianças e adolescentes, nada mais faz do que adotar um entendimento já consolidado pela Constituição Federal e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente de que

⁵⁸⁶ Tramita no Congresso Nacional, Proposta de Emenda à Constituição 17, que visa incluir no rol dos direitos fundamentais a proteção de dados pessoais. Ainda que não houvesse o reconhecimento expresso da proteção de dados como direito fundamental, pode-se considerar que a proteção de dados já se encontra constitucionalmente protegida como um conteúdo da privacidade (art. 5º, X, CF) ou ainda como decorrência da cláusula geral de tutela da pessoa humana, reconhecida no art. 1º, III, da CF, como fundamento do Estado Democrático de Direito.

⁵⁸⁷ Art. 17, ECA. 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.

esses sujeitos em desenvolvimento merecem a mais ampla tutela de direitos.⁵⁸⁸ Importa, assim, identificar estes titulares de dados. Conceitualmente, o artigo 2º, do ECA, considera criança a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade. Em seguida, o artigo 3º, do ECA, afirma que “a criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade”. Fica mais do que evidente que as crianças e adolescentes são titulares de direitos fundamentais, seja pelo reconhecimento constitucional, seja pelo estatutário.

As crianças e adolescentes, contudo, e apesar do pleno reconhecimento destes direitos, são considerados incapazes pelo Direito Civil, o que leva à exigência de que os seus interesses jurídicos, sejam de natureza patrimonial ou existencial, se concretizem por meio de representação ou assistência dos pais, tutores ou representantes.⁵⁸⁹ Duas questões são levantadas a respeito da aplicação da chamada teoria das incapacidades no âmbito da proteção de dados pessoais: (i) existe uma dimensão existencial que garanta exercício pleno de direitos fundamentais de crianças e adolescentes que independe de representação ou

⁵⁸⁸ Para Henriques, Pita e Hartung A garantia da proteção de dados pessoais de crianças e adolescentes, além de possuir uma relevância relativamente maior em relação aos demais entes da sociedade, é mais complexa porque, enquanto pessoas em estágio peculiar de desenvolvimento biopsíquico e social, crianças e adolescentes estão começando a desenvolver a compreensão da amplitude do tratamento de dados pessoais e a capacidade de tomar as decisões sobre autorizar, ou não, o uso de informações e dados pessoais. HENRIQUES, Isabela; PITA, Marina; HARTUNG, Pedro. A proteção de dados pessoais de crianças e adolescentes. cit., p. 385.

⁵⁸⁹ Arts. 115 a 120, do Código Civil, trazem o regramento geral sobre representação.

assistência de seus representantes?; e (ii) como deve se dar o processo de construção do consentimento para o tratamento de dados pessoais?

A AUTONOMIA DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE E SUA (IN)CAPACIDADE.

O Código Civil, em seus artigos inaugurais – art. 1º ao 4º – desenha os fundamentos essenciais do Direito Civil, quais sejam, os conceitos de pessoa, autonomia/consentimento e incapacidade. A própria definição de pessoa pelo Código Civil é da mais alta relevância para a proteção de dados, pois delimita o sujeito titular de dados. Assim, toda pessoa que nasce com vida tem atribuída personalidade e, como consequência, capacidade para a titularidade de direitos. A capacidade, contudo, ainda que garanta as titularidades, não determina a forma como essas serão praticadas, isto é, como será o seu efetivo exercício no mundo da vida. Essa resolução se dará por meio de uma interpretação excludente, isto é, são capacitados para o exercício de direitos, aqueles que não são considerados pelo ordenamento como incapazes, o que é a essência da teoria das incapacidades. Assim, e de acordo com os artigos 3º e 4º, do Código Civil, serão incapazes os menores de 18 anos, sendo que aqueles até 16 anos são considerados absolutamente inaptos para o exercício por si mesmos de direitos que a eles digam respeito. A sua autonomia para o exercício de direitos fica esvaziada de validade se não for acompanhada de sua complementação – por meio da representação ou assistência – de seus interesses.

Esses conceitos são da mais absoluta pertinência quando interpretamos o artigo 14 e seus parágrafos, da LGPD, pois dentre as bases legais para o tratamento de dados pessoais, releva identificar o consentimento. Enquanto o consentimento – como exercício pleno de autonomia – de uma pessoa plenamente

capaz não suscita maiores controvérsias, o consentimento como base legal para o tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes identifica algumas dificuldades, que serão tratadas nos próximos itens. Para o momento, é importante indicar que crianças e adolescentes têm garantida autonomia, enquanto resultado do reconhecimento constitucional do princípio da liberdade, assegurado a todas as pessoas.

Contudo, o grau de liberdade que é concedida às crianças e adolescentes é dependente da substituição – ou, ainda, da complementação – do exercício de sua autonomia, independentemente da natureza do interesse que se visa tutelar ou promover, se direito fundamental, situação jurídica subjetiva existencial ou patrimonial. Para Ana Carolina Brochado Teixeira, “a Constituição Federal determinou tutela qualitativa e quantitativamente diferenciada para as pessoas que têm algum tipo de vulnerabilidade. Isso porque tais pessoas não teriam condições, sozinhas, de exercer sua subjetividade e de assumir de forma integral e responsável as consequências de seus atos, seja por um déficit de discernimento, seja por alguma fragilidade física”.⁵⁹⁰ No entanto, isso não significa dizer que a autonomia da criança e do adolescente deva ser desconsiderada por completo, mas que ao exercer o poder familiar ou a tutela, os pais e tutores devem sempre observar o seu processo de amadurecimento e a construção gradual de sua autonomia, não sendo concedido aos responsáveis desconsiderar por completo as manifestações de vontade e os interesses da criança e do adolescente.

⁵⁹⁰ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Autonomia existencial. Revista Brasileira de Direito Civil - RBDCivil, Belo Horizonte, v. 16, p. 75-104, abr./jun. 2018

A LGPD, contudo, é cristalina ao afirmar no artigo 14, § 1º⁵⁹¹ que há necessidade de consentimento específico e em destaque dado por pelo menos um dos pais ou pelo responsável legal para o tratamento de dados pessoais da criança. Significa dizer que, ainda que o interesse sob tutela tenha natureza de direito fundamental e existencial – como pode ser entendida a proteção de dados pessoais – só será admitido o tratamento de dados se houver ato de vontade dos responsáveis que seja ao mesmo tempo específico e destacado. Importa indicar que além dessas qualificações, o regramento geral referente ao consentimento será igualmente aplicável nesta hipótese de inafastabilidade do consentimento dos pais ou responsáveis. Assim sendo, aplica-se ao caso o art. 5º, XII, da LGPD, que conceitua consentimento como “manifestação livre, informada e inequívoca pela qual o titular concorda com o tratamento de seus dados pessoais para uma finalidade determinada”. A finalidade⁵⁹², portanto, estará sempre associada ao consentimento e imprescindível para justificar a licitude do tratamento de dados pessoais das crianças.

Questão relevante é suscitada pelo § 6º, do artigo 14⁵⁹³, ao estabelecer que as informações necessárias para o

⁵⁹¹ 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.

⁵⁹² O art. 6º, I, LGPD, reconhece como um dos princípios que regem a proteção de dados no Brasil, a finalidade, que é conceituada como “realização do tratamento para propósitos legítimos, específicos, explícitos e informados ao titular, sem possibilidade de tratamento posterior de forma incompatível com essas finalidades”.

⁵⁹³ Art. 14, § 6, LGPD. 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.

consentimento dos pais ou responsáveis para o tratamento de dados pessoais de crianças sejam adequadas ao entendimento da criança. Parece que o legislador pretendeu indicar que, ainda que o consentimento das crianças não seja requisito de validade para o tratamento de dados pessoais, deve ser dada a oportunidade a elas de serem informadas de maneira adequada a seu nível de compreensão a respeito do que está sendo “feito” com seus dados. Essa seria a forma do legislador expressar que as crianças são também titulares de uma autodeterminação informativa, ainda que seu consentimento não seja suficiente – ou até mesmo, necessário – para a realização do tratamento de seus dados pessoais.⁵⁹⁴ Nesse exato sentido é como entendem Joyceane Bezerra de Menezes e Renata Vilela Multedo, para quem “os pais devem considerar as pretensões, percepções, características e o paulatino processo de amadurecimento dos filhos, de modo que eles também sejam chamados a protagonizar sua história e a se posicionar como sujeitos ativos na formação de sua personalidade”.⁵⁹⁵ Quanto aos adolescentes, o seu consentimento será necessário para o tratamento de dados pessoais, tal como o responsável?

⁵⁹⁴ Neste sentido, entende Henriques, Pita e Hartung que é muito bem-vindo o dispositivo que não releva a importância da criança – e nessa esteira, do adolescente – saber o que está se passando ainda que formalmente seja representada por seus representantes ou responsáveis legais. É um dispositivo que contribui para a formação e educação da nova geração no que concerne ao cuidado com seus dados pessoais, possibilitando-lhe que aprenda a compreender serem seus dados pessoais a extensão da sua personalidade e, com isso, merecedores de redobrada atenção. Fundamental para garantir o acesso à informação e a ciência de direitos por parte de crianças e adolescentes, em linha com o desenvolvimento progressivo das suas capacidades e habilidades. HENRIQUES, Isabela; PITA, Marina; HARTUNG, Pedro. A proteção de dados pessoais de crianças e adolescentes. cit., p. 407

⁵⁹⁵ MENEZES, Joyceane Bezerra de; MULTEDO, Renata Vilela. A autonomia ético existencial do adolescente nas decisões sobre o próprio corpo e a heteronomia dos pais e do Estado no Brasil. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 16, n. 63, p. 187-210, jan./mar. 2016.

AS BASES LEGAIS PARA TRATAMENTO DE DADOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE E A ABRANGÊNCIA DOS PARÁGRAFOS DO ARTIGO 14, DA LGPD.

O conjunto de parágrafos do artigo 14 não deixa dúvidas acerca do seu alcance limitado a crianças. 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 inicial⁵⁹⁶.

No que tange às crianças, além da obtenção do consentimento específico e em destaque (artigo 14, § 1º), outras obrigações são impostas aos controladores⁵⁹⁷. De acordo com o parágrafo 2º⁵⁹⁸, 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

⁵⁹⁶ Em sentido contrário Henriques, Pita e Hartung: Assim, ainda que o § 1.º não mencione os adolescentes, não faria sentido deixá-los desprovidos da igual e devida proteção, sob pena de se violar as garantias constitucionais dessas pessoas. HENRIQUES, Isabela; PITA, Marina; HARTUNG, Pedro. A proteção de dados pessoais de crianças e adolescentes. cit., p. 396.

⁵⁹⁷ O artigo 14 e seus parágrafos fazem referência somente à figura do controlador, excluindo o operador - também agente de tratamento - das obrigações impostas pela norma. O que traz desafios à fiscalização e concretização dos direitos dos titulares, sobretudo em ambientes que envolvem múltiplos agentes de tratamento.

⁵⁹⁸ Art. 14, § 2º No tratamento de dados de que trata o § 1º deste artigo, os controladores deverão manter pública a informação sobre os tipos de dados coletados, a forma de sua utilização e os procedimentos para o exercício dos direitos a que se refere o art. 18 desta Lei.

forma do artigo 18, LGPD⁵⁹⁹. 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 14⁶⁰⁰ 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

⁵⁹⁹ Art. 18. O titular dos dados pessoais tem direito a obter do controlador, em relação aos dados do titular por ele tratados, a qualquer momento e mediante requisição: I - confirmação da existência de tratamento; II - acesso aos dados; III - correção de dados incompletos, inexatos ou desatualizados; IV - anonimização, bloqueio ou eliminação de dados desnecessários, excessivos ou tratados em desconformidade com o disposto nesta Lei; V - portabilidade dos dados a outro fornecedor de serviço ou produto, mediante requisição expressa, de acordo com a regulamentação da autoridade nacional, observados os segredos comercial e industrial; VI - eliminação dos dados pessoais tratados com o consentimento do titular, exceto nas hipóteses previstas no art. 16 desta Lei; VII - informação das entidades públicas e privadas com as quais o controlador realizou uso compartilhado de dados; VIII - informação sobre a possibilidade de não fornecer consentimento e sobre as consequências da negativa; IX - revogação do consentimento, nos termos do § 5º do art. 8º desta Lei.

⁶⁰⁰ Art. 14, § 3º, 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.

obrigatoriedade do consentimento diz respeito à atividade de tratamento específica da coleta, não alcançando as outras formas descritas no artigo 5º, X, da LGPD,⁶⁰¹ 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. Por esse ângulo Teixeira e Rettore criticam a dimensão da expressão: tornando possíveis interpretações amplas pelos controladores de dados⁶⁰².

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

⁶⁰¹ Art. 5º, LGPD: Para os fins desta Lei, considera-se: X - tratamento: toda operação realizada com dados pessoais, como as que se referem a coleta, produção, recepção, classificação, utilização, acesso, reprodução, transmissão, distribuição, processamento, arquivamento, armazenamento, eliminação, avaliação ou controle da informação, modificação, comunicação, transferência, difusão ou extração.

⁶⁰² TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RETTORE, Anna Cristina de Carvalho. A autoridade parental e o tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes. cit., p. 520.

estabeleçam políticas conhecidas por “tudo ou nada”⁶⁰³, que obrigam o usuário a concordar com todas as disposições sob pena de não acessar o serviço⁶⁰⁴. 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.⁶⁰⁵ A categoria de brinquedos conectados à internet também é fonte de preocupação quanto ao volume de informações havendo

⁶⁰³ Muito comum o “tudo ou nada” aparecer no formato de cookie wall, quando para acesso a determinado conteúdo de site ou aplicativo é necessário aceitar a totalidade dos rastreadores (cookies). O Comitê de Proteção de Dados Europeu se posicionou contrário a essa forma de consentimento nas Diretrizes 05/2020, como se depreende do exemplo apresentado no item 40 do documento: Um fornecedor de sítios web cria uma instrução (script) que bloqueará conteúdos, exceto relativamente a um pedido de aceitação de testemunhos de conexão (cookies) e à informação sobre que cookies serão instalados, bem como para que fins os dados serão tratados. Não é possível aceder ao conteúdo sem clicar no botão «Aceitar os cookies». Uma vez que o titular dos dados não dispõe de uma escolha verdadeira, o seu consentimento não é dado livremente. p. 13. In: COMITÉ EUROPEU PARA A PROTEÇÃO DE DADOS (CEPD) (Bruxelas). Diretrizes 05/2020 relativas ao consentimento na aceção do Regulamento 2016/679. 2020. Disponível em: https://edpb.europa.eu/sites/edpb/files/files/file1/edpb_guidelines_202005_consent_pt.pdf. Acesso em: 05 mar. 2021.

⁶⁰⁴ TEFFÉ, Chiara Spadaccini de. Tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes: considerações sobre o artigo 14 da LGPD. In: Mulholland, Caitlin (Org.). A LGPD e o novo marco normativo no Brasil. Porto Alegre: Arquipélago, 2020. p. 171.

⁶⁰⁵ Um exemplo típico é o Pokemon GO, disponível para Android e IOS, voltado para pessoas a partir de 9 anos, conforme informação do desenvolvedor (Niantic). O jogo é uma combinação de realidade aumentada com múltiplos participantes no ambiente online (MMO).

o risco de *se transformar em um espião dentro do quarto da criança, enviando seus dados sem o consentimento dos pais*⁶⁰⁶.

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)⁶⁰⁷. 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 realizadas⁶⁰⁸. 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.

⁶⁰⁶ LEAL, Livia Teixeira. Internet of toys: os brinquedos conectados à internet e o direito da criança e do adolescente. Revista Brasileira de Direito Civil – RB-DCivil | Belo Horizonte, vol. 12, p. 175-187, abr./jun. 2017

⁶⁰⁷ Estados Unidos da América. Federal Trade Commission. Complying with coppa: frequently asked questions. 2020. Disponível em: <https://www.ftc.gov/tips-advice/business-center/guidance/complying-coppa-frequently-asked-questions-0#i.%20verifiable%20parental%20consent>. Acesso em: 26 jan. 2021

⁶⁰⁸ No entanto, para todas as demais atividades que não envolvem pagamento e que são destinadas a crianças, a verificação proposta pelo FTC conforme mencionada anteriormente, parece se mostrar distante da realidade. Como exemplo a FTC lista as seguintes sugestões: consentimento por escrito enviado ao controlador por meio de carta, fax, ou e-mail; consentimento por voz através de um número gratuito; vídeo-chamada; submissão da carteira de motorista do responsável seguida pelo envio de uma foto e do subsequente recurso de reconhecimento facial para confirmação da identidade.

Para além do consentimento: outras bases legais para o tratamento de dados pessoais das crianças e adolescentes.

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 residuais⁶⁰⁹. 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 mandatário quando outras hipóteses relacionadas tanto

⁶⁰⁹ Nesse sentido, “há também menção na LGPD a hipóteses de tratamento de dados de menores sem 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 foi estabelecida norma com rol específico para o tratamento de dados desses sujeitos, devendo ser aplicadas como regra, as disposições dos artigos 7º e 11”. TEPEDINO, Gustavo; TEFFÉ, Chiara Spadaccini de. Consentimento e proteção de dados pessoais na LGPD. In: TEPEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana; OLIVA, Milena Donato (org.). Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas repercussões no Direito Brasileiro. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. Cap. 10. p. 282-318.

no artigo 7º, quanto no artigo 11, não se constituírem como enquadramento adequado, ressalvado o legítimo interesse do controlador, como se verá a seguir.

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 Escolar⁶¹⁰. 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:

⁶¹⁰ Nesse sentido: O censo é o pilar da grande maioria das políticas educacionais conduzidas nacionalmente: o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação (Fundeb, disciplinado pelo art. 212-A da Constituição), por exemplo, disciplina a repartição de mais de R\$160 bilhões de reais, de forma a atender quase 48 milhões de alunos em toda a educação básica brasileira. BACHUR, João Paulo. Proteção De Dados Pessoais Na Educação. In: BIONI., Bruno Ricardo et al (org.). Tratado de Proteção de Dados Pessoais (p. 478). Forense. Edição do Kindle. Rio de Janeiro: Forense, 2021. Cap. 24. p. 1-743.

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 geral⁶¹¹ 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, como se verá a seguir.

O CONCEITO DE CLÁUSULA GERAL, O MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E O LEGÍTIMO INTERESSE DO CONTROLADOR

A noção de cláusula geral está relacionada à técnica legislativa típica dos códigos civis modernos⁶¹², e tem o condão de conferir ao texto legal a permissão para a adoção de conceitos jurídicos indeterminados, dotados de “significados intencionalmente

⁶¹¹ A respeito do conceito de cláusula geral, v. MARTINS-COSTA, Judith. O Direito Privado como um “sistema em construção” As cláusulas gerais no Projeto do Código Civil brasileiro. In: Revista de Informação Legislativa. Brasília a. 35 n. 139 jul./set. 1998. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/383/r139-01.pdf?sequence=4>. Acesso em: 03/03/2021, p. 8: “Dotadas que são de grande abertura semântica, não pretendem as cláusulas gerais dar, previamente, resposta a todos os problemas da realidade, uma vez que essas respostas são progressivamente construídas pela jurisprudência. Na verdade, por nada regulamentarem de modo completo e exaustivo, atuam tecnicamente como metanormas, cujo objetivo é enviar o juiz para critérios aplicativos determináveis ou em outros espaços do sistema ou por meio de variáveis tipologias sociais, dos usos e costumes objetivamente vigorantes em determinada ambiência social”.

⁶¹² MARTINS-COSTA, Judith. O Direito Privado como um “sistema em construção” As cláusulas gerais no Projeto do Código Civil brasileiro, cit., p. 6.

vagos e abertos”⁶¹³. Contribuem para a oxigenação dos diplomas legais, garantindo que a evolução da sociedade e o progresso tecnológico sejam lidos pelas lentes da contemporaneidade. Da mesma forma que se prestam a dar vida aos princípios constitucionais no plano infraconstitucional, e permitem maior liberdade e flexibilidade ao magistrado⁶¹⁴.

As cláusulas gerais podem ser representadas por três tipos: restritivas, regulativas ou extensivas. As restritivas se prestam a circunscrever, “em certas situações, o âmbito de um conjunto de permissões singulares advindas de regra ou princípio jurídico (...)”⁶¹⁵. Martins-Costa apresenta como exemplo de cláusula geral restritiva a função social do contrato, ao que Viveiros de Castro acrescenta a função social da propriedade⁶¹⁶. As regulativas servem para “regular com base em um princípio, hipóteses de fato não casuisticamente previstas na lei, como ocorre com a regulação da responsabilidade civil por culpa.”⁶¹⁷ E por fim, as do tipo extensivo, “que servem para ampliar determinada regulação jurídica mediante a expressa

⁶¹³ MARTINS-COSTA, Judith. O Direito Privado como um “sistema em construção” As cláusulas gerais no Projeto do Código Civil brasileiro, cit., p. 7.

⁶¹⁴ VIVEIROS DE CASTRO, Thamis Dalsenter. A função da cláusula de bons costumes no Direito Civil e a teoria tríplice da autonomia privada existencial. In: Revista Brasileira de Direito Civil. RDBCivil, Belo Horizonte, vol. 14, p. 99-125, out./dez. 2017. Disponível em: <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/168/163> Acesso em: 04 mar. 2021.

⁶¹⁵ MARTINS-COSTA, Judith. O Direito Privado como um “sistema em construção”. As cláusulas gerais no Projeto do Código Civil brasileiro, cit., p. 5.

⁶¹⁶ VIVEIROS DE CASTRO, Thamis Dalsenter. A função da cláusula de bons costumes no Direito Civil e a teoria tríplice da autonomia privada existencial, cit., p. 114.

⁶¹⁷ MARTINS-COSTA, Judith. O Direito Privado como um “sistema em construção”. As cláusulas gerais no Projeto do Código Civil brasileiro, cit., p. 5.

possibilidade de serem introduzidos, na regulação em causa, princípios e regras próprios de outros textos normativos”⁶¹⁸.

Não há dúvidas entre os doutrinadores⁶¹⁹ a respeito da posição privilegiada que ocupa o melhor interesse da criança como cláusula geral que protege, confere prevalência, e antecedência na interpretação, e ela própria derivada de outra cláusula geral consubstanciada na doutrina da proteção integral (artigo 277, CF). No entanto, para que se dê efetividade ao princípio do melhor interesse sua verificação é realizada diante do caso concreto, e desde já afirma-se que sua identificação não deveria fazer concessões a outros interesses⁶²⁰.

⁶¹⁸ MARTINS-COSTA, Judith. O Direito Privado como um “sistema em construção”. As cláusulas gerais no Projeto do Código Civil brasileiro, cit., p. 5.

⁶¹⁹ Ratifica este entendimento a extensa produção na doutrina em relação ao princípio do melhor interesse. Conforme II CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 2., 2000, Belo Horizonte.. Belo Horizonte: Ibdfam, 2000. 578 p. Disponível em: https://ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/69.pdf#page=201. Acesso em: 05 mar. 2021. Em especial o texto de BARBOZA, Heloisa Helena. O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, p. 205-214: “Razoável, por conseguinte, afirmar-se que a doutrina da proteção integral, de maior abrangência, não só ratificou o princípio do melhor interesse da criança como critério hermenêutico como também lhe conferiu natureza constitucional, como cláusula genérica que em parte se traduz através dos direitos fundamentais da criança e do adolescente expressos no texto da Constituição Federal”, p. 206. No mesmo sentido: Após 1988, como esclarece Tepedino, ao comentar a ótica constitucional vigente sobre a filiação, o critério hermenêutico, sintetizado na fórmula anglo-saxônica the best interest of the child, adquiriu, entre nós, conteúdo normativo específico, informado pela cláusula geral de tutela da pessoa humana introduzida pelo artigo 1.º, III, da CF/88 e determinado especialmente no artigo 6.º da Lei 8.069/90, p. 205.

⁶²⁰ BEZERRA DE MENEZES, Joyceane; MULTEDO, Renata Vilela. A autonomia ético-existencial do adolescente nas decisões sobre o próprio corpo e a heteronomia dos pais e do Estado no Brasil. In: Revista de Direito Administrativo & Constitucional, ano 16 - n. 63 | janeiro/março - 2016, Belo Horizonte. “Isso porque, a despeito do conteúdo abstrato, o melhor interesse está inteiramente imbricado à garantia do desenvolvimento da pessoa e, conseqüentemente, ao respeito da sua dignidade e autonomia. Assim, o conteúdo do melhor interesse não coincidirá, necessariamente, com a vontade imperativa dos pais, do Estado ou mesmo da própria criança/adolescente”. p.189.

Partindo então da classificação proposta por Martins-Costa⁶²¹, a aplicação da cláusula geral do melhor interesse da criança e do adolescente ao tratamento de dados pessoais na forma dos artigos 7º e 11 da LGPD, pode tanto se dar em termos de estrutura ou de função. No que tange à estrutura, duas possibilidades se apresentam: restritiva ou extensiva. Restritiva no sentido de impor etapa precedente à análise das hipóteses de tratamento, que demandaria a submissão ao princípio do melhor interesse conjugado com a verificação de cada base legal, como um primeiro filtro. Extensiva no sentido de incorporar à interpretação da LGPD o princípio do melhor interesse da criança e adolescentes, como aliás já é previsto no caput do artigo 14 ao mencionar expressamente que “o tratamento de dados de crianças e adolescentes será realizado em seu melhor interesse”.

Já sobre as funções da cláusula geral do melhor interesse no âmbito do tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes, aponta-se àquela que se presta a integrar as normas da própria LGPD, assim como trazer disposições de outros diplomas⁶²². Característica essencial tendo em vista a necessária interpretação conjunta do sistema de proteção de dados com o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA).

⁶²¹ MARTINS-COSTA, Judith. O Direito Privado como um “sistema em construção”. As cláusulas gerais no Projeto do Código Civil brasileiro, cit., p. 5.

⁶²² Nesse sentido afirma MARTINS-COSTA sobre a função das cláusulas gerais no Código Civil de 2002: Com efeito, em alargado campo de matérias – notadamente os ligados à tutela dos direitos da personalidade e à funcionalização de certos direitos subjetivos –, a concreção das cláusulas gerais inseridas no Código Civil com base na jurisprudência constitucional acerca dos direitos fundamentais evita os malefícios da inflação legislativa, de modo que ao surgimento de cada problema novo não deva, necessariamente, corresponder nova emissão legislativa. MARTINS-COSTA, Judith. O Direito Privado como um “sistema em construção”. As cláusulas gerais no Projeto do Código Civil brasileiro, cit., p. 7.

Pergunta-se novamente: Devem as bases dos artigos 7o e 11 serem submetidas à tal cláusula geral em se tratando de crianças e adolescentes? Nossa posição é afirmativa. 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). Nesse sentido é como entende Roberta Mauro Medina Maia para quem *“(...) como se sabe, em muitos casos, a cláusula geral de legítimo interesse do controlador será utilizada justamente para que os interesses deste na coleta e no tratamento dos dados pessoais possam se sobrepor aos interesses do titular, quando eventualmente contrapostos”*.⁶²³

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 geral⁶²⁴.

⁶²³ MAIA, Roberta Mauro Medina. O legítimo interesse do controlador e o término do tratamento de dados pessoais. In: Mulholland, Caitlin (Org.). A LGPD e o novo marco normativo no Brasil. Porto Alegre: Arquipélago, 2020. p. 104.

⁶²⁴ MAIA, Roberta Mauro Medina. O legítimo interesse do controlador e o término do tratamento de dados pessoais, cit., p. 100. Nesse sentido: O art. 10 da LGPD condiciona o tratamento de dados pessoais à presença, na hipótese concreta, de interesse legítimo do controlador que justifique tal atividade. Trata-se de recurso, por parte do legislador, a um conceito jurídico indeterminado, por meio da técnica legislativa denominada cláusula geral.

Assim sendo, a flexibilidade garantida à sua aplicação, ainda que limitada pela análise do caso concreto e atrelada ao princípio da finalidade⁶²⁵, 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.

CONCLUSÃO

O artigo 14, da LGPD, representa o reconhecimento da necessidade de uma especial e prevalente atenção ao tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes. Por serem pessoas em desenvolvimento e em situação de vulnerabilidade, a previsão legislativa de proteção de dados pessoais de crianças e adolescentes é indicativo da importância que o tema sugere. A constatação de que o princípio do melhor interesse da criança deve permear as relações de tratamento de dados pessoais destas pessoas em especial condição de desenvolvimento, é decorrência da previsão constitucional da absoluta prioridade que deve ser concedida às crianças pelo artigo 227, CF.

Assim como em relação à tutela dos dados pessoais de adultos, os dados de crianças e adolescentes devem ser

⁶²⁵ Art. 10, LGPD: 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.

considerados como integrantes de sua personalidade e decorrência direta da cláusula geral de tutela da pessoa humana (art. 1º, III, CF). Assim sendo, importa reconhecer que a proteção de dados constitui-se não só como direito fundamental, mas também como fundamento para permitir o pleno exercício de outros direitos fundamentais, dentre os quais se destaca o direito à identidade e o direito à liberdade.

Ao considerar que existem numerosas situações em que o tratamento de dados de crianças e adolescentes pode levar a violações graves de seus direitos, a LGPD impõe uma camada a mais de proteção ao exigir, por exemplo, o consentimento informado dos pais ou responsáveis como pré-requisito para o tratamento. Neste sentido, Henriques e Hartung identificam que “os impactos e problemas sociais advindos do processamento de dados de crianças e adolescentes para seu bem-estar individual e social são múltiplos, como: (i) a ameaça à integridade física, psíquica e moral por contatos maliciosos de terceiros; (ii) a hiperexposição de dados pessoais e discriminação; (iii) a modulação e manipulação de comportamento; e (iv) a microsegmentação da prática abusiva e ilegal da publicidade infantil”⁶²⁶. O consentimento dos pais ou responsáveis, apesar de em algumas hipóteses ser dispensado, constitui-se como requisito para o acompanhamento do pleno desenvolvimento das crianças e adolescentes que estejam sob o poder familiar ou a tutela.

Ao reconhecer uma modulação em relação à capacidade das crianças e adolescentes, o Código Civil indica uma diferenciação que se sustenta no discernimento que acompanha cada momento de desenvolvimento da vida dessas pessoas em condição de vulnerabilidade. É por este motivo que as

⁶²⁶ HENRIQUES, Isabela; PITA, Marina; HARTUNG, Pedro. A proteção de dados pessoais de crianças e adolescentes, cit., p. 382.

obrigações contidas no artigo 14, à exceção do seu *caput*, não se estendem ao tratamento de dados de adolescentes. Entende-se, por exclusão, que dados de adolescentes devem ser tratados observando a dinâmica das hipóteses – bases legais – previstas nos artigos 7º e 11 da LGPD, desde que iluminada pelo princípio do melhor interesse.

Percebe-se, assim, 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.

DADOS SENSÍVEIS DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES: APLICAÇÃO DO MELHOR INTERESSE E TUTELA INTEGRAL

Chiara Spadaccini de Teffé⁶²⁷

1. CRIANÇAS E ADOLESCENTES EM AMBIENTES DIGITAIS

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

⁶²⁷ Doutoranda e mestre em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Atualmente, é professora de Direito Civil e de Direito e Tecnologia na Faculdade de Direito do IBMEC. Leciona em cursos de pós-graduação do CEPED-UERJ, na Pós-graduação da PUC-Rio, na Pós-graduação do Instituto New Law e na Pós-graduação da EBRADI. É também professora da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ) e do Instituto de Tecnologia e Sociedade do Rio (ITS Rio). Membro da Comissão de Proteção de Dados e Privacidade da OABRJ. Membro do conselho executivo da revista eletrônica *civilistica.com*. Membro do Fórum permanente de mídia e liberdade de expressão da EMERJ. Foi professora de Direito Civil na UFRJ e pesquisadora do Instituto de Tecnologia e Sociedade do Rio (ITS Rio). Associada ao Instituto Brasileiro de Estudos em Responsabilidade Civil (IBERC). Advogada e consultora em proteção de dados pessoais. E-mail: chiaradetteffe@gmail.com.

de tratamento de dados disponíveis, ela apresenta também riscos de violação ou abuso a direitos dos menores.

O acesso a conteúdos que estimulam violência, automutilação⁶²⁸ ou o uso de drogas, o vazamento de imagens íntimas⁶²⁹, o tratamento indevido de dados pessoais⁶³⁰, o *cyberbullying* e o aliciamento sexual são exemplos de riscos significativos a menores na rede. A relação das crianças e dos adolescentes com a Internet é marcada pela *conectividade* e pela *mobilidade* no acesso à rede, sendo o *smartphone* um dos principais dispositivos para a sua conexão. Inclusive, ele foi responsável muitas vezes por manter os menores conectados e acompanhando as aulas escolares em lares brasileiros. Segundo pesquisa realizada em 2019, considerando o total de usuários de 9 a 17 anos, 83% assistiram a vídeos, programas, filmes ou séries na Internet; 76% pesquisaram na Internet para trabalhos escolares; e 68% utilizaram redes sociais.⁶³¹

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 Internet. Neste sentido,

⁶²⁸ TEFFÉ, Chiara Spadaccini de. Desafio da Baleia Azul: o que se sabe até agora. ITS FEED, 25 abr. 2017. Disponível em: <https://feed.itsrio.org/desafio-da-baleia-azul-o-que-se-sabe-at%C3%A9-agora-b4b85ae77a56> Acesso em 04.06.21.

⁶²⁹ TEFFÉ, Chiara Spadaccini de. Exposição não consentida de imagens íntimas: como o Direito pode proteger as mulheres? In: Nelson Rosenvald; Rafael Dresch; Tula Wesendonck (Org.). Responsabilidade civil: novos riscos. 1ed. Indaiatuba: Foco, 2019. p. 91-113.

⁶³⁰ TEPEDINO, Gustavo; TEFFÉ, Chiara Spadaccini de. O consentimento na circulação de dados pessoais. Revista Brasileira De Direito Civil, v. 25, p. 83-116, 2020.

⁶³¹ Resumo Executivo - Pesquisa sobre o uso da Internet por crianças e adolescentes no Brasil - TIC Kids Online Brasil 2019. Novembro de 2020. p.04. Disponível em: <<https://cetic.br/pt/publicacao/resumo-executivo-pesquisa-sobre-o-uso-da-internet-por-criancas-e-adolescentes-no-brasil-tic-kids-online-brasil-2019/>> Acesso em: 05.06.21

promover uma *educação digital* de qualidade para pais, professores e menores resultará em um melhor uso da rede, 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* – necessários para a orientação de menores no uso da rede – 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.⁶³² 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

⁶³² O comentário n.25 acerca dos direitos da criança no ambiente digital foi importante embasamento teórico para o presente artigo. Committee on the Rights of the Child. General comment No. 25 (2021) on children's rights in relation to the digital environment. 2 March 2021. Disponível em: <https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC%2fC%2fGC%2f25&Lang=en> Acesso em: 05.06.21.

conjunto com os pais, o estabelecimento de determinadas limitações quanto ao tempo de uso de tecnologias, a utilização de ferramentas e filtros para restringir atividades dos menores online 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.⁶³³

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

⁶³³ Parágrafo extraído de: TEFFÉ, Chiara Spadaccini de. Proteção de dados de crianças e adolescentes. Revista do Advogado, v. 39, 2019.

indevidos ou ilícitos de informações, além da criação de perfis voltados ao direcionamento de publicidade.⁶³⁴

Todas as ações direcionadas a crianças e adolescentes devem necessariamente visar ao seu *melhor interesse*, como, por exemplo, no fornecimento, regulamentação, design, gestão e uso do ambiente digital. O reconhecimento e a tutela

⁶³⁴ Adicionalmente, o comentário n.25 acerca dos direitos da criança no ambiente digital afirma que: “The Committee calls upon States parties to take proactive measures to prevent discrimination on the basis of sex, disability, socioeconomic background, ethnic or national origin, language or any other grounds, and discrimination against minority and indigenous children, asylum-seeking, refugee and migrant children, lesbian, gay, bisexual, transgender and intersex children, children who are victims and survivors of trafficking or sexual exploitation, children in alternative care, children deprived of liberty and children in other vulnerable situations. Specific measures will be required to close the gender-related digital divide for girls and to ensure that particular attention is given to access, digital literacy, privacy and online safety.”

de sua *hipervulnerabilidade*⁶³⁵ ou vulnerabilidade agravada⁶³⁶ 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.⁶³⁷ 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

⁶³⁵ A construção da noção de hipervulnerabilidade pelos Tribunais parece estar associada à ideia de que as pessoas assim qualificadas se encontram em situação de maior desigualdade e, por essa razão, carentes de maior proteção. Nesse sentido, Cláudia Lima Marques explica que a noção foi desenvolvida “como um corolário positivo da proibição de discriminação, logo do princípio da igualdade (um dever ser), e mandamento de pleno desenvolvimento da personalidade, diretamente ligada, pois, a nossa visão de dignidade da pessoa humana.” (MARQUES, Cláudia Lima. O diálogo das fontes como método da nova teoria geral do direito: um tributo a Erik Jayme. In.: _____ (coord.). Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas no direito brasileiro novo regime das relações contratuais. São Paulo: RT, 2012, p.17-66, p. 46-47.) “Quanto à pergunta sobre se os hipervulneráveis são apenas os mencionados no texto constitucional (crianças, adolescentes, idosos e portadores de deficiência), parece-me cedo para responder de forma definitiva. A diferença está em que os hipervulneráveis mencionados nas normas constitucionais se beneficiam do mandamento de proteção constitucional (com efeitos e força normativa no direito privado), enquanto, por exemplo, os doentes e analfabetos são hipervulneráveis cuja proteção especial dependerá da atuação ativa do Judiciário e das especificidades do caso concreto (por exemplo, conhecimento pelo parceiro contratual de sua condição agravada de vulnerabilidade, tipo de contrato, onerosidade ou gratuidade deste, etc.)” (MARQUES, Cláudia Lima. O diálogo das fontes como método da nova teoria geral do direito: um tributo a Erik Jayme. In.: _____ (coord.) Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas no direito brasileiro novo regime das relações contratuais. São Paulo: RT, 2012, p.17-66, p. 48.)

⁶³⁶ MIRAGEM, Bruno. Curso de Direito do Consumidor. 3ed. São Paulo: RT, 2012, p.102.

⁶³⁷ 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.

plenamente de seus direitos fundamentais. Longe de uma ótica paternalista, busca-se garantir efetividade e aplicação direta das normas constitucionais.⁶³⁸

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 jurídico⁶³⁹, remonta à *Declaração dos Direitos da Criança* adotada pela Assembleia-Geral das Nações Unidas no ano de 1959.⁶⁴⁰ Posteriormente, em 1989, através da *Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança*⁶⁴¹, houve a ampliação dos direitos da criança no cenário internacional. Este documento considerou como criança todo ser humano com menos de 18 anos de idade, salvo quando, em conformidade com a lei aplicável à criança, a maioria seja alcançada antes. 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), que em seus artigos 3º e

⁶³⁸ “10. Configura dano moral coletivo ofensa a direitos coletivos ou difusos de caráter extrapatrimonial associados a sujeitos ou bens vulneráveis e hipervulneráveis - pessoas com deficiência, consumidor, criança e adolescente, idoso, meio ambiente, ordem urbanística, entre outros.” (STJ. REsp 1.793.332/MG, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 26/08/2020)

⁶³⁹ STJ. REsp 1.587.477. Quarta Turma. Rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJe 27/08/2020.

⁶⁴⁰ Princípio II - A criança gozará de proteção especial e disporá de oportunidade e serviços, a serem estabelecidos em lei por outros meios, de modo que possa desenvolver-se física, mental, moral, espiritual e socialmente de forma saudável e normal, assim como em condições de liberdade e dignidade. Ao promulgar leis com este fim, a consideração fundamental a que se atenderá será o interesse superior da criança. (Declaração dos Direitos da Criança, 1959).

⁶⁴¹ Disponível em: <<https://www.unicef.org/brazil/convencao-sobre-os-direitos-da-crianca>> Acesso em: 05.06.21.

4º destaca que todas⁶⁴² 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.

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.⁶⁴³ 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, em mídias sociais, ainda quando são nascituros ou já nascidos.

⁶⁴² Art. 3º, parágrafo único: “Os direitos enunciados nesta Lei aplicam-se a todas as crianças e adolescentes, sem discriminação de nascimento, situação familiar, idade, sexo, raça, etnia ou cor, religião ou crença, deficiência, condição pessoal de desenvolvimento e aprendizagem, condição econômica, ambiente social, região e local de moradia ou outra condição que diferencie as pessoas, as famílias ou a comunidade em que vivem.”

⁶⁴³ Pietro Perlingieri apresenta a definição de igual dignidade social em duas perspectivas convergentes: “como o instrumento que confere a cada um o direito ao respeito inerente à qualidade de homem, assim como a pretensão de ser colocado em condições idôneas a exercer as próprias aptidões pessoais.” (PERLINGIERI, Pietro. Perfis do direito civil: introdução ao direito civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p.37.)

Diante disso, cabe salientar a questão do *oversharenting*: hábito de os pais postarem constantemente e de forma intensa imagens e informações na Internet sobre os menores que estão sob sua responsabilidade. Abarca também situações em que os pais fazem a gestão da vida digital de seus filhos na internet, criando perfis em nome das crianças em redes sociais e postando sempre informações sobre sua rotina. Com isso, verifica-se que a intensa exposição dos filhos feita pelos pais vem causando uma verdadeira mudança na caracterização da infância, de forma que a nova geração já cresce com responsabilidades, anseios e expectativas de uma vida adulta. Ocorre também, neste cenário, a divulgação da família e dos filhos menores pelos chamados influenciadores digitais, os quais conjugam tal exposição com a divulgação de marcas e serviços.

Recomenda-se, portanto, que antes da publicação de conteúdos que envolvam menores, os responsáveis reflitam criticamente acerca das consequências de suas ações. Além disso, mostra-se relevante incluí-los no processo decisório sobre o que vai ser postado sobre eles, de forma a educá-los sobre privacidade, consentimento e como se portar nas redes sociais.⁶⁴⁴ *Oversharenting* pode trazer sérios impactos emocionais e subjetivos às crianças. Dentro das consequências negativas, é possível elencar: bullying em ambientes coletivos; invasão de senhas, falsificação de identidade e fraudes variadas; dificuldade de conseguir vaga de estágio ou mesmo crédito

⁶⁴⁴ STEINBERG, Stacey. Growing Up Shared: How Parents Can Share Smarter on Social Media-and What You Can Do to Keep Your Family Safe in a No-Privacy World. Sourcebooks, 2020. PLUNKETT, Leah A. Sharenthood: Why We Should Think before We Talk about Our Kids Online. The MIT Press, 2019. EBERLIN, Fernando Büscher von Teschenhausen. Sharenting, liberdade de expressão e privacidade de crianças no ambiente digital: o papel dos provedores de aplicação no cenário jurídico brasileiro. Revista Brasileira de Políticas Públicas. Brasília, v. 7, nº 3, 2017 p. 255-273.

em instituições bancárias; e ser alvo de manipulação (política, comercial ou para qualquer fim de controle). Há, inclusive, uma preocupação acerca das consequências (presentes e futuras) da construção de uma memória pública e de um registro amplo de eventos e momentos que envolvam diretamente menores de idade.

Outro tema que permeia os debates envolve a *Internet dos brinquedos*, com bonecas, bichinhos de pelúcia e robôs conectados e inteligentes.⁶⁴⁵ Ela se insere no amplo universo da Internet das Coisas (*Internet of Things*), 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

⁶⁴⁵ Cf. TEFFÉ, Chiara Spadaccini de; SOUZA, Carlos Affonso. Infância conectada: direitos e educação digital. In: Comitê Gestor da Internet no Brasil. (Org.). Pesquisa sobre o uso da internet por crianças e adolescentes no Brasil : TIC kids online Brasil 2017. 1ed.São Paulo: Comitê Gestor da Internet no Brasil, 2018, v. 1, p. 31-40.

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.⁶⁴⁶

Outro tema que vale recordar envolve o uso de mídias sociais por menores.⁶⁴⁷ 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).

⁶⁴⁶ “Como regra, a comunicação estabelecida com esses dispositivos é pouco complexa e, muitas vezes, realizada na forma de comandos, sendo desnecessário utilizar expressões como “por favor” e “obrigado” (Lemos, 2017). Isso poderia influenciar negativamente as formas de expressão das crianças, prejudicando a sua interação com outros seres humanos. Em última instância, a diversão se transformou em um processo de criação de bases de dados. Quantas vezes a criança acessou o brinquedo? Quais informações ela trocou com ele? Quem tem acesso a essa comunicação e onde os dados são armazenados? O que pode ser feito com eles, além de melhorar a performance do brinquedo e do jogo? Existe um debate complexo sobre o consentimento dos pais e responsáveis para o tratamento de dados pessoais de seus filhos. Ainda que os pais tenham consentido com o uso do brinquedo e instalado um aplicativo que permite que eles controlem a brincadeira, há aspectos nebulosos nessa relação que precisam ser melhor debatidos. O que acontece se uma outra criança brincar junto e se comunicar com a boneca ou jogo? Enquanto cada vez mais brinquedos e jogos se conectam à rede, mais cedo as crianças também passam a utilizar a Internet. Duas certezas provenientes desse cenário são a transformação das práticas de diversão e os desafios constantes para a proteção da privacidade e dos dados pessoais.” (TEFFÉ, Chiara Spadaccini de; SOUZA, Carlos Affonso. Infância conectada: direitos e educação digital. In: Comitê Gestor da Internet no Brasil. (Org.). Pesquisa sobre o uso da internet por crianças e adolescentes no Brasil: TIC kids online Brasil 2017. São Paulo: Comitê Gestor da Internet no Brasil, 2018, v. 1, p. 31-40.)

⁶⁴⁷ Cf. TEFFÉ, Chiara Spadaccini de; FERNANDES, Elora. Contratação em redes sociais e proteção de dados de crianças e adolescentes. Artigo enviado para publicação em obra coletiva.

Para a Europa, a idade mínima estabelecida nas redes sociais costuma ser a de 16 anos⁶⁴⁸, 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"⁶⁴⁹, 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.⁶⁵⁰

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

⁶⁴⁸ Como exemplo, vale recordar os termos de uso do WhatsApp: "Se você reside em um país do Espaço Econômico Europeu (que inclui a União Europeia) ou em qualquer outro país ou território incluído (coletivamente, Europa), deve ter pelo menos 16 anos (ou mais, se for exigido em seu país) para se cadastrar e usar o WhatsApp. Se você reside em qualquer outro país, e não nos países pertencentes à Região Europeia, você deve ter pelo menos 13 anos (ou mais, se for exigido em seu país) para se cadastrar e usar o WhatsApp." Disponível em: <https://faq.whatsapp.com/general/security-and-privacy/minimum-age-to-use-whatsapp/?lang=pt_br> Acesso em: 05.06.21.

⁶⁴⁹ Artigo 6.o Licitude do tratamento 1. O tratamento só é lícito se e na medida em que se verifique pelo menos uma das seguintes situações: a) O titular dos dados tiver dado o seu consentimento para o tratamento dos seus dados pessoais para uma ou mais finalidades específicas; (...)

⁶⁵⁰ No estudo *The GDPR child's age of consent for data processing across the EU – one year later (July 2019)* foram apresentadas as idades mínimas estabelecidas por alguns países europeus para um menor consentir com o tratamento de seus dados por serviços da sociedade da informação. Disponível em: <<https://www.betterinternetforkids.eu/web/portal/practice/awareness/detail?articleId=3017751>> Acesso em: 05.06.21.

em conta a tecnologia disponível.⁶⁵¹ O uso de linguagem clara e acessível para os menores nas plataformas também é sempre lembrado.⁶⁵²

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

⁶⁵¹ "The GDPR contains a number of specific protections for children's data protection rights, including the specific provisions in Article 8 GDPR, setting out the conditions applicable to obtaining a child's consent in relation to information society services.¹⁰ It should be noted, however, that consent is not the only possible legal basis for the processing of children's personal data, and controllers should assess on a case-by-case basis which is the most appropriate legal basis for any proposed processing. Where such services are offered directly to a child, and the controller seeks to rely on consent as a legal basis, the child's must be at least 16 years old to consent independently, or, if the child is younger, the holder of parental responsibility must have given or authorised the consent. Whilst Article 8(1) does allow for Member States to set the age at a lower level (between 13 and 16), the 2018 Act has maintained the age cut-off for consent to such services at 16 years old in Ireland. In cases involving children under 16, controllers must make reasonable efforts to verify that consent is given or authorised by the holder of parental responsibility over the child, taking into consideration available technology." (Autoridade de proteção de dados irlandesa. Guidance Note: Legal Bases for Processing Personal Data. December 2019. p. 09.)

⁶⁵² "Additional protection is granted to this type of personal data since children are less aware of the risks and consequences of sharing data and of their rights. Any information addressed specifically to a child should be adapted to be easily accessible, using clear and plain language. For most online services the consent of the parent or guardian is required in order to process a child's personal data on the grounds of consent up to a certain age. This applies to social networking sites as well as to platforms for downloading music and buying online games. The age threshold for obtaining parental consent is established by each EU Member State and can be between 13 and 16 years. (...) Companies have to make reasonable efforts, taking into consideration available technology, to check that the consent given is truly in line with the law. (...) Preventive or counselling services offered directly to children are exempted from the requirement for parental consent as they seek to protect a child's best interests." Disponível em: <https://ec.europa.eu/info/law/law-topic/data-protection/reform/rights-citizens/how-my-personal-data-protected/can-personal-data-about-children-be-collected_en> Acesso em: 05.06.21.

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?⁶⁵³ Sugere-se a implementação de medidas de verificação de idade como, por exemplo: fazer uma pergunta que uma criança não seja 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/ou 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

⁶⁵³ "The ongoing debate around age assurance is often centred around restricting access to the internet for children and young people. But done properly, age assurance can drive the development of new products and services to create a richer and more diverse digital ecosystem in which children (one in three internet users) are a recognised user group. (...) Rather than viewing it as simply restricting access, we should be looking at age assurance as a chance to invite children into a digital world that offers them greater privacy, freedom from commercial pressures, content and information in formats and language that they like, protection from misinformation or material that promotes harmful activities (such as suicide, self-harm or disordered eating), alongside supporting digital services in their legal duty not to provide children with age restricted contact and content." (But how do they know it is a child? Age Assurance in the Digital World. 5Rights Foundation. Março de 2021. Disponível: <<https://5rightsfoundation.com/in-action/but-how-do-they-know-it-is-a-child-age-assurance-in-the-digital-world.html>> Acesso em: 11.06.21)

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.

2. DADOS SENSÍVEIS DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES

A cada segundo, uma infinidade de dados pessoais é extraída, transferida e organizada nos mais variados meios de comunicação e de prestação de serviços. Logins em sites, identificação pessoal por biometria e a utilização de mídias sociais e de objetos conectados fornecem dados pessoais a diversos destinatários sem que, muitas vezes, seja possível ao titular controlar efetivamente a finalidade da utilização de suas informações, bem como quem realizará o tratamento delas.⁶⁵⁴

Conforme aumenta o grau de exposição dos indivíduos e de sua sujeição a estruturas tecnológicas, verifica-se a relevância de se desenvolver instrumentos que coloquem os

⁶⁵⁴ TEPEDINO, Gustavo; TEFFÉ, Chiara Spadaccini de. O consentimento na circulação de dados pessoais. Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil, Belo Horizonte, v. 25, p. 83-116, jul./set. 2020.

direitos à proteção de dados e à privacidade em posição de preeminência em face de situações patrimoniais. Neste sentido, certas categorias de dados – pela sensibilidade e pela qualidade das informações que guardam – deverão receber garantias adicionais, não devendo ser utilizadas para fins meramente negociais.⁶⁵⁵ A LGPD, ainda que não defina expressamente o que são dados sensíveis, apresenta em seu Art. 5º, inciso II, dados assim considerados, como aqueles que versam sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política e filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político. São também sensíveis informações pessoais referentes à saúde ou à vida sexual e dados genéticos ou biométricos.⁶⁵⁶ A legislação brasileira seguiu, em grande parte, a noção europeia de dados sensíveis, estabelecida em 2016 pelo Regulamento Geral de Proteção de Dados Pessoais (*General Data Protection Regulation* – GDPR), e expandiu rol já desenvolvido pela Lei do Cadastro Positivo (Lei n. 12.414/11).⁶⁵⁷

Mas o que torna um dado pessoal um dado sensível? Quais fundamentos legitimam a categoria? Costuma-se fundamentar o estabelecimento de uma categoria especial de dados com base nos princípios do *livre desenvolvimento da personalidade*

⁶⁵⁵ RODOTÀ, Stefano. A vida na sociedade da vigilância – a privacidade hoje. Coord. Maria Celina Bodin de Moraes. Trad. Danilo Doneda e Luciana Cabral Doneda. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p.19.

⁶⁵⁶ Cf. TEFFÉ, Chiara Spadaccini de. A categoria especial dos dados sensíveis: fundamentos e contornos. No prelo. 2021.

⁶⁵⁷ "Art. 3º Os bancos de dados poderão conter informações de adimplemento do cadastrado, para a formação do histórico de crédito, nas condições estabelecidas nesta Lei. § 3º Ficam proibidas as anotações de: (...) II - informações sensíveis, assim consideradas aquelas pertinentes à origem social e étnica, à saúde, à informação genética, à orientação sexual e às convicções políticas, religiosas e filosóficas."

e da *não discriminação*, visando-se a tutelar informações relacionadas à essência da pessoa humana.⁶⁵⁸

Quando se afirma a relevância do livre desenvolvimento da personalidade, entende-se que cada pessoa deve eleger o seu modo de vida, podendo desenvolver e expor, de forma ampla, seu projeto pessoal.⁶⁵⁹ ⁶⁶⁰ Garante-se autonomia para que cada um constitua sua personalidade de forma livre, sem qualquer imposição ou interferência de terceiros, havendo tanto um direito à individualidade quanto um direito à diferença. A proteção da dignidade da pessoa dar-se-á para além dos direitos positivados expressamente no ordenamento. Em contraponto a uma lógica paternalista, segundo a qual as pessoas deveriam ser protegidas de si próprias pelo Estado,

⁶⁵⁸ Observa-se que alguns dados sensíveis podem revelar ou facilitar inferências sobre informações de terceiros. É o caso, por exemplo, do tratamento de dados genéticos, que podem revelar informações sobre a saúde ou a filiação da pessoa ou de terceiros.

⁶⁵⁹ Rodotà nos ensina: “O direito ao livre desenvolvimento da personalidade não é uma descoberta dos últimos tempos. É solenemente reconhecido pelo parágrafo 2º da Constituição alemã (...) e, de forma menos evidente, do artigo 2º da Constituição italiana, onde se afirma “a República reconhece e garante os direitos invioláveis do homem, seja como indivíduo, seja nas formações sociais nas quais se desenvolve sua personalidade.” Pode-se legitimamente indagar, portanto, se a escolha de redefinir a própria identidade na internet pode ser considerada como um elemento essencial do desenvolvimento da personalidade e se as comunidades virtuais podem ser consideradas como “formações sociais.” (RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade de vigilância: a privacidade hoje*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 116.)

⁶⁶⁰ “A exigência do respeito da personalidade, de seu livre desenvolvimento, incide sobre a noção de ordem pública, sobre os limites e sobre a função da autonomia negocial, sobre a interpretação dos atos através dos quais se manifesta – na individuação das fronteiras do ilícito e de seu fundamento, sobre as configurações não apenas das relações familiares, mas também daquelas patrimoniais, sobre a concepção e a tutela da relação de trabalho, sobre o juízo de valor do associativismo e de seus possíveis escopos; incide, em suma, sobre toda a organização da vida em «comunidade»” (PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 768-769).

promove-se a autonomia individual e a liberdade de escolha acerca do próprio destino.

Vale ressaltar que o livre desenvolvimento da personalidade, enquanto direito, deve ser também garantido pelo Estado e por terceiros. Recomenda-se, portanto, a elaboração e implementação de iniciativas, políticas e quadro normativo que propiciem o reconhecimento de capacidades, a atribuição de poderes e a determinação de deveres, de modo a possibilitar condições para o pleno desenvolvimento da personalidade.

O papel do ordenamento deve ser o de garantir à pessoa humana espaço para o desenvolvimento de suas escolhas, em todas as fases da vida, sabendo-se que de toda liberdade decorrerão também responsabilidades. Um dos limites ao referido direito seria a proteção da dignidade de terceiro(s). Ao se tutelar os dados pessoais, tutela-se diretamente a liberdade, a igualdade e a integridade, tanto do indivíduo quanto das coletividades, garantindo-se direitos e livres expressões de personalidades.

Nesse sentido, a proteção dos dados sensíveis mostra-se especialmente relevante para a garantia dos direitos e liberdades fundamentais de seu titular, devendo ser protegidos de forma mais específica e cuidadosa pelas diversas estruturas

normativas.⁶⁶¹ Isso porque, em virtude da qualidade e da natureza das informações que trazem, seu tratamento ou eventual vazamento poderá gerar riscos significativos à pessoa humana, podendo ser fonte para preconceitos e discriminações ilícitas ou abusivas.⁶⁶²

Nas palavras de Rodotà:

(...) dados sensíveis são aqueles relativos à saúde e vida sexual, às opiniões e ao pertencimento étnico ou racial, com uma lista semelhante às encontradas nas normas relativas a casos de discriminações. Assim, somos confrontados com algo

⁶⁶¹ Dispõe o considerando 51 do GDPR que: "Personal data which are, by their nature, particularly sensitive in relation to fundamental rights and freedoms merit specific protection as the context of their processing could create significant risks to the fundamental rights and freedoms. Those personal data should include personal data revealing racial or ethnic origin, whereby the use of the term 'racial origin' in this Regulation does not imply an acceptance by the Union of theories which attempt to determine the existence of separate human races. The processing of photographs should not systematically be considered to be processing of special categories of personal data as they are covered by the definition of biometric data only when processed through a specific technical means allowing the unique identification or authentication of a natural person. Such personal data should not be processed, unless processing is allowed in specific cases set out in this Regulation, taking into account that Member States law may lay down specific provisions on data protection in order to adapt the application of the rules of this Regulation for compliance with a legal obligation or for the performance of a task carried out in the public interest or in the exercise of official authority vested in the controller. In addition to the specific requirements for such processing, the general principles and other rules of this Regulation should apply, in particular as regards the conditions for lawful processing. Derogations from the general prohibition for processing such special categories of personal data should be explicitly provided, inter alia, where the data subject gives his or her explicit consent or in respect of specific needs in particular where the processing is carried out in the course of legitimate activities by certain associations or foundations the purpose of which is to permit the exercise of fundamental freedoms." Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:32016R0679&from=PT>> Acesso em: 11.06.21

⁶⁶² DONEDA, Danilo. Da privacidade à proteção de dados pessoais. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

que vai além da simples proteção da vida privada e se apresenta como defensor da mesma igualdade entre as pessoas.⁶⁶³

Verifica-se, na categoria em questão, importante conteúdo relacionado à intimidade, à identidade e à proteção da igualdade da pessoa natural, conteúdo que, como regra, só a ela diz respeito. Contudo, diante das novas dinâmicas de poder e de expressão, verifica-se também que nela há informações sensíveis que vêm integrando a esfera pública em que se encontra seu titular, constituindo as convicções que ele deve poder manifestar publicamente e que fazem parte de sua identidade pública.⁶⁶⁴

A seleção sobre quais dados são sensíveis demonstra que a circulação de determinadas informações pessoais pode acarretar maior potencial lesivo aos seus titulares, em uma determinada configuração social e política. Diante disso, a compreensão sobre os mecanismos que devem ser empregados na tutela de dados sensíveis perpassa um entendimento substancial sobre as dinâmicas discriminatórias que estão articuladas nas sociedades.

⁶⁶³ Tradução livre de: "È necessario sottolineare, infatti, che i dati sensibile sono quelli che riguardano la salute e la vita sessuale, le opinioni e l'appartenenza etnica o razziale, con una elencazione analoga a quella che si trova nelle norme riguardanti i casi di discriminazione. Siamo così di fronte a qualcosa che eccede la semplice tutela della vita privata e si pone come presidio della stessa eguaglianza tra le persone". (RODOTÀ, Stefano. Il mondo nella rete: Quali i diritti, quali i vincoli. Roma: Laterza & Figli – Gruppo Editoriale L'Espresso, 2019.p.36)

⁶⁶⁴ RODOTÀ, Stefano. A vida na sociedade da vigilância. A privacidade hoje. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. KORKMAZ, Maria Regina Detoni Cavalcanti Rigolon. Dados Sensíveis na Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais: mecanismos de tutela para o livre desenvolvimento da personalidade. Orientador: Sergio Marcos Carvalho de Ávila Negri. Dissertação (mestrado acadêmico) - Universidade Federal de Juiz de Fora, Faculdade de Direito. Programa de Pós-Graduação em Direito, 2019. p. 43.

Não há dúvidas de que o tratamento de dados sensíveis por parte, por exemplo, de empregadores⁶⁶⁵ ⁶⁶⁶, recrutadores, ambientes de ensino, companhias seguradoras, planos de saúde ou governos, se não observadas salvaguardas adequadas, poderá ampliar cenários de discriminações e de violações a direitos.⁶⁶⁷ Outro ponto de preocupação é o desenvolvimento contínuo de análises e de perfis comportamentais com tais dados, especialmente quando são de menores de idade,

⁶⁶⁵ A Convenção 111 da Organização Internacional do Trabalho (1960), ratificada pelo Brasil, traz medidas para eliminar toda discriminação em matéria de emprego e ocupação, incentivando leis e programas de educação sobre o tema e que invistam na política promovida no documento. Em relação ao ambiente laboral, o artigo 7º, incisos XXX e XXXI, da Constituição Federal, proíbem diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil, bem como qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência.

⁶⁶⁶ "(...) não há dúvida de que o conhecimento, por parte do empregador ou de uma companhia seguradora, de informações sobre uma pessoa infectada pelo HIV, ou que apresente características genéticas particulares, pode gerar discriminações. Estas podem assumir a forma da demissão, da não admissão, da recusa em estipular um contrato de seguro, da solicitação de um prêmio de seguro especialmente elevado." (RODOTÁ. Op cit., p. 70.)

⁶⁶⁷ "A ligação entre proteção de dados e prevenção da discriminação é intuitiva. Ao se restringir ou condicionar o uso de determinados dados pessoais pelos agentes de tratamento, tem-se, como corolário, o impedimento de sua consideração em prejuízo do titular deles. Em uma sociedade cada vez mais digital, os instrumentos fornecidos aos indivíduos pelas leis de proteção de dados, como o direito de acesso aos dados tratados pelo controlador e os direitos à explicação e revisão das decisões automatizadas, afiguram-se essenciais para a exposição e minimização de tratamentos discriminatórios. Some-se a eles, ainda, a explicitação de um princípio da não discriminação ilícita ou abusiva, a possível exigência de um relatório de impacto à proteção de dados pessoais (RIPD) e uma auditoria pela ANPD para verificação de aspectos discriminatórios nos tratamentos automatizados, e logo se conclui: o controle da discriminação nas relações entre privados no Brasil tende a mudar de patamar com a entrada em vigor da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD)." (JUNQUEIRA, Thiago. Tratamento de Dados Pessoais e Discriminação Algorítmica nos Seguros. Revista dos Tribunais, 2020, p. 240.)

visando a direcionar e a personalizar, com elevada precisão, bens e serviços.

O direito constitucional brasileiro compreende a afirmação do direito à igualdade como mandamento de *proibição de discriminação*. Almeja-se, assim, "(...) afastar toda e qualquer diferenciação injusta, em especial práticas e regimes de subordinação contra indivíduos e grupos histórica e socialmente injustiçados e vítimas de preconceito."⁶⁶⁸ Na Constituição Federal de 1988 foi estabelecido que é objetivo fundamental da República a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Isso resultou na formulação de um *direito da antidiscriminação*. Neste sentido, Roger Rios destaca que:

Passa-se a atentar para os prejuízos injustos suportados pelos destinatários de tratamentos desiguais, objetivando enfrentar situações de estigma e subordinação experimentadas por grupos discriminados (RIOS, 2008, p. 36; MOREIRA, 2017, p. 67; SOLANKE, 2017). A discriminação enfrentada pelo direito da antidiscriminação é, portanto, tomada por uma perspectiva mais substantiva que formal: importa enfrentar a desigualdade prejudicial e injusta, pois nem sempre a adoção de tratamentos distintos se revela maléfica, sendo mesmo tantas vezes exigida, como alerta a dimensão material do princípio da igualdade (o de tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida de suas desigualdades).⁶⁶⁹

⁶⁶⁸ RIOS, Roger Raupp; LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo; SCHÄFER, Gilberto. Direito da antidiscriminação e direitos de minorias: perspectivas e modelos de proteção individual e coletivo. Rev. direitos fundam. democ., v. 22, n. 1, p. 126-148, jan./abr. 2017.

⁶⁶⁹ RIOS, Roger Raupp. Tramas e interconexões no Supremo Tribunal Federal: Antidiscriminação, gênero e sexualidade. Rev. Direito Práx., Rio de Janeiro, v. 11, n. 2, p. 1332-1357, abril. 2020.

O *princípio da não discriminação* – relevante fundamento para a tutela ampliada dos dados sensíveis – aparece na LGPD duas vezes: na primeira, no inciso IX do art. 6º, que o conceitua como “impossibilidade de realização do tratamento para fins discriminatórios ilícitos ou abusivos”, e na segunda, no § 2º do art. 20, que prevê a possibilidade de a Autoridade Nacional de Proteção de Dados realizar auditoria para a verificação de aspectos discriminatórios em tratamento automatizado de dados pessoais.⁶⁷⁰

O fundamento comum para a proteção dos dados sensíveis gira em torno da necessidade de se evitar formas prejudiciais, ilícitas ou abusivas de discriminação em face dos titulares de

⁶⁷⁰ Como define Cathy O’Neil, algoritmos são opiniões embutidas em código, que repetem práticas e padrões passados e, assim, automatizam o status quo. Para que os algoritmos sejam justos, é preciso fiscalizá-los, repará-los e aprimorá-los. Dessa forma, além de se ter uma regulamentação adequada, que privilegie a transparência e a explicação quanto às decisões algorítmicas, o princípio da não discriminação deve estar presente desde a concepção dos sistemas de inteligência artificial, tanto na parte técnica dessa construção quanto na garantia de diversidade dos times responsáveis pelo desenvolvimento dos algoritmos. Mostra-se fundamental exigir responsabilidade e prestação de contas de corporações que tomam decisões capazes de prejudicar pessoas e comunidades. (O’NEIL, Cathy. *Weapons of Math Destruction: How Big Data Increases Inequality and Threatens Democracy*. Crown: 2016.)

dados.⁶⁷¹ Desta forma, o tratamento de dados sensíveis deve vir acompanhado de garantias adequadas, que considerem os riscos em jogo e os direitos a serem protegidos, como, por exemplo, bases legais específicas e mais restritas (como o art. 11 da LGPD)⁶⁷²; obrigação de sigilo profissional; análises de risco; e medidas técnicas e de segurança organizacional específicas. Cuidados adicionais para a proteção de dados sensíveis são essenciais para o seu regular tratamento, uma vez que a tônica de sua tutela é “permitir uma igualdade substancial no tratamento dos dados, vedando a discriminação e o abuso que dele podem surgir.”⁶⁷³

Como se sabe, a depender da base de dados utilizada para treinar o algoritmo e/ou de como ele foi programado, ele poderá oferecer um resultado discriminatório. Tão importante quanto o algoritmo é a base de dados a ele subjacente e o

⁶⁷¹ Mulholland apresenta dois casos graves em que o perfilamento (profiling) gerou tratamentos discriminatórios: “Os casos ocorreram nos EUA e se referiram à contratação de serviços médicos e de seguridade. No primeiro caso, algumas seguradoras utilizaram dados pessoais relacionados às vítimas de violência doméstica, acessíveis em banco de dados públicos. O resultado do tratamento dos dados levou a uma discriminação negativa, ao sugerir que mulheres vítimas de violência doméstica não poderiam contratar seguros de vida, saúde e invalidez, pois o risco contratado seria muito alto. Em outro caso, relacionado a dados de saúde, “quando uma pessoa tem um derrame, alguns bancos, ao descobrir tal fato, começam a cobrar o pagamento dos empréstimos realizados”.” (MULHOLLAND, Caitlin. Os contratos de seguro e a proteção dos dados pessoais sensíveis. In: GOLDBERG, Ilan; JUNQUEIRA, Thiago (Coords.). Temas Atuais de Direito dos Seguros, Tomo I. São Paulo: Thomson Reuters. 2020.)

⁶⁷² VIOLA, Mario; TEFFÉ, Chiara Spadaccini de. Tratamento de dados pessoais na LGPD: estudo sobre as bases legais dos artigos 7º e 11. In: Bruno Bioni, Laura Schertel Mendes, Danilo Doneda, Otavio Luiz Rodrigues Jr., Ingo Sarlet. (Org.). Tratado de Proteção de dados pessoais. 1ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, v. 1, p. 117-148.

⁶⁷³ MULHOLLAND, Caitlin. Dados pessoais sensíveis e consentimento na Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. Migalhas, publicado em 22 de junho de 2020.

enviesamento que pode vir a reboque. Como a inteligência artificial tem sido frequentemente usada para a tomada de decisões, a vida das pessoas fica cada vez mais vulnerável a tratamentos discriminatórios, como em situações que envolvem análise de probabilidade de cometimento de crimes⁶⁷⁴, tutela da saúde, concessão de crédito e participação em processos seletivos de emprego.

Decisões que, até pouco tempo, eram tomadas exclusivamente por seres humanos vêm sendo delegadas – no todo ou em parte – para sistemas automatizados, algoritmos de ranking e modelos de risco preditivo, que, por sua vez, acabam controlando desde a concessão de crédito a uma pessoa até quem tem mais chances de delinquir, com base na análise computadorizada

⁶⁷⁴ Cf. BRAYNE, Sarah. *Predict and Surveil: Data, Discretion, and the Future of Policing*. 1.ed. Oxford University Press: 2020. SKINNER-THOMPSON, Scott. *Privacy at the Margins*. Cambridge university press: 2020. COSTANZA-CHOCK, Sasha. *Design Justice. Community-Led Practices to Build the Worlds We Need*. The MIT Press: 2020. NOBLE, Safiya Umoja. *Algorithms of Oppression: How Search Engines Reinforce Racism*. NYU Press, 2018.

de estatísticas.⁶⁷⁵ Percebe-se, assim, o potencial de algumas decisões automatizadas de violarem direitos fundamentais, se tomadas sem o cumprimento de determinados parâmetros éticos e constitucionais, que garantam sua transparência, possibilidade de controle e segurança.⁶⁷⁶

Nesse contexto, alude-se ao tratamento conferido ao tema na LGPD, que previu o direito de o titular dos dados solicitar a revisão de decisões tomadas unicamente com base em tratamento automatizado de dados pessoais que afetem seus interesses, incluídas as decisões destinadas a definir o seu perfil pessoal, profissional, de consumo e de crédito ou os aspectos de sua personalidade. Segundo parte da doutrina, o

⁶⁷⁵ “As decisões automatizadas, referentes a um indivíduo determinado, que se baseiam em um método estatístico para análise de grande volume de dados e informações, podem ter grande impacto sobre os direitos individuais, especialmente no que se refere à autonomia, igualdade e personalidade. Afinal, na sociedade atual, caracterizada pelas relações remotas, os dados pessoais acabam por se constituir na única forma de representação das pessoas perante as mais diversas organizações estatais e privadas, sendo determinantes para “abrir ou fechar as portas de oportunidades e acessos” (LYON, 2003, p. 27). Dessa forma, uma eventual representação equivocada em determinados contextos sociais – por meio de um equívoco do algoritmo ou dos dados em que o algoritmo se baseou – afetaria tanto a forma como o indivíduo se percebe como também o modo como a sociedade o enxerga e o avalia, afetando a sua integridade moral e a sua personalidade (BRITZ, 2008, p. 179). Ademais, se essa representação, conforme alertado por Lyon (2003), acarretar a perda de chances e oportunidades do indivíduo na sociedade, dar-se-á uma restrição indevida à sua autonomia, limitando a sua liberdade de ação, suas escolhas econômicas e até mesmo existenciais. Por fim, destaca-se também a possibilidade de violação do princípio da igualdade, na hipótese de que a classificação e seleção operada por algoritmos produza resultados desiguais para pessoas em situações semelhantes, afetando negativamente as suas oportunidades de vida na sociedade (LYON, 2003, p. 27).” (DONEDA et al. Considerações iniciais sobre inteligência artificial, ética e autonomia pessoal. Pensar, Fortaleza, v. 23, n. 4, p. 1-17, 2018.)

⁶⁷⁶ Cf. TEFFÉ, Chiara Spadaccini de; MEDON, Filipe. responsabilidade civil e regulação de novas tecnologias: questões acerca da utilização de inteligência artificial na tomada de decisões empresariais. Revista estudos institucionais, v. 6, p. 301-333, 2020.

artigo 20 da LGPD⁶⁷⁷ seria, em certa medida, a sede do “direito à explicação”⁶⁷⁸, o qual derivaria do *princípio da transparência* para o tratamento de dados pessoais.

A priori, parece que um grupo relativamente amplo de informações pessoais pode ser considerado sensível, especialmente diante de alguns tratamentos específicos realizados. Por consequência, os dados pessoais deverão ser avaliados considerando-se por exemplo: (I) o contexto que determina seu tratamento; (II) interesses específicos do responsável pelo tratamento, assim como dos destinatários potenciais dos dados; (III) fins e propósitos para os quais os dados serão tratados; (IV) condições do tratamento; (V) relações que podem ser estabelecidas com as demais informações disponíveis sobre o titular ou o grupo de que ele faz parte; (VI) as possibilidades tecnológicas atuais e futuras envolvendo

⁶⁷⁷ Art. 20. O titular dos dados tem direito a solicitar a revisão de decisões tomadas unicamente com base em tratamento automatizado de dados pessoais que afetem seus interesses, incluídas as decisões destinadas a definir o seu perfil pessoal, profissional, de consumo e de crédito ou os aspectos de sua personalidade. § 1º O controlador deverá fornecer, sempre que solicitadas, informações claras e adequadas a respeito dos critérios e dos procedimentos utilizados para a decisão automatizada, observados os segredos comercial e industrial. § 2º Em caso de não oferecimento de informações de que trata o § 1º deste artigo baseado na observância de segredo comercial e industrial, a autoridade nacional poderá realizar auditoria para verificação de aspectos discriminatórios em tratamento automatizado de dados pessoais.

⁶⁷⁸ No processo de aprovação da LGPD houve veto a trecho do artigo 20 que determinava o direito de revisão como um direito de revisão humana, ou seja, feito por uma pessoa natural. A crítica que se faz é a possibilidade então de tal revisão ser feita apenas por máquinas, ao contrário do que dispõe o direito europeu sobre a temática. Cf. FRAZÃO, Ana; MULHOLLAND, Caitlin (Org.). *Inteligência Artificial e Direito: Ética, Regulação e Responsabilidade* - revisto e atualizado. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. FRAZÃO, Ana. *Algoritmos e inteligência artificial*, Jota, publicado em 15 de maio de 2018. ZANATTA, Rafael A. F. *Perfilização, Discriminação e Direitos: do Código de Defesa do Consumidor à Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais*. Disponível em: <<https://www.researchgate.net/publication/331287708>> Acesso em: 09.01.21.

dados; (VII) como a informação pode afetar o indivíduo a quem ela diz respeito e o livre desenvolvimento de sua personalidade; e (VIII) a potencialidade do tratamento do dado servir como instrumento de estigmatização ou discriminação ilícita ou abusiva da pessoa.⁶⁷⁹ Acerca da finalidade/propósito do agente, cabe questionar: o controlador pretende tirar conclusões do tratamento que possam ser consideradas dados de natureza sensível? Para se analisar a questão, mostra-se relevante verificar, entre outros aspectos, o histórico do agente e se a intenção declarada é, de fato, objetivamente verificável.

É importante também considerar quais outros dados podem estar disponíveis para o controlador, pois a combinação de vários conjuntos de dados pode aumentar a probabilidade de que conclusões de natureza sensível sejam alcançadas. Em ambientes cada vez mais interconectados, isso pode envolver levar em consideração não apenas dados que estejam com o controlador, mas também dados que ele possa ter acesso em outros ambientes. Um segundo fator são as habilidades técnicas do controlador de dados. Isso incluirá a capacidade computacional e o *know-how* técnico disponíveis. Tendo em vista que tais fatores estão em constante evolução e que o acesso a conjuntos de dados potencialmente complementares está sempre aumentando, o contexto específico de um tratamento deverá, como regra, ser compreendido de forma

⁶⁷⁹ “(...) mais importante do que identificar a natureza própria ou conteúdo do dado, é constatar a potencialidade discriminatória no tratamento de dados pessoais. Isto é, a limitação para o tratamento de dados se concretizaria na proibição de seu uso de maneira a gerar uma discriminação, um uso abusivo e não igualitário de dados. Não só a natureza de um dado, estruturalmente considerado, deve ser avaliada para sua determinação como sensível, mas deve-se admitir que certos dados, ainda que não tenham a princípio essa natureza especial, venham a ser considerados como tal, a depender do uso que deles é feito no tratamento de dados.” (MULHOLLAND, Caitlin. Dados pessoais sensíveis e consentimento na Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. Migalhas, publicado em 22 de junho de 2020.)

dinâmica e mutável. O tratamento de dados que pode não ter sido considerado sensível no passado pode muito bem ser considerado sensível no futuro.

Diante disso, não se mostra possível definir, antecipadamente e de forma absoluta, os efeitos de um tratamento de informações nem o grau de sensibilidade de um dado pessoal. Por exemplo, dados que pareçam não relevantes em determinado momento, que não façam referência a alguém diretamente ou, ainda, que não sejam formalmente sensíveis, uma vez transferidos, cruzados e/ou organizados, podem resultar em dados bastante específicos sobre determinada pessoa, trazendo informações, inclusive, de caráter sensível sobre ela.

Em importante ensinamento, Danilo Doneda destaca que:

A elaboração desta categoria e de disciplinas específicas a ela aplicadas não foi isenta de críticas, como a que afirma que é impossível, em última análise, definir antecipadamente os efeitos do tratamento de uma informação, seja ela da natureza que for. Desta forma, mesmo dados não qualificados como sensíveis, quando submetidos a um determinado tratamento, podem revelar aspectos sobre a personalidade de alguém, podendo levar a práticas discriminatórias. Afirma-se, em síntese, que um dado, em si, não é perigoso ou discriminatório – mas o uso que dele se faz pode sê-lo. (...) deve-se ter em conta que o próprio conceito de dados sensíveis atende à uma necessidade de delimitar uma área na qual a probabilidade de utilização discriminatória da informação é potencialmente maior – sem deixarmos de reconhecer que há situações onde tal consequência pode advir sem que sejam utilizados dados

sensíveis, ou então que a utilização destes dados se preste a fins legítimos e lícitos.⁶⁸⁰

Sabe-se que, diante dos avanços tecnológicos e científicos, até mesmo informações pessoais que tradicionalmente não eram classificadas como sensíveis, como nome, nacionalidade e CEP do domicílio, podem causar tanto (a) um tratamento

⁶⁸⁰ DONEDA, Danilo. A proteção de dados pessoais nas relações de consumo: para além da informação creditícia. Escola Nacional de Defesa do Consumidor. Brasília: SDE/DPDC, 2010. p. 26-27

discriminatório ilícito ou abusivo quanto (b) a dedução ou inferência de dados sensíveis.^{681,682}

⁶⁸¹ Embora o tratamento de nomes e sobrenomes possa, em muitas circunstâncias, não trazer riscos para os indivíduos, ele pode, em alguns casos, envolver dados sensíveis, como, por exemplo, quando o objetivo for revelar a origem étnica ou as crenças religiosas dos indivíduos. Recorda-se caso em que se verificou que motoristas com nomes não ingleses, como Mohammed Ali, recebiam cotações de seguros de carros mais altas do que Johns. Segundo reportagem de 2018, grandes firmas ofereciam valores menores quando o motorista tinha nome considerado inglês, como, por exemplo, John, Jack Jones ou David Smith. (Disponível em: <<https://www.thesun.co.uk/motors/5393978/insurance-race-row-john-mohammed/>> Acesso em: 02.11.20) Há casos, também, de negativa de concessão de crédito para pessoas cujos nomes são, estatisticamente, os mais recorrentes na comunidade afrodescendente. É dizer: o simples prenome, em certo contexto, pode ser considerado dado sensível para fins de tutela da igualdade. (Disponível em: <<https://www.oabrp.org.br/colonistas/gustavo-tepedino/as-tecnologias-renovacao-direito-civil>> Acesso em: 02.11.20)

⁶⁸² Doneda e Monteiro analisam caso de solicitação de dados de nacionalidade, o qual ensejou questionamentos a respeito da razão de seu requerimento e de possíveis tratamentos discriminatórios que poderia ensejar. Determinado pró-reitor da Universidade Federal de Santa Maria solicitou algumas informações aos programas de pós-graduação da instituição, estando, entre elas, questionamento acerca da presença de alunos e/ou professores de nacionalidade israelense. O pedido procurava atender a uma solicitação de acesso à informação dirigida à Universidade por algumas entidades. Analisando o caso e a ponderação entre transparência e proteção de dados, os autores destacaram que: “[...] o fato de a informação referente à nacionalidade ter elevado potencial discriminatório – ainda que a nacionalidade não seja comumente considerada em si como uma informação sensível – depreende-se do tratamento sensível que pode ser dado a tal informação, capaz de estigmatizar, classificar, pré-julgar e mesmo comprometer a segurança dos cidadãos afetados. Note-se que a discriminação em razão da procedência nacional é, inclusive, tipificada como crime no Art. 1º da Lei 7.716/1989. Para tal ponderação contribui, igualmente, a motivação discriminatória passível de ser inferida pela série de considerandos ao pedido de acesso à informação, ao julgar de forma contundente atos que eventualmente teriam sido praticados pelo Estado de Israel.” (DONEDA, Danilo; MONTEIRO, Marília. Acesso à informação e privacidade no caso da Universidade Federal de Santa Maria. Jota. 2 jul. 2015. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/acesso-a-informacao-e-privacidade-no-caso-da-universidade-federal-de-santa-maria-02072015>. Acesso em: 14 jun. 2020)

Ainda sobre informações que podem se tornar sensíveis, vale lembrar o histórico de compras de uma pessoa em um supermercado ou em uma farmácia⁶⁸³ ou o acesso à fatura de seu cartão de crédito, uma vez que, a partir disso, é possível inferir dados sensíveis, como convicções religiosas, estado de saúde⁶⁸⁴ ou orientação sexual. Dados de geolocalização podem, também, ser manipulados para usos lesivos a seu titular e para a verificação de informações íntimas. Eles podem revelar, por exemplo, sua religião (pessoa localizada em determinado templo religioso) ou permitir que seja presumida alguma condição de saúde (pessoa localizada em clínica de saúde especializada em determinada doença).

O próprio dado relativo à identidade de gênero ou à orientação sexual pode ser utilizado para discriminações ilícitas ou abusivas. Da mesma forma, é importante ter especial atenção

⁶⁸³ “Por exemplo, ao fornecer o número do CPF para obter descontos nas farmácias, a lista de medicamentos associada a esse dado pode conter informações delicadas sobre nossa saúde. É possível que essas informações sejam utilizadas de maneira discriminatória por seguradoras de saúde, alterando o valor da franquia de acordo com o perfil. Da mesma forma, nosso histórico de compras online diz bastante sobre poder aquisitivo e preferências pessoais. Por meio dessas informações, é possível embasar o direcionamento de propagandas compatíveis com o nosso gosto, tentando-nos a comprar algo que não precisamos, bem como cobrar preços mais altos ou limitar o acesso ao crédito para determinados perfis. Dados sobre orientação sexual, em uma sociedade que ainda vive preconceitos contra a diversidade, também podem servir a práticas de segregação, restringindo, por exemplo, as oportunidades de trabalho.” (VARON, Joana. Entrevista II. Panorama Setorial da Internet, v. 11, n. 2, p. 12-14, 2019. Privacidade e dados pessoais. Disponível em: <https://www.cetic.br/media/docs/publicacoes/6/15122520190717-panorama_setorial_ano-xi_n_2_privacidade_e_dados_pessoais.pdf> Acesso em: 31 maio 2020, p. 12).

⁶⁸⁴ Caso famoso envolve a empresa Target e o uso de dados para a realização de previsão de gravidez de clientes. Cf. DUHIGG, Charles. How companies learn your secrets. The New York Times. 26 fev. 2012. Disponível em: <<https://www.nytimes.com/2012/02/19/magazine/shopping-habits.html?pagewanted=1&r=1&hp>>. Acesso em: 31 maio 2020.

com os dados financeiros⁶⁸⁵ de pessoas naturais, dados sobre antecedentes, processos ou condenações criminais e dados relativos a alguma forma de deficiência⁶⁸⁶. Em um contexto em que o rastro digital de crianças vem sendo iniciado cada vez mais cedo, as mencionadas considerações representam importantes pontos de atenção no momento de se desenvolver garantias e proteções especiais a tais sujeitos.

Além disso, a partir de *metadados* é possível inferir diversas informações sensíveis sobre uma pessoa. Praticamente todos

⁶⁸⁵ A segurança das informações deve ser um pilar estratégico e prioritário para todas as instituições financeiras, especialmente aquelas que oferecem serviços digitais. Para garantir a segurança dos usuários e da própria empresa, alguns investimentos mostram-se essenciais, como, por exemplo: o uso amplo de criptografia e a constituição de equipe de segurança de alto padrão, havendo, portanto, profissionais capacitados em cyber security. Para a segurança dos dados financeiros, também é necessário que a empresa esteja em compliance com a LGPD e com padrões mundiais, como o CIS (Center for Internet Security) e o ISO/IEC 27001, tanto a nível de hardware quanto a nível de software. Por fim, deve-se incrementar dentro da instituição uma elevada cultura de segurança e proteção de dados, bem como a realização de certificações na área. Fonte: <<https://cryptoid.com.br/identidade-digital-destaques/seguranca-digital-qualis-cuidados-as-fintechs-devem-ter-com-os-dados-financeiros-dos-clientes/>> Acesso em: 17 de março de 2021.

⁶⁸⁶ “A preocupação com a proteção de dados pessoais de pessoas em situação de vulnerabilidade é ainda mais acentuada, notadamente em relação aos dados sensíveis. Assegurar os direitos da pessoa de manter o controle sobre seus dados, por meio da autodeterminação informativa, de forma a evitar a não discriminação, é ainda mais difícil para integrantes de grupos vulneráveis. Se já é tormentosa a proteção da liberdade e da igualdade no contexto da proteção de dados diante das assimetrias de poder na sociedade da informação, no caso de pessoas vulneradas é dramática sua tutela. Entre eles, as pessoas com deficiência constituem grupo estigmatizado e inferiorizado socialmente que representa significativa parcela da população e que o Direito brasileiro somente em tempos mais recentes se voltou à sua tutela na medida de suas vulnerabilidades”. (BARBOZA, Heloisa Helena; PEREIRA, Paula Moura Francesconi de Lemos; ALMEIDA, Vitor. Proteção dos dados pessoais da pessoa com deficiência. In: TEPEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana; OLIVA, Milena Donato (Coord). Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas repercussões no direito brasileiro. São Paulo: Thomson Reuters: 2020.)

os dispositivos geram metadados conforme são utilizados, sendo exemplo emblemático o *smartphone*, ferramenta cada vez mais utilizada por menores de idade. Ao tirar uma foto, por exemplo, além da imagem ficar gravada na memória do celular, metadados são associados a ela, descrevendo informações sobre o modelo da câmera, data, tamanho e formato do arquivo e o local de onde a foto foi tirada.

O conteúdo de comunicações pode revelar informações altamente sensíveis sobre as pessoas envolvidas⁶⁸⁷, desde experiências pessoais e emoções até condições médicas, preferências sexuais e visões políticas, cuja divulgação pode resultar em danos pessoais e sociais, perdas econômicas e/ou constrangimentos. Da mesma forma, metadados derivados de comunicações eletrônicas também podem revelar informações muito pessoais. Números chamados, os sites visitados, a localização geográfica e a data e a duração de uma chamada são informações que permitem tirar conclusões precisas sobre a vida privada das pessoas, como suas relações sociais, seus hábitos, atividades da vida cotidiana e seus interesses e gostos.

As complexas e variadas formas de tratar dados pessoais exigem o estabelecimento de novas categorias, relações e tutelas, especialmente quando envolvem crianças e adolescentes. Diante disso, mostra-se fundamental definir critérios e garantias que ampliem a tutela oferecida a dados sensíveis e a tratamentos que revelem informações sensíveis de menores, levando-se em conta também a necessária aplicação da doutrina do melhor interesse e da proteção integral.

⁶⁸⁷ HOF, Simone van der. I agree, or do I? A rights-based analysis of the law on children's consent in the digital world. *Wisconsin International Law Journal*, v. 34, n. 2, p. 409-445, 2016.

3. INSTRUMENTOS PARA A GARANTIA DO MELHOR INTERESSE DOS MENORES NO TRATAMENTO DE INFORMAÇÕES SENSÍVEIS

Dados sensíveis podem alcançar diferentes níveis de sensibilidade, a depender da informação em si que guardam e/ou do titular a quem dizem respeito, impactando em graus de intensidade diversos a esfera íntima ou secreta de seu titular. Quanto mais sensíveis forem as informações pessoais, maiores serão os riscos e os danos se houver um incidente de segurança ou violação de privacidade envolvendo as mesmas.

Por exemplo, as informações de contato profissional de uma pessoa são dados pessoais, mas é pouco provável que ela sofra danos graves se tais informações forem disponibilizadas publicamente. Por outro lado, se informações específicas de saúde de um indivíduo caírem nas mãos erradas isso poderá causar um alto risco de lesão a ele e, até mesmo, a terceiros. Em geral, quanto maior a sensibilidade da informação, maiores deverão ser as salvaguardas.

Detalhes sobre a saúde mental de um indivíduo ou sobre seus dados genéticos serão, como regra, mais sensíveis do que a informação se ele está com uma perna quebrada, ainda que todos os dados mencionados sejam relativos à saúde. Indaga-se, então, se não seria mais adequado, e inclusive necessário, criar categorias especiais de dados e, conseqüentemente, tutelas diferenciadas para elas, de forma a se proteger mais amplamente a pessoa humana.

Excelentes exemplos para se pensar em dados altamente sensíveis são dados biométricos de crianças e dados de saúde

de menores de idade com deficiência⁶⁸⁸, 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 Sueca⁶⁸⁹ multou um município em aproximadamente 20.000 euros por usar tecnologia de reconhecimento facial para monitorar a frequência de alunos em escola.⁶⁹⁰ Uma escola no norte da Suécia conduziu um projeto piloto realizando 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 esta 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

⁶⁸⁸ Sugere-se a leitura de caso que envolveu multa aplicada pela Autoridade de Proteção de Dados da Noruega ao município de Rælingen. Disponível em: <<https://www.datatilsynet.no/en/news/2020/final-decision-administrative-fine-for-ralingen-municipality/>> Acesso em: 06.06.21

⁶⁸⁹ Fonte: <https://edpb.europa.eu/news/national-news/2019/facial-recognition-school-renders-swedens-first-gdpr-fine_en> Acesso em: 06.06.21.

⁶⁹⁰ Recomenda-se a leitura da Opinion 2/2009 on the protection of children's personal data (General Guidelines and the special case of schools), adotada em 11 de fevereiro de 2009. Disponível em: <https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2009/wp160_en.pdf> Acesso em: 06.06.21.

violação que consistia no tratamento de dados biométricos de menores para a utilização de cantina escolar.⁶⁹¹ A escola estava processando 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 processamento 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

⁶⁹¹ Fonte: <https://edpb.europa.eu/news/national-news/2020/fine-processing-students-fingerprints-imposed-school_en> Acesso em: 06.06.21.

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, recursos e boas práticas, sendo fundamental a implantação de programas de compliance⁶⁹² comprometidos com as questões acima. Contar com o comprometimento das instituições públicas 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.

Neste sentido, a Autoridade irlandesa de proteção de dados publicou, até março de 2021, um *draft* para consulta pública intitulado “Children Front and Centre: Fundamentals for a Child-Oriented Approach to Data Processing”. Os Fundamentos estabelecem 14 princípios-chave que as organizações devem

⁶⁹² TEFFÉ, Chiara Spadaccini de. LGPD em programas de compliance: vantagem competitiva e aderência às práticas ESG. Jota, publicado em 10 de junho de 2021. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/lgpd-em-programas-de-compliance-vantagem-competitiva-e-aderencia-as-praticas-esg-10062021>> Acesso em: 11.06.21

seguir ao tratar dados de crianças (na Irlanda, para fins de proteção de dados, uma criança é alguém com menos de 18 anos.). Isso inclui serviços direcionados / destinados ou que provavelmente serão acessados por crianças.⁶⁹³ Meses antes, a Autoridade do Reino Unido (Information Commissioner's Office – ICO) publicou o relevante "Age appropriate design: a code of practice for online services", devendo as organizações estarem em conformidade com ele até setembro de 2021.⁶⁹⁴

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 menores⁶⁹⁵, 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.

Aplicações tanto de inteligência artificial quanto que envolvem o tratamento de dados de crianças e adolescentes necessitam ser desenvolvidas a partir de orientações que

⁶⁹³ Fonte: <<https://www.dataprotection.ie/en/dpc-guidance/blogs/the-children-fundamentals>> Acesso em: 06.06.21.

⁶⁹⁴ Disponível em: <<https://ico.org.uk/for-organisations/guide-to-data-protection/key-data-protection-themes/age-appropriate-design-a-code-of-practice-for-online-services/executive-summary/>> Acesso em: 06.06.21

⁶⁹⁵ Disponível em: <<https://www.cnil.fr/fr/la-cnil-publie-8-recommandations-pour-renforcer-la-protection-des-mineurs-en-ligne>> Acesso em: 11.06.21.

considerem princípios⁶⁹⁶ e valores éticos, além de haver a proteção aos direitos humanos inserida no desenho de todo o sistema. Ações alinhadas à lógica do *privacy by design*^{697 698} – que preconiza que a privacidade e a proteção de dados devem ser consideradas desde a concepção e durante todo o ciclo de vida do projeto, sistema, serviço, produto ou processo – devem sempre ser tomadas no desenvolvimento de tecnologias, sendo incluídas também avaliações prévias de impacto e medidas técnicas e organizacionais de prestação de contas (*accountability*).

A privacidade por *design* garante que os dados pessoais sejam protegidos automaticamente em qualquer sistema de TI ou prática comercial. Portanto, nenhuma ação será necessária por parte da pessoa natural para proteger a sua privacidade e seus dados pessoais: isso será integrado de forma automática ao sistema, por padrão (*by default*). Do ponto de vista técnico,

⁶⁹⁶ BURLE, Caroline; CORTIZ, Diogo. Mapeamento de princípios de inteligência artificial. Disponível em: <<https://ceweb.br/publicacoes/mapeamento-de-principios-de-inteligencia-artificial/?page=1>> Acesso em: 30.12.20

⁶⁹⁷ CAVOUKIAN, Ann. Operationalizing Privacy by Design: A Guide to Implementing Strong Privacy Practices. Dez. 2012. CAVOUKIAN, Ann. Privacy by Design: The 7 Foundational Principles. Disponível em: <<https://iapp.org/resources/article/privacy-by-design-the-7-foundational-principles/>> Acesso em: 09.04.21. EDPB. Guidelines 4/2019 on Article 25 Data Protection by Design and by Default. Adopted on 20 October 2020. Disponível em: <https://edpb.europa.eu/our-work-tools/our-documents/guidelines/guidelines-42019-article-25-data-protection-design-and_en> Acesso em: 10.05.21.

⁶⁹⁸ LGPD, “Art. 46. Os agentes de tratamento devem adotar medidas de segurança, técnicas e administrativas aptas a proteger os dados pessoais de acessos não autorizados e de situações acidentais ou ilícitas de destruição, perda, alteração, comunicação ou qualquer forma de tratamento inadequado ou ilícito. (...) § 2º As medidas de que trata o caput deste artigo deverão ser observadas desde a fase de concepção do produto ou do serviço até a sua execução.” “Art. 49. Os sistemas utilizados para o tratamento de dados pessoais devem ser estruturados de forma a atender aos requisitos de segurança, aos padrões de boas práticas e de governança e aos princípios gerais previstos nesta Lei e às demais normas regulamentares.”

alguns procedimentos devem ser priorizados, como, por exemplo, a minimização dos dados tratados, a anonimização deles (quando possível) e o uso de ferramentas tecnológicas capazes de dar transparência aos critérios utilizados para a tomada de decisões.

De modo a ampliar as garantias aos dados sensíveis e a afirmar a relevância do *princípio da não discriminação* nas atividades de tratamento, recorda-se que na LGPD o titular dos dados poderá *revogar o consentimento* manifestado (Art. 18, IX) ou pleitear o *direito à oposição* (Art.18 §2º) quando o tratamento ocorrer com fundamento em uma das hipóteses de dispensa de consentimento, em caso de descumprimento ao disposto nesta Lei. Ainda, o agente deverá certificar-se de estar tratando apenas o mínimo necessário de dados sensíveis (*princípio da necessidade*). Devido às restrições legais, havendo dúvidas sobre a necessidade da informação, a solução mais adequada será a sua não coleta ou, se já coletada, a sua eliminação.⁶⁹⁹ Outro princípio relevante é o da *prevenção*, o qual preconiza a adoção de medidas técnicas, organizacionais e jurídicas para prevenir a ocorrência de danos em virtude do tratamento de dados.

Devem ser documentados, de forma ampla, os tratamentos que envolverem dados sensíveis de crianças e adolescentes, as técnicas adotadas e as estruturas de compartilhamento e descarte empregadas. Da mesma forma, é essencial diagnosticar e mitigar riscos nas operações. No Brasil, o *relatório de impacto*

⁶⁹⁹ Disponível em: <<https://www.cnil.fr/en/sheet-ndeg7-minimize-data-collection>> Acesso em: 02.11.20.

à *proteção de dados pessoais*⁷⁰⁰ não é, como regra, obrigatório. Entretanto, ele é claramente considerado uma boa prática quando há o tratamento de dados de menores e representa instrumento de conformidade e prestação de contas. Além disso, dispõe a LGPD que a Autoridade Nacional (ANPD) poderá determinar ao controlador que elabore relatório de impacto referente a suas operações de tratamento de dados, nos termos de regulamento, observados os segredos comercial e industrial.⁷⁰¹

⁷⁰⁰ Cf. GOMES, Maria Cecília Oliveira. Relatório de Impacto a Proteção de Dados. Uma breve análise da sua definição e papel na LGPD. Revista da AASP, n. 144, 2019. _____. Entre o método e a complexidade: compreendendo a noção de risco na LGPD. In: Temas atuais de proteção de dados. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p 245-271. Kloza, D., Van Dijk, N., Gellert, R. M., Borocz, I. M., Tanas, A., Mantovani, E., & Quinn, P. Analyse d'impact relative à la protection des données dans l'Union européenne: une protection des personnes plus solide en complétant le nouveau cadre juridique. d.pia.lab Policy Brief, 2017(1), 1-8. QUELLE, Claudia. 2018: Enhancing Compliance under the General Data Protection Regulation: The Risky Upshot of the Accountability- and Risk-based Approach, European Journal of Risk Regulation, 9, p. 502-526.

⁷⁰¹ LGPD, "Art. 38. A autoridade nacional poderá determinar ao controlador que elabore relatório de impacto à proteção de dados pessoais, inclusive de dados sensíveis, referente a suas operações de tratamento de dados, nos termos de regulamento, observados os segredos comercial e industrial. Parágrafo único. Observado o disposto no caput deste artigo, o relatório deverá conter, no mínimo, a descrição dos tipos de dados coletados, a metodologia utilizada para a coleta e para a garantia da segurança das informações e a análise do controlador com relação a medidas, salvaguardas e mecanismos de mitigação de risco adotados." Recorda-se também aqui: "Art. 46. Os agentes de tratamento devem adotar medidas de segurança, técnicas e administrativas aptas a proteger os dados pessoais de acessos não autorizados e de situações acidentais ou ilícitas de destruição, perda, alteração, comunicação ou qualquer forma de tratamento inadequado ou ilícito. § 1º A autoridade nacional poderá dispor sobre padrões técnicos mínimos para tornar aplicável o disposto no caput deste artigo, considerados a natureza das informações tratadas, as características específicas do tratamento e o estado atual da tecnologia, especialmente no caso de dados pessoais sensíveis, assim como os princípios previstos no caput do art. 6º desta Lei. (...)"

O relatório pode ser definido como a documentação do controlador que contém a descrição dos processos de tratamento de dados pessoais que podem gerar riscos às liberdades civis e aos direitos fundamentais, bem como medidas, salvaguardas e mecanismos de mitigação de risco.⁷⁰² Ele deverá conter, no mínimo, a descrição dos tipos de dados coletados, a metodologia utilizada para a coleta e para a garantia da segurança das informações e a análise do controlador com relação a medidas, salvaguardas e mecanismos de mitigação de risco adotados.⁷⁰³ O documento deverá ser elaborado antes de a instituição iniciar o tratamento de dados: preferencialmente, na fase inicial do programa, projeto ou serviço que tem o propósito de usar esses dados.

Os casos previstos pela LGPD em que o RIPD deverá ou poderá ser solicitado são, por exemplo: a) para tratamento de dados pessoais realizado para fins de segurança pública, defesa nacional, segurança do Estado ou atividades de investigação e repressão de infrações penais (exceções previstas no inciso III do art. 4º); b) alguns autores⁷⁰⁴ entendem, a partir da combinação

⁷⁰² Este documento dialoga diretamente com a seguinte norma técnica: ABNT NBR ISO/IEC 29134:2020 - Tecnologia da informação - Técnicas de segurança - Avaliação de impacto de privacidade. Outra norma relevante no tema é: ABNT NBR ISO/IEC 29151:2020 - Tecnologia da informação - Técnicas de segurança - Código de prática para proteção de dados pessoais.

⁷⁰³ A elaboração de um RIPD para todas as operações de tratamento de dados pessoais ou de um RIPD para cada projeto, sistema ou serviço deve ser avaliada de forma criteriosa por cada instituição. Por exemplo, uma instituição que realize tratamento de quantidade reduzida de dados, com poucos processos e serviços, pode optar por um RIPD único. Por outro lado, instituição que implemente vários processos e projetos que envolvam o tratamento de expressiva quantidade e diversidade de dados pessoais pode optar por elaborar RIPDs específicos, por ser mais adequado à sua realidade. Fonte: Guia operacional sobre o Relatório de Impacto de proteção de dados <<https://www.gov.br/governodigital/pt-br/governanca-de-dados/guias-operacionais-para-adequacao-a-lgpd>> Acesso em: 10.05.21

⁷⁰⁴ Guia operacional... op. cit.

dos arts. 31 e 32 da LGPD, que quando houver infração dela, em decorrência do tratamento de dados pessoais por órgãos públicos, o relatório também será necessário; c) a qualquer momento sob determinação da ANPD⁷⁰⁵; e d) quando o tratamento tiver como fundamento o legítimo interesse do controlador (Art. 10, §3º).

Conforme orientação de Guia Operacional para adequação à LGPD⁷⁰⁶, o qual aborda o relatório de impacto, é indicada a sua elaboração ou atualização sempre que existir a possibilidade de ocorrer impacto na proteção dos dados pessoais resultante de, por exemplo: a) uma tecnologia, serviço ou outra nova iniciativa em que dados pessoais e dados sensíveis sejam ou devam ser tratados; b) rastreamento da localização dos indivíduos ou qualquer outra ação de tratamento que vise à formação de perfil comportamental de pessoa natural, se identificada (LGPD, art. 12 § 2º); c) tratamento de 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” (LGPD, art. 5º, II); e d) tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes (LGPD, art. 14).

No cenário brasileiro, quando se advoga pela ampliação das bases legais para o tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes, o relatório de impacto à proteção de dados pessoais representa documento essencial para a tutela do melhor interesse dos menores. Como se depreende da leitura

⁷⁰⁵ Art. 38. A autoridade nacional poderá determinar ao controlador que elabore relatório de impacto à proteção de dados pessoais, inclusive de dados sensíveis, referente a suas operações de tratamento de dados, nos termos de regulamento, observados os segredos comercial e industrial.

⁷⁰⁶ Guia operacional... op. cit.

do artigo 14 da LGPD, o consentimento⁷⁰⁷ 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. 14⁷⁰⁸, 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.

Diante da redação dos parágrafos 1º e 3º do art. 14, ampliar as bases legais para o tratamento de dados de crianças pode parecer uma tese mais arriscada para alguns agentes, tendo em vista que as referidas disposições, ao mencionarem estritamente crianças, poderiam sinalizar uma possível restrição das hipóteses legais de tratamento para tais 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.

O pilar central e inegociável será sempre *o melhor interesse da criança e do adolescente*. Contudo, levando em conta as práticas de agentes públicos e privados, bem como a experiência europeia positivada no GDPR, expandir o rol de bases legais mostra-se uma tese possível e por vezes necessária, ainda que se ressalve a aplicação do legítimo interesse e da tutela do crédito. Nessa lógica, já se afirmou que tal entendimento:

⁷⁰⁷ Sobre o consentimento e suas polêmicas ver: TEFFÉ, Chiara Spadaccini de. Proteção de dados de crianças e adolescentes. *Revista do Advogado*, v. 39, 2019.

⁷⁰⁸ “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. (...) § 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.” Observa-se que tanto o parágrafo 1º quanto o 3º mencionam apenas “crianças”.

(...) 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.⁷⁰⁹

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

⁷⁰⁹ Cf. TEFFÉ, Chiara Spadaccini de; FERNANDES, Elora. Contratação em redes sociais e proteção de dados de crianças e adolescentes. Artigo enviado para publicação em obra coletiva. 2021.

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 (Arts. 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.”⁷¹⁰ Recordar-se, inclusive, que tanto o Código Civil quanto o Estatuto da Criança e do Adolescente trazem em suas normas disposições que valorizam

⁷¹⁰ 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

a vontade dos menores e oferecem hipóteses de capacidade especial a eles.⁷¹¹

Em sentido contrário⁷¹², parte da doutrina entende que levando em conta as normas do Código Civil e a doutrina do melhor interesse, tanto para o tratamento de dados de criança quanto de adolescente, seria necessário ocorrer a manifestação do consentimento de, pelo menos, um dos pais ou responsável legal. No caso de adolescentes entre 16

⁷¹¹ 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.

⁷¹² TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RETTORE, Anna Cristina de Carvalho. A autoridade parental e o tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes. In: TEPEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana; OLIVA, Milena Donato. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas repercussões no direito brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. HENRIQUES, Isabella; PITA, Marina; HARTUNG, Pedro. A proteção de dados pessoais de crianças e adolescentes. In: Bruno Bioni, Laura Schertel Mendes, Danilo Doneda, Otavio Luiz Rodrigues Jr., Ingo Wolfgang Sarlet. (Org.). Tratado de Proteção de dados pessoais. 1ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. Ebook.

e 18 anos, seria necessário o consentimento dele e de seu responsável.⁷¹³

Acerca da aplicação das demais bases legais dispostas na LGPD aos menores, há corrente que apresenta interessante entendimento, buscando conciliar uma perspectiva de ampliação das bases legais (por meio do Art. 11 da LGPD) com o Art. 14 da Lei e a doutrina do melhor interesse:

(...) a hipótese do art. 14, §1º, 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. 5º, XII, da LGPD. Há, com efeito, uma equivalência entre tais

⁷¹³ (...) ainda que o §1º não mencione os adolescentes, não faria sentido deixá-los desprovidos da igual e devida proteção, sob pena de se violar as garantias constitucionais dessas pessoas. Há que se defender, nesse caso, a aplicação do Código Civil, a fim de se promover a integralidade de seus direitos. De fato, a proteção de dados pessoais, entendida enquanto parte do contrato civil, reforça a objeção à capacidade legal de crianças e de adolescentes consentirem quanto ao tratamento de seus dados, uma vez que, pelo exercício do poder familiar, compete a mães, pais e responsáveis representá-los 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. Não se coadunaria, com efeito, com as garantias legais ao melhor interesse e à absoluta prioridade do adolescente que lhe fosse facultada a outorga de consentimento autônomo ilimitado para o tratamento de seus dados pessoais. Dessa forma, entende-se indispensável o consentimento parental ou de pessoa responsável legal para o tratamento de dados pessoais de crianças e de adolescentes de até 16 anos de idade, observando-se a forma prevista no referido 14, §1º, da LGPD, devendo, assim, o consentimento ser específico e em destaque. No caso de adolescentes entre 16 e 18 anos, será necessário o consentimento de ambos, não bastando o consentimento parental. (HENRIQUES, Isabella; PITA, Marina; HARTUNG, Pedro. A proteção de dados pessoais de crianças e adolescentes. In: Bruno Bioni, Laura Schertel Mendes, Danilo Doneda, Otavio Luiz Rodrigues Jr., Ingo Wolfgang Sarlet. (Org.). Tratado de Proteção de dados pessoais. 1ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. Ebook.)

dispositivos legais (...) Diante dessa similitude de condições, é possível que se entenda que as outras hipóteses que dispõem sobre o tratamento de dados pessoais sensíveis, previstas no inciso II do art. 11 da LGPD – que não a do consentimento, que possui previsão específica no art. 14, § 1.º –, são válidas também para o tratamento de quaisquer dados pessoais de crianças e adolescentes, mesmo que não sejam considerados sensíveis nos termos da definição do art. 5.º, II, da LGPD, e contanto que haja observância ao melhor interesse dessas pessoas. Isso porque, no referido dispositivo, o legislador aumentou a proteção dos dados pessoais, por entender que dados pessoais sensíveis merecem maior cuidado, tal qual a criança e o adolescente por suas inerentes características.⁷¹⁴

A referida corrente entende que, para fins de Direito, os dados pessoais de crianças e adolescentes serão sempre considerados sensíveis, visto que, por estarem em uma situação peculiar de desenvolvimento de suas capacidades, elas são mais vulneráveis e suscetíveis, inclusive às atividades de tratamento, manipulação e hiperexposição de dados pessoais. Dessa forma, além da hipótese de consentimento parental prevista no Art. 14, §1º, são também hipóteses legais para o tratamento de dados de crianças e adolescentes aquelas arroladas no Art. 11, II, da LGPD, que apresenta hipóteses mais restritas em relação à norma geral do Art. 7º. Há, portanto, pelo menos três correntes e possíveis interpretações para as bases legais aplicáveis ao tratamento de dados de crianças.

De forma a ampliar as garantias no tratamento de dados de crianças e adolescentes, doutrina e autoridades de proteção de dados ao redor do mundo vêm afirmando a necessidade de se

⁷¹⁴HENRIQUES, Isabella; PITA, Marina; HARTUNG, Pedro. A proteção de dados pessoais de crianças e adolescentes. In: Bruno Bioni, Laura Schertel Mendes, Danilo Doneda, Otavio Luiz Rodrigues Jr., Ingo Wolfgang Sarlet. (Org.). Tratado de Proteção de dados pessoais. 1ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. Ebook.

desenvolver um relatório de impacto. Nessa lógica, a Agência Espanhola de Proteção de Dados destaca que precisarão de avaliação de impacto: “Tratamientos de datos de sujetos vulnerables o en riesgo de exclusión social, incluyendo datos de menores de 14 años, mayores con algún grado de discapacidad, discapacitados, personas que acceden a servicios sociales y víctimas de violencia de género, así como sus descendientes y personas que estén bajo su guardia y custodia.”⁷¹⁵ 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*)⁷¹⁶ 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

⁷¹⁵ Fonte: <<https://www.aepd.es/sites/default/files/2019-09/listas-dpia-es-35-4.pdf>> Acesso em: 06.06.21.

⁷¹⁶ “A DPIA is a defined process to help you identify and minimize the data protection risks of your service – and in particular the specific risks to children who are likely to access your service which arise from your processing of their personal data. You should begin a DPIA early in the design of your service, before you start your processing. It should include these steps: Step 1: identify the need for a DPIA Step 2: describe the processing Step 3: consider consultation Step 4: assess necessity and proportionality Step 5: identify and assess risks arising from your processing Step 6: identify measures to mitigate the risks Step 7: sign off, record and integrate outcomes.” (Disponível em: <<https://ico.org.uk/for-organisations/guide-to-data-protection/key-data-protection-themes/age-appropriate-design-a-code-of-practice-for-online-services/2-data-protection-impact-assessments/>> Acesso em: 06.06.21.)

código. Orientações que devem, sem dúvida, ser aplicadas no cenário brasileiro.

CONCLUSÃO

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 proteção integral dos referidos sujeitos. Temas como *cyberbullying*, divulgação não autorizada de imagens íntimas, uso saudável de dispositivos digitais, privacidade e canais para denúncia de abusos devem sempre ser desenvolvidos, de forma a se orientar adequadamente os menores e estimular um debate crítico e informado.

Recomenda-se também que pais e educadores conversem, de forma franca e aberta, sobre como os menores podem se proteger e interagir com segurança e respeito na rede. Além disso, devem acompanhar e monitorar o uso de mídias sociais e aplicativos, respeitando sempre os graus de discernimento, autonomia e capacidade de cada sujeito. Compreender as necessidades, expressões e novas práticas de crianças e adolescentes é fundamental para o sucesso da interação.

A LGPD traz uma série de direitos, orientações e garantias para a proteção de crianças e adolescentes, nos meios físicos e digitais, as quais deverão ser conjugadas com a doutrina do melhor interesse e a proteção integral. Neste sentido, foi desenvolvido no presente artigo estudo sobre a atuação dos menores no ambiente digital; a tutela ampla e especial que deverá ser promovida aos dados pessoais sensíveis de crianças e adolescentes, os quais por vezes serão altamente sensíveis; a importância da discussão acerca das bases legais aplicáveis

para o tratamento de dados de crianças e adolescentes; e a aplicação do relatório de impacto à proteção de dados quando houver o tratamento de informações de menores.

Em seguida, foi enfatizada a relevância do compliance de dados nas instituições e da atuação das autoridades nacionais de proteção de dados para uma efetiva proteção dos direitos e das informações das crianças e adolescentes na presente sociedade, marcada pela vigilância e pelo estabelecimento de rastros e perfis desde muito cedo na vida das pessoas. Como apontado na Constituição Federal, proteger os menores é dever de todos e seus direitos devem ser assegurados com absoluta prioridade.

ENTRE O ABUSIVO E O EXCESSIVO: NOVOS CONTORNOS JURÍDICOS PARA O TRATAMENTO DE DADOS PESSOAIS DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES NA LGPD

*Rafael Zanatta*⁷¹⁷
*Jonas Valente*⁷¹⁸
*Júlia Mendonça*⁷¹⁹

INTRODUÇÃO

Diante das inúmeras questões que podem ser formuladas sobre a interpretação da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais,⁷²⁰ uma nos parece importante para o debate sobre os direitos das crianças, impulsionado pelo novo Comentário Geral n. 25 do Comitê de Direitos das Crianças da ONU: a LGPD oferece contornos para a configuração do que é abusivo e do que é excessivo com relação ao tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes?

⁷¹⁷ Diretor da Associação Data Privacy Brasil de Pesquisa. É mestre pela Faculdade de Direito da USP e doutorando pelo Instituto de Energia e Ambiente da USP. Mestre em direito e economia pela Universidade de Turim. Alumni do Privacy Law and Policy Course da Universidade de Amsterdam. Research Fellow da The New School (EUA). Membro da Rede Latino-Americana de Vigilância, Tecnologia e Sociedade (Lavits). Membro do Instituto Brasileiro de Responsabilidade Civil (Iberc).

⁷¹⁸ Doutor em Sociologia pela Universidade de Brasília (2019), mestrado em Comunicação pela mesma instituição e graduação em Comunicação Social pelo Centro Universitário de Brasília. É integrante do Laboratório de Políticas de Comunicação da Faculdade de Comunicação da UnB. Editor-assistente da revista eletrônica de Economia Política das Telecomunicações, Informação, Comunicação e Cultura (Eptic).

⁷¹⁹ Pesquisadora da Associação Data Privacy Brasil de Pesquisa. Graduanda em direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA)

⁷²⁰ Ao longo do artigo a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (Lei 13.709/2018) será referenciada apenas como LGPD.

Sabe-se que, diferentemente de um modelo centrado apenas no consentimento parental, a LGPD avança para um cenário onde o tratamento de dados pessoais de crianças e de adolescentes deverá ser realizado em seu *melhor interesse* (art. 14, LGPD). Mas há mais que isso na lei. O parágrafo § 4º do art. 14 oferece uma importante contribuição normativa que precisa ser explorada em profundidade. Ao predispor que o tratamento de dados pessoais deve se ater às “estritamente necessárias à atividade” em (i) jogos e (ii) aplicações de internet, o art. 14 constrói uma importante amarração com o princípio da *necessidade* (“limitação do tratamento ao mínimo necessário para a realização de suas finalidades, com abrangência dos dados pertinentes, proporcionais e não excessivos em relação às finalidades do tratamento de dados”) e com o princípio da *não discriminação ilícita e abusiva* (“impossibilidade de realização do tratamento para fins discriminatórios ilícitos ou abusivos”).

Para que se possa compreender a força deste argumento e os contornos entre o abusivo e o excessivo, desenvolvemos uma análise em quatro partes. Primeiro, apresentamos uma moldura analítica sobre privacidade e proteção de dados de crianças, diferenciando a dimensão “interpessoal” da “institucional” e a “comercial”, com base nos aportes teóricos de Sonia Livingstone e suas colaboradoras. Posteriormente, analisamos algumas ideias-chave na tradição do direito de proteção às crianças. Terceiro, apresentamos uma interpretação do art. 14 de forma integrada ao art. 6º, com enfoque nos contornos de abusividade e nas parametrizações do que é necessário. Argumentamos que, ao cruzar essa fronteira, o tratamento de dados pessoais passa a ser excessivo, tornando-se ilícito passível de tutela inibitória ou ressarcitória.

Para concluir, apresentamos uma discussão sobre “exploração comercial de crianças”, termo amplamente

utilizado pelo Instituto Alana,⁷²¹ como balizador de futuras discussões sobre o caráter excessivo, e ilícito, de *certos tipos de tratamento de dados*.

1. UMA MOLDURA ANALÍTICA PARA A PRIVACIDADE E PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS DE CRIANÇAS: COMPREENDENDO O DEBATE ATUAL

A atual maneira com a qual os dados pessoais são tratados, coletados e perfilados, com uma possibilidade infinita de armazenamento, constitui fatores que geram um grande impacto global, tendo em vista que as relações humanas, sejam interpessoais ou profissionais, estão cada vez mais interligadas com o ecossistema digital. A partir de uma análise com base em recortes etários, é possível identificar que as crianças e adolescentes compõem o grupo *mais vulnerável dentro de tal cenário*,⁷²² considerando que a arquitetura do ambiente online não é pensada para esse público e sua estruturação muitas vezes não coloca seu melhor interesse como prioridade.

Nesse sentido, estudos cada vez mais sofisticados buscam entender e construir uma moldura analítica para a proteção de dados dos mais jovens, se afastando de uma perspectiva “adultocêntrica”⁷²³ e tentando compreender como eles entendem a sua própria privacidade em diversos contextos.

⁷²¹ O termo “exploração comercial da criança no mundo digital” vem sendo utilizado pelo Instituto Alana, de forma pública, há algum tempo. Em 14 de agosto de 2020, o Alana organizou um grande evento para discutir a exploração comercial de crianças na internet. Ver: <https://porvir.org/acontece/instituto-alana-exploracao-comercial-da-crianca-no-mundo-digital/>

⁷²² HENRIQUES, Isabella; PITA, Marina; HARTUNG, Pedro. A proteção de dados pessoais de crianças e adolescentes. In: BIONI, Bruno et al (org.). Tratado de proteção de dados pessoais. São Paulo: Forense, 2021. Cap. 10. p. 199-225.

⁷²³ HENRIQUES, Isabella; PITA, Marina; HARTUNG, Pedro. A proteção de dados pessoais de crianças e adolescentes, cit., p. 205.

De igual maneira, as pesquisas investigam como as crianças e adolescentes se comportam enquanto sujeitos em peculiar fase de desenvolvimento dentro do ambiente digital, sistematizando e analisando os riscos inerentes a essa conjuntura.

1.1. DIMENSÕES DA PRIVACIDADE DE ACORDO COM A TEORIA DE SONIA LIVINGSTONE

Diantes do atual contorno jurídico do debate sobre privacidade online de crianças e adolescentes, Sonia Livingstone, Mariya Stoilova e Rishita Nandagiri, analisando as dimensões e atores relevantes envolvidos com a discussão, publicaram o relatório *Children's data and privacy online – Growing Up in a digital age*, em dezembro de 2018. O foco do documento é direcionado para uma análise das crianças e adolescentes inseridos no ambiente digital e sobre como eles entendem as implicações sobre a sua privacidade,⁷²⁴ bem como com relação a qual seria o fluxo apropriado de suas informações pessoais, fatores que interferem diretamente na dimensão relacional do ser humano.⁷²⁵ Para tanto, além de uma revisão sistemática de bibliografia, foi realizada uma pesquisa empírica com crianças de diversas idades (12-19), famílias e professores, por meio de grupos focais promovidos em escolas do Reino Unido.

Como resultado das investigações, as autoras identificaram as seguintes dimensões (ou contextos) em que a privacidade é importante: (i) Privacidade Interpessoal (entre um indivíduo e outros indivíduos ou grupos); (ii) Privacidade Institucional (entre um indivíduo e organizações, inclusive do terceiro setor);

⁷²⁴ LIVINGSTONE, Sonia; STOILOVA, Mariya; NANDAGIRI, Rishita. *Children's data and privacy online: growing up in a digital age: an evidence review*. London: London School of Economics and Political Science. 2018.

⁷²⁵ BIONI, Bruno Ricardo. *Proteção de Dados Pessoais: a função e os limites do consentimento*. Rio de Janeiro: Gen Forense, 2019.

(iii) Privacidade Comercial (entre um indivíduo e organizações comerciais com fins lucrativos).

Em geral, legisladores e *policy makers* atentam-se para questões de privacidade *interpessoal* e ignoram questões de privacidade *comercial* de crianças. Essa separação analítica ajuda a entender quais questões específicas tendem a ser ignoradas, marginalizadas ou mesmo desconhecidas na agenda regulatória.

1.1.1. PRIVACIDADE INTERPESSOAL

A privacidade interpessoal perpassa pela concepção da dinâmica de informações que são trocadas “entre pessoas”, ou “entre pessoas e grupos”. Corresponde ao que os amigos, família e o “mundo” sabem sobre os mais jovens, compreendendo as decisões individuais que uma criança pode tomar dentro do contexto digital, em relação à sua privacidade. Tais decisões são, de forma considerável, influenciadas pelo meio digital, pela forma com a qual a criança enxerga e lida com compartilhamento de informações de terceiros, como ela se comporta nas relações *offline* com seus pares, além da como ocorre a influência parental no seu cotidiano.

É nessa categoria também que o “eu de dados” é criado, acessado e multiplicado por intermédio das conexões sociais on-line, além de ser analisado como o desejo de “privacidade” das crianças quanto à essa categoria é equilibrado com o ímpeto de “participação, autoexpressão e pertencimento”.⁷²⁶ Nesse sentido, o estudo destaca como a maioria das investigações atreladas à privacidade e infância possuem suas atenções voltadas para essa primeira dimensão, considerando

⁷²⁶ LIVINGSTONE, Sonia; STOILOVA, Mariya; NANDAGIRI, Rishita. Children’s data and privacy online: growing up in a digital age: an evidence review, cit., p.13.

o quanto esse contexto é gerenciado e valorizado⁷²⁷ pelos mais jovens. Isso ocorre porque a sistemática inerente a tal dimensão envolve principalmente as informações pessoais que os indivíduos decidem revelar ou não com àqueles que conhecem ou encontram, o que envolve práticas com as quais as crianças estão mais familiarizadas.⁷²⁸

1.1.2. PRIVACIDADE INSTITUCIONAL

A privacidade institucional pode ser compreendida a partir da observação da relação entre a criança e as organizações em geral, como escolas (públicas ou privadas), hospitais, sociedade civil e entes ligados ao Estado. Tal relação necessariamente implica na captação de informações das crianças pelas organizações, entretanto, apesar de existirem poucos estudos nesse sentido, as autoras destacam que essa dimensão é normalmente entendida como atrelada à “um esforço legítimo para coletar dados”,⁷²⁹ tendo as atenções voltadas para a “melhoria dos recursos e técnicas de segurança para restringir o acesso não autorizado”⁷³⁰ de terceiros. Dessa forma, segundo as autoras, além de não serem em grande número, as pesquisas envolvendo o citado contexto de privacidade acabam não demonstrando a mesma urgência e inquietação que são identificadas na abordagem das dimensões interpessoal e comercial.

⁷²⁷ LIVINGSTONE, Sonia; STOILOVA, Mariya; NANDAGIRI, Rishita. Data and privacy literacy: The role of the school in educating children in a datafied society. The handbook of media education research, p. 413-425, 2020.

⁷²⁸ LIVINGSTONE, Sonia; STOILOVA, Mariya; NANDAGIRI, Rishita. Children’s data and privacy online: growing up in a digital age: an evidence review, cit., p.7.

⁷²⁹ LIVINGSTONE, Sonia; STOILOVA, Mariya; NANDAGIRI, Rishita. Children’s data and privacy online: growing up in a digital age: an evidence review, cit., p.13.

⁷³⁰ LIVINGSTONE, Sonia; STOILOVA, Mariya; NANDAGIRI, Rishita. Children’s data and privacy online: growing up in a digital age: an evidence review, cit., p.13.

Por outro lado, dentre as limitadas preocupações que foram constatadas, estão os riscos das autoridades que, por exemplo, representam as mencionadas organizações, ampliem a coleta de dados pessoais sem necessidade ou finalidade específica, na tentativa de “prever o comportamento criminoso ou terrorista”.⁷³¹ Outro comportamento que, segundo a pesquisa, levantou questionamentos, é o potencial risco de que dados administrativos institucionais de crianças e adolescentes, coletados em circunstâncias que se esperaria confidencialidade, acabem sendo compartilhados entre instituições intra e intergovernamentais, públicas e comerciais, para fins descritos como de “benefício público”, como prevenção de fraude e questões atreladas à saúde, bem-estar ou educação.

No Brasil, uma grande polêmica travada sobre privacidade institucional foi o caso do Ministério da Educação e o Instituto Nacional de Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira (Inep). O governo exigia o repasse de dados sigilosos de alunos para a emissão de uma nova carteira estudantil. Para atender o pedido do MEC, segundo reportado pela mídia, o Inep teria que repassar informações de censos escolares, que contém os dados dos alunos. A intenção era a de criar uma nova carteira estudantil digital.⁷³² Os pareceres técnicos da área jurídica definiram que repassar os dados para fazer carteirinhas contraria a legislação sobre dados pessoais. O caso, enfim, trouxe à tona a dimensão da privacidade institucional. O que estava em jogo era a capacidade estatal de dar uma destinação secundária a dados coletados inicialmente para fins estatísticos pelo Inep.

⁷³¹ LIVINGSTONE, Sonia; STOILOVA, Mariya; NANDAGIRI, Rishita. Children’s data and privacy online: growing up in a digital age: an evidence review, cit., p.13.

⁷³² Na época, argumentava-se que o novo documento teria como objetivo retirar da UNE (União Nacional dos Estudantes) a emissão de carteirinhas, principal fonte de receita do grupo. A medida era apoiada pelo ministro Weintreub, que ocupou o Ministério da Educação entre abril de 2019 e junho de 2020.

1.1.3. PRIVACIDADE COMERCIAL

Por sua vez, a privacidade comercial é aquela decorrente da análise das informações atreladas às crianças que são coletadas por organizações com fins lucrativos, para finalidades comerciais e de marketing. Atualmente, os meios de processamento de tais informações estão avançando e se multiplicando rapidamente, com empresas comerciais coletando mais dados das crianças do que os próprios governos fazem ou podem coletar.⁷³³ Em contrapartida, os mais jovens geralmente estão menos cientes de como as organizações operam no ambiente digital, o que acaba fazendo eles revelarem dados pessoais sem reconhecer o potencial de risco envolvido nas práticas exploratórias das empresas.⁷³⁴

As sofisticadas técnicas adotadas pelas organizações para a mineração de dados, tais como, *profiling*⁷³⁵ e *behavioral marketing*, podem comprometer a diversidade das informações disponíveis às crianças, interferindo no seu direito ao livre desenvolvimento da personalidade, ao criar uma espécie de bolha autorreferencial.⁷³⁶ Isso pode limitar o acesso da criança a diferentes visões de mundo, ideias e até oportunidades para o seu desenvolvimento.

⁷³³ UNICEF. Children's online privacy and freedom of expression: Industry toolkit. UNICEF, Nova York 2018.

⁷³⁴ LIVINGSTONE, Sonia; STOILOVA, Mariya; NANDAGIRI, Rishita. Data and privacy literacy: The role of the school in educating children in a datafied society, cit., p.4.

⁷³⁵ Para uma análise compreensiva sobre este tópico da perspectiva jurídica, ver: ZANATTA, Rafael. Perfilização, discriminação e direitos: do Código de Defesa do Consumidor à Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, in: MIRAGEM, Bruno; LIMA MARQUES, Claudia; MAGALHÃES, Lucia Ancona, Direito do Consumidor: 30 anos do CDC. Da consolidação como direito fundamental aos atuais desafios da sociedade. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 517-539.

⁷³⁶ HENRIQUES, Isabella; PITA, Marina; HARTUNG, Pedro. A proteção de dados pessoais de crianças e adolescentes, cit., p. 204.

Nesse sentido, as autoras constataram que uma dificuldade encontrada pelas pesquisas atreladas à percepção das crianças sobre a privacidade comercial, possui ligação direta com a falta de compreensão sobre como seus dados online estão sendo coletados e usados, assim como eles fluem e são armazenados, compartilhados e perfilados. Em verdade, conforme as pesquisadoras analisam em outro artigo⁷³⁷ sobre a mesma temática, cada interação interpessoal acaba tendo um significado duplo. Por exemplo, ao compartilhar uma imagem com um amigo no aplicativo Instagram, isso significa também compartilhar essa imagem com o Instagram.⁷³⁸ Dessa maneira, os contextos interpessoal e comercial, tradicionalmente tão diferentes, tornam-se intrincados, confundindo não só as crianças, mas também os adultos que procuram orientá-los.

2. O OLHAR DA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS PARA AS CRIANÇAS E ADOLESCENTES

A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais inspira-se na legislação dos EUA (COPPA) e da Europa (GDPR) para definir regras sobre proteção de crianças e adolescentes,⁷³⁹ porém o faz a partir de uma tradição de proteção dos direitos das crianças no Brasil,⁷⁴⁰ em alinhamento com normas da ONU

⁷³⁷ LIVINGSTONE, Sonia; STOILOVA, Mariya; NANDAGIRI, Rishita. Data and privacy literacy: The role of the school in educating children in a datafied society. cit., p. 413-425, 2020.

⁷³⁸ LIVINGSTONE, Sonia; STOILOVA, Mariya; NANDAGIRI, Rishita. Data and privacy literacy: The role of the school in educating children in a datafied society, cit., p.7.

⁷³⁹ TEFFÉ, Chiara. Proteção de dados de crianças e adolescentes, Revista do Advogado - AASP, n. 144, nov., 2019, p. 54-55.

⁷⁴⁰ BRITTO, Igor Rodrigues. Proteção dos direitos fundamentais da criança na sociedade de consumo e controle da atividade publicitária no Brasil. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito de Vitória, 2009. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp136456.pdf>

e com uma orientação protetiva, que legitima a intervenção estatal e a definição de práticas ilícitas quando direcionadas às crianças.⁷⁴¹ Nesta seção, analisamos o conceito de “melhor interesse” e os contornos sobre abusividade e excessividade apresentados na legislação.

2.1. O CONCEITO DE “MELHOR INTERESSE” NO ART. 14 DA LGPD

No contexto internacional, em 1959, a Declaração Universal dos Direitos das Crianças, aprovada pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU), trouxe a concepção do melhor interesse da criança, em seu segundo princípio.⁷⁴² Em 1989, foi aprovada a Convenção Sobre os Direitos das Crianças da Organização das Nações Unidas (ONU), da qual o Brasil é signatário,⁷⁴³ que reforçou e detalhou alguns dos elementos trazidos pela anterior declaração. A convenção adotou a doutrina da proteção integral, incorporada posteriormente pelo artigo 227 da Constituição Federal brasileira, além de ter sido uma mudança de paradigma em relação ao princípio do “melhor interesse da criança”, disposto em seu artigo 3º,

⁷⁴¹ Para uma defesa dessa capacidade de intervenção a partir de uma perspectiva da filosofia do direito (e com aplicabilidade em direitos das crianças. Ver: ALLEN, Anita. Unpopular privacy: What must we hide?. Oxford: Oxford University Press, 2011.

⁷⁴² Princípio 2º: A criança gozará proteção social e ser-lhe-ão proporcionadas oportunidade e facilidades, por lei e por outros meios, a fim de lhe facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, de forma sadia e normal e em condições de liberdade e dignidade. Na instituição das leis visando este objetivo levar-se-ão em conta, sobretudo, os melhores interesses da criança.

⁷⁴³ UNITED NATIONS HUMAN RIGHTS, Ratification of 18 International Human Rights Treaties. OHCHR. Disponível em: <https://indicators.ohchr.org/>. Acesso em: 01 abr. 2021.

parágrafo 1º,⁷⁴⁴ o qual forneceu novos subsídios para tutela dos mais jovens, que impactaram todo o mundo.

Para o Comitê dos Direitos das Crianças, com base no seu Comentário Geral nº14,⁷⁴⁵ o “melhor interesse” é um dos quatro princípios gerais da Convenção que são indispensáveis para a interpretação de qualquer caso envolvendo a implementação dos direitos das crianças. É um conceito dinâmico e complexo que requer uma avaliação específica caso a caso.⁷⁴⁶

Além disso, o Comitê aponta que o melhor interesse pode ser entendido como um conceito triplo, podendo ser um direito fundamental, um princípio jurídico interpretativo e uma regra procedimental. Em termos simples, o primeiro conceito perpassa pela ideia de que as crianças possuem o direito fundamental a ter seu melhor interesse avaliado com uma “consideração primária”, ainda que interesses de outras pessoas estejam em discussão.⁷⁴⁷ Por sua vez, enquanto

⁷⁴⁴ 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.

⁷⁴⁵ UN COMMITTEE ON THE RIGHTS OF THE CHILD. 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). UN Doc CRC/C/GC/14. [s.l.], 2013. Disponível em: https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC%2fC%2fGC%2f14&Lang=en. Acesso em: 01 abr. 2021.

⁷⁴⁶ UN COMMITTEE ON THE RIGHTS OF THE CHILD. 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), cit., p.3.

⁷⁴⁷ Como notado por Igor Britto, “a proteção dos direitos da criança no Estado Democrático de Direito indica que é ela sujeito de direitos e, portanto, dotada de desejos, vontades e interesses que devem ser respeitados por sua família, pelo Estado e pela sociedade. BRITTO, Igor Rodrigues. Proteção dos direitos fundamentais da criança na sociedade de consumo e controle da atividade publicitária no Brasil. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito de Vitória, 2009, p. 115-116.

um princípio interpretativo, o melhor interesse se concretiza quando, ao ser analisada uma disposição passível de mais de uma interpretação, é escolhida aquela que efetivamente irá garantir a prioridade dos interesses da criança. Por fim, enquanto uma regra de procedimento, o melhor interesse estabelece que quando for tomada uma decisão que interfira na vida de alguma criança, um grupo de crianças ou das crianças em geral, o processo de tomada de decisão deve incluir uma avaliação do possível impacto (positivo ou negativo) sobre a vida dos envolvidos. Inclusive, podemos inferir a partir de tal percepção, a obrigação de elaboração de Relatórios de Impacto à Proteção de Dados Pessoais, na ocorrência de tratamento de dados de crianças e adolescentes.⁷⁴⁸

No contexto brasileiro, como ora mencionado, em 1988, a Constituição Federal inaugurou no Brasil a Doutrina da Proteção Integral da Criança e do Adolescente, entendendo-os enquanto sujeitos de direitos e titulares de direitos fundamentais com absoluta prioridade, tendo rompido com a doutrina menorista⁷⁴⁹ anteriormente posta. Nesse sentido, com o objetivo de concretizar a disposição constitucional de absoluta prioridade, o Estatuto da Criança e do Adolescente, considerando o estágio peculiar de desenvolvimento característico da infância e da adolescência,⁷⁵⁰ fixou em seu artigo 4º que a garantia

⁷⁴⁸ FERNANDES, Elora Raad. Crianças e adolescentes na LGPD: bases legais aplicáveis. Migalhas, [s.l.], 27 out. 2020. Disponível em: <https://migalhas.uol.com.br/depeso/335550/criancas-e-adolescentes-na-lgpd-bases-legais-aplicaveis>. Acesso em: 01 abr. 2021.

⁷⁴⁹ QUEIROZ, Paulo Eduardo Cirino de. Da doutrina “menorista” à proteção integral: mudanças de paradigma e desafios na sua implementação. E-gov, 01 abr. 2013. Disponível em: <https://egov.ufsc.br/portal/conteudo/da-doutrina-menorista-%C3%A0-prote%C3%A7%C3%A3o-integral-mudan%C3%A7a-de-paradigma-e-desafios-na-sua-implementa>. Acesso em: 01 abr. 2021.

⁷⁵⁰ HENRIQUES, Isabella; PITA, Marina; HARTUNG, Pedro. A proteção de dados pessoais de crianças e adolescentes, cit., p. 204.

da prioridade absoluta compreende: a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias; b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública; c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas; d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude.

Todas essas disposições formam o arcabouço legislativo e principiológico que compõem a estrutura legislativa destinada à tutela de crianças e adolescentes, coadunando com os três conceitos de melhor interesse ora apresentados, não podendo ser a legislação sobre proteção de dados pessoais dissonante a essa conjuntura. Desse modo, o artigo 14 da LGPD, preleciona expressamente em seu *caput* que todo tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes deve ser feito em seu melhor interesse. Portanto, independente da base legal utilizada para o tratamento, debate extremamente polêmico e necessário, mas que não é o foco central do presente texto, o procedimento deve ter como pedra de toque o superior interesse das crianças e adolescentes.

2.2. DESMEMBRANDO A CONCEPÇÃO DE ABUSIVIDADE NO ART. 14 DA LGPD

Como notado por acadêmicas como Chiara Teffé e Ana Frazão, a LGPD prevê que os controladores não podem condicionar a participação de crianças em jogos, aplicações de internet ou outras atividades de fornecimento de dados para *além das estritamente necessárias às atividades*, em explícita conexão com o princípio da necessidade.

Essa noção de adequação entre o *necessário* e *justo* está bastante conectado com o debate sobre abusividade, há muitos anos travado pelas Cortes Superiores, em especial em julgados paradigmáticos do Superior Tribunal de Justiça, que

reconhece o abuso de direito quando o agente econômico extrapola em suas ações de manejo de dados pessoais, utilizando informações pessoais de forma ilícita, como no caso de tratamento de informações excessivas para fins de *credit scoring* (e.g. a utilização de tecnologias de análise de fotos do Instagram para ponderação de condição de pobreza/afluência e inclusão dessas informações em sistemas de pontuação de risco de crédito).⁷⁵¹

O argumento desenvolvido nesta seção expande a tese de que o tratamento desrespeitoso ao princípio da necessidade “deverá ser considerado abusivo, mesmo tendo havido o consentimento do responsável pela criança”⁷⁵². Argumentamos que o parágrafo § 4º do art. 14 oferece uma importante contribuição para o direito brasileiro. Ao predispor que o tratamento de dados pessoais deve se ater às “estritamente necessárias à atividade” em (i) jogos e (ii) aplicações de internet, o art. 14 constrói uma importante amarração com o princípio da *necessidade* e com o princípio da *não discriminação ilícita e abusiva*.

2.2.1. A CONEXÃO ENTRE PRINCÍPIO DA NECESSIDADE (ART. 6), TRATAMENTO EXCESSIVO DE DADOS E ABUSIVIDADE

O princípio da necessidade é uma das grandes contribuições normativas em termos de *regulação ex ante* das atividades de tratamento de dados pessoais. Como notado por diversos acadêmicos, como Omri Ben-Shahar da Universidade de

⁷⁵¹ ZANATTA, Rafael. Perfilização, discriminação e direitos: do Código de Defesa do Consumidor à Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, in: MIRAGEM, Bruno; LIMA MARQUES, Claudia; MAGALHÃES, Lucia Ancona, Direito do Consumidor: 30 anos do CDC. Da consolidação como direito fundamental aos atuais desafios da sociedade. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

⁷⁵² TEFFÉ, Chiara. Proteção de dados de crianças e adolescentes, cit., p. 58.

Chicago, a ideia de uma norma que obrigue o tratamento de dados *estritamente necessários* funciona com uma espécie de *quantity regulation*, no sentido em que o agente econômico não é livre para decidir quais tipos de dados serão tratados em sua atividade econômica.⁷⁵³ Na realidade, sua atividade econômica é regulada em termos preventivos.⁷⁵⁴ O agente econômico deve demonstrar que os dados utilizados *são, de fato, necessários*.

A extrapolação do tratamento de dados pessoais para além dos limites de sua necessidade pode ser visto pelo prisma da boa-fé e da abusividade. Nesse sentido, vale destacar o pensamento que tem se construído nas Cortes em casos que envolvem abusividade e tratamento de dados pessoais.

Como amplamente reconhecido pelo Superior Tribunal de Justiça, o abuso do direito se caracteriza quando identificada determinada ação pelo titular que ultrapassa os limites do direito que lhe foi concedido, ofendendo o ordenamento, acarretando um resultado ilícito. No julgamento do Recurso Especial 1348532/SP (Caso “HSBC Bank vs Associação Nacional de Defesa da Cidadania e do Consumidor”), em 2017, a Corte firmou importante precedente sobre uso abusivo de dados pessoais sem atendimento à boa-fé e transparência. Essa decisão, em especial o voto do ministro Luís Felipe Salomão, abre uma possível discussão para casos futuros envolvendo crianças e adolescente, pois permite mobilizar a noção de

⁷⁵³ BEN-SHAHAR, Omri. Data Pollution. *Journal of Legal Analysis*, v. 11, 2019, p. 104–159. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/jla/laz005>. Acesso em: 01 abr. 2021.

⁷⁵⁴ BIONI, Bruno Ricardo; LUCIANO, Maria. O Princípio da Precaução na Regulação de Inteligência Artificial: seriam as leis de proteção de dados o seu portal de entrada. FRAZÃO, Ana; MULLHOLLAND, Caitlin (org.). *Inteligência artificial e direito: ética, regulação e responsabilidade*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

abuso do direito para identificar uma *violação das expectativas legítimas de privacidade*, em especial em casos onde se identifica a construção de técnicas de *profiling* e monetização de dados pessoais e metadados de crianças. A conduta tida como ilícita aqui é justamente aproveitar-se da relação jurídica existente, que é de desequilíbrio de poderes, para extrair valor econômico dos dados para além do que é explicitamente informado e tido como necessário para um serviço ou aplicação de internet funcione.

Essa tese sobre a abusividade, presente no caso “HSBC Bank vs Associação Nacional de Defesa da Cidadania e do Consumidor”, também é mobilizada no caso “Idec vs ViaQuatro”, no qual o Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor questiona a possibilidade de a concessionária da Linha Amarela do metrô de São Paulo utilizar “Portas Interativas Digitais” que realizam a análise de emoções dos passageiros à espera do transporte.⁷⁵⁵

Em sua ação civil pública, o Idec argumenta que a instalação das Portas Interativas Digitais ameaça o direito fundamental à privacidade “ao captar dados sensíveis compulsoriamente dos usuários da Linha 4 do Metrô, lesando direitos dos consumidores”. Para o Idec, a prática “pode ser entendida como uma pesquisa de opinião compulsória”, que “também se configura como abuso de direito, ensejando a aplicação do artigo 6º do Código de Defesa do Consumidor e a proteção do consumidor contra práticas abusivas no fornecimento de serviços”. Valendo-se do precedente firmado no Recurso Especial nº 1.348.523-SP, o Idec argumentou existir uma (i) ação determinada, (ii) limites do direito concedido e (iii) distorção e desvio de finalidade. O abuso de direito, no caso da ViaQuatro, consistia especificamente em ter uma relação

⁷⁵⁵ Sobre o caso, ver: ZANATTA, Rafael. Tutela coletiva e coletivização da proteção de dados. In: PALHARES, Felipe (org.). Temas Atuais de Proteção de Dados Pessoais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 345-374.

prévia de prestação de serviço público e buscar adequação entre meios e fins na imposição de obrigações aos usuários.

Além desse precedente de 2017, um segundo caso crucial para a discussão de abuso de direito em questões envolvendo dados pessoais é o julgamento do caso “Anderson Soares vs Boavista” (REsp 1.419.697/RS), julgado em 12/11/2014 pelo Superior Tribunal de Justiça, pela sistemática dos recursos repetitivos. Neste caso paradigmático, o STJ firmou cinco teses. Primeiro, que o sistema de credit scoring é um método para avaliação do risco de concessão de crédito, a partir de modelos estatísticos, e não a constituição de uma base de dados. Segundo, que essa é uma prática comercial lícita e que está autorizada pelo art. 5º, IV, e pelo art. 7º, I, da Lei n. 12.414/2011 (Lei do Cadastro Positivo). Terceiro, que, na avaliação do risco de crédito, devem ser respeitados os limites estabelecidos pelo sistema de proteção do consumidor, no sentido da tutela da privacidade e máxima transparência nas relações negociais. Quarto, que, apesar de desnecessário o consentimento do consumidor consultado, devem ser a ele fornecidos esclarecimentos sobre a fonte dos dados considerados, bem como as informações pessoais valoradas. Quinto, que o desrespeito aos limites legais na utilização do sistema de scoring *configura abuso no exercício desse direito*, podendo ensejar a responsabilidade objetiva e solidária dos agentes econômicos pela ocorrência de danos morais nas hipóteses de utilização de informações excessivas ou sensíveis, de acordo com a Lei do Cadastro Positivo.

Na lógica do ministro Paulo de Tarso Sanseverino, um birô de crédito não poderia, por exemplo, desenvolver um sistema de *webcrawler* para fazer a raspagem de dados do Twitter ou do Instagram e desenvolver algoritmos de identificação de “tendências de comportamento social e afluência” para inferir capacidade de renda e cumprimento de obrigações

financeiras de uma determinada pessoa, encaixando-a em um perfil social por meio de técnicas de *profiling*. Realizar tal conduta seria *abusar do direito de avaliar risco de crédito* pela coleta e tratamento de dados de forma *excessiva*. Trata-se de atuação antijurídica, que viola o artigo 187 do Código Civil e os preceitos de boa-fé estipulados pelo direito brasileiro.

O precedente é crucial pois estabelece uma relação entre (i) tratamento excessivo de dados pessoais e (ii) abuso de direito, na concepção do direito civil e do consumidor. A análise contextual sobre o tratamento de dados pessoais que extrapola o justo, que se mostra para além do necessário, conecta-se com a missão do direito privado contemporâneo de *evitar o abuso de direito* em todas as fases da relação jurídica obrigacional, orientando sua exigibilidade (pretensão) ou seu exercício coativo (ação), nos dizeres do ministro Paulo de Tarso Sanseverino.⁷⁵⁶ A função integrativa da boa-fé, nesse sentido, permite a identificação concreta, em face das peculiaridades próprias de cada relação obrigacional, de novos deveres, além daqueles que nascem diretamente da vontade das partes.

Com a entrada em vigor da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, esses precedentes podem ser ampliados para uma relação onde há três núdulos cruciais: (i) o princípio

⁷⁵⁶ Apoiado em Karl Larenz, Paulo de Tarso Sanseverino argumentava, antes de se tornar ministro, que autonomia privada, boa-fé e justiça contratual são princípios fundamentais do direito obrigacional. Trata-se de transposição do conceito ético de pessoa para a esfera do direito privado. Sanseverino defendia que o princípio da boa-fé possui três funções (interpretativa, de controle e integrativa): “O princípio da boa-fé objetiva exerce também uma função de controle, limitando o exercício dos direitos subjetivos. O credor, no exercício de seu direito, deve ater-se aos limites traçados pela boa-fé, sob pena de agir antijuridicamente. Essa função é particularmente importante, porque limita o exercício do direito subjetivo, evitando o abuso de direito”. SANSEVERINO, Paulo de Tarso. Estrutura clássica e moderna da obrigação, in: MEDEIROS, Antonio (org.), O Ensino Jurídico no Limiar do Novo Século. Porto Alegre: EDIPUCS, 1997, p. 307.

da necessidade, (ii) o tratamento excessivo de dados e (iii) o abuso de direito, conforme explicado acima.

2.2.2. AS LIMITAÇÕES IMPOSTAS À APLICAÇÕES DE INTERNET COM RELAÇÃO AOS DADOS ESTRITAMENTE NECESSÁRIOS

A LGPD apresenta aos controladores envolvidos com o tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes uma obrigação adicional. A lei diz que “os controladores não deverão condicionar a participação dos titulares de que trata o § 1º deste artigo em jogos, aplicações de internet ou outras atividades ao fornecimento de informações pessoais além das *estritamente necessárias à atividade*”.

Há, aqui, um *dever de conduta* pautado por boa-fé e proteção dos melhores interesses das crianças. O dever de conduta é profundamente conectado com o *General Comment No. 25 (2021) on children’s rights in relation to the digital environment* publicado pelo Committee on the Rights of the Child, em interpretação da Convenção dos Direitos das Crianças da ONU. A minimização de dados aparece em dois tópicos específicos, o 55 e o 69. Em especial, diz o Comentário Geral no importante item *Right to Privacy*:

A interferência na privacidade de uma criança só é permitida se não for arbitrária nem ilegal. Qualquer interferência desse tipo deve, portanto, ser prevista por lei, destinada a servir a uma finalidade legítima, defender o princípio de minimização de dados, ser proporcional e projetada para observar os melhores interesses da criança e não deve entrar em conflito com as disposições, objetivos ou metas da Convenção.⁷⁵⁷

⁷⁵⁷ UN COMMITTEE ON THE RIGHTS OF THE CHILD. General comment No. 25 (2021) on children’s rights in relation to the digital environment. UN Doc CRC/C/GC/25. [s.l.], 2021.

O texto leva a reflexões cruciais sobre casos concretos. Por exemplo, um jogo acoplado ao Facebook não pode ser desenvolvido para coletar todas as informações e fotos de um adolescente. Dificilmente um jogo demandará essas informações para que possa ser operacionalizado. Do mesmo modo, aplicações de internet dedicadas à educação infantil não podem ser desvirtuadas para que a atividade dos alunos seja sistematizada e explorada economicamente para fins de publicidade e obtenção de insights sobre o comportamento econômico dessas crianças.⁷⁵⁸ Os dados pessoais coletados devem se ater estritamente à relação entre (i) o que é *indispensável* e (ii) o que é *justificável*. A falha em apresentar, de antemão, razões que demonstrem que os dados são necessários sugere um indício de ilícito, que precisa ser averiguado pelas Cortes.

Ao mesmo tempo, esses ilícitos abrem a possibilidade de uma *tutela inibitória* que não se restringe aos critérios clássicos de reparação e ressarcimento do direito privado. O modelo clássico do direito civil no Brasil dizia que o ato ilícito implicava em obrigação de reparar o dano. Atualmente, no entanto, permite-se que o ilícito seja sanado por meio da tutela inibitória, que dispensa o dano. O art. 497 do Código de Processo Civil diz que “na ação que tenha por objeto a prestação de fazer

⁷⁵⁸ O Advogado Geral do Estado do Novo México, Hector Balderas, ajuizou uma ação (New Mexico v. Google LLC) alegando que a coleta e o tratamento de dados pessoais de crianças para o G-Suite for Education viola o COPPA e o New Mexico Unfair Practices Act (“UPA”). O argumento mobilizado pelo Advogado Geral, que defende os interesses coletivos dos cidadãos do Novo México, é que a empresa é capaz de realizar uma mineração de dados a partir da análise agregada das presenças físicas, websites visitados, vídeos assistidos no YouTube, lista de contatos e gravações de voz. A ação pede medidas imediatas para interromper a coleta de dados (injunctive relief) e danos nominais (nominal damages). TAKSHID, Zahra. New Mexico v. Google LLC: Children’s Privacy in the Age of e-Learning, Harvard Journal of Law and Technology, mar. 2020. Disponível em: <https://jolt.law.harvard.edu/digest/new-mexico-v-google-llc-childrens-privacy-in-the-age-of-e-learning>. Acesso em 05 abr. 2020

ou de não fazer, o juiz, se procedente o pedido, concederá a tutela específica ou determinará providências que assegurem a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente”. O parágrafo único diz que “para a concessão da tutela específica destinada a inibir a prática, a reiteração ou a continuação de um ilícito, ou a sua remoção, é irrelevante a demonstração da ocorrência de dano ou da existência de culpa ou dolo”. A tutela inibitória destina-se à “ampliação da tutela jurídica de interesses e bens jurídicos de natureza imaterial”,⁷⁵⁹ como os direitos da personalidade. Em casos de abuso de direito no tratamento de dados pessoais, como no caso de tratamento de dados excessivos, pode-se cogitar não apenas uma ação de reparação por dano moral, mas uma tutela inibitória que busque corrigir as obrigações civis, com pedidos de suspensão da atividade de tratamento de dados, modificação da arquitetura de sistema ou mesmo adoção imediata de técnicas de children’s rights by design, interrompendo o tratamento de dados excessivos. Esse pode ser um caminho virtuoso para ampliação da tutela coletiva de dados pessoais.⁷⁶⁰ O problema aqui torna-se o ilícito e não a discussão específica sobre a natureza do dano.

⁷⁵⁹ REINIG, Guilherme Henrique Lima; CARNAÚBA, Daniel Amaral. Abuso de direito e Responsabilidade por ato ilícito: críticas ao Enunciado 37 da 1.ª Jornada de Direito Civil. Revista de Direito Civil Contemporâneo-RDCC, n. 7, p. 63-94, 2016.

⁷⁶⁰ Conforme argumentado em outro ensaio, por meio de uma interpretação da Lei da Ação Civil Pública e do Código de Defesa do Consumidor, que trazem os vetores básicos da tutela coletiva brasileira, juntamente com a LGPD, podem ser propostas ações civis públicas não somente para o devido ressarcimento dos danos causados, mas para o emprego da tutela inibitória coletiva, inclusive com medidas de urgência. ZANATTA, Rafael; SOUZA, Michel. A tutela coletiva em proteção de dados pessoais: tendências e desafios. In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cintia; MACIEL, Renata. Direito & Internet IV: sistema de proteção de dados pessoais. São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 410-411.

Como dito, os princípios de minimização e não discriminação abusiva são centrais para a compreensão do que é *abusivo* e *excessivo* no tratamento de dados pessoais de crianças, aplicando-se um método de análise contextual centrado nas limitações das explorações comerciais de crianças. Esses princípios oferecem parâmetros iniciais para um conjunto de expectativas de conduta por parte dos agentes privados, em sentido próximo à norma *Age Appropriate Design Code* formulada pela Information Commissioner's Office (ICO) em janeiro de 2020 e que possui seis pilares: (i) o melhor interesse da criança deve ser uma consideração primária ao projetar e desenvolver serviços online; (ii) altos níveis de privacidade devem ser definidos por padrão; (iii) apenas uma quantidade mínima de dados pessoais deve ser coletada e mantida; (iv) os dados das crianças não devem ser compartilhados, a menos que haja uma razão convincente para fazê-lo; (v) os dados pessoais das crianças não devem ser usados de maneiras que possam ser prejudiciais ao seu bem-estar; (iv) a geolocalização deve ser desligada por padrão.⁷⁶¹

Essas recomendações são plenamente aplicáveis ao direito brasileiro a partir de uma interpretação sistemática do art. 6º com o art. 14 da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. O *dever de considerar o melhor interesse da criança* deve estruturar as escolhas de arquiteturas, códigos, formas de *profiling* e técnicas de exploração comercial de informações. A coleta de uma quantidade mínima de dados *já é uma imposição derivada do art. 14, § 4º, da LGPD*. Por sua vez, a decisão de criação de perfis comportamentais de crianças e o compartilhamento de informações com outros agentes econômicos – condutas

⁷⁶¹ INFORMATION COMMISSIONER OFFICE (ICO). ICO publishes Code of Practice to protect children's privacy online, ICO, 21 jan. 2020. Disponível em: <https://ico.org.uk/about-the-ico/news-and-events/news-and-blogs/2020/01/ico-publishes-code-of-practice-to-protect-children-s-privacy-online/>. Acesso em 05 abr. 2020.

que apresentam problemas jurídicos de *commercial privacy* – configura-se em abuso de direito. Trata-se de verdadeiro ato ilícito pois excede os limites impostos por fins sociais e pela boa-fé.

Feitas essas considerações, analisamos a seguir características dos novos mercados digitais e problemas emergentes da exploração comercial de crianças no ambiente online, a partir de uma pesquisa conduzida na Associação Data Privacy Brasil de Pesquisa em 2020.

3. EXCESSO E ABUSIVIDADE DA COLETA DE DADOS E EXPLORAÇÃO COMERCIAL DE CRIANÇAS NO AMBIENTE ONLINE

Os riscos de coleta e tratamento excessivos e abusivos aparecem de forma preocupante no ambiente online, especialmente no monitoramento de registros digitais de crianças e adolescentes nas plataformas digitais e em aplicativos. Estes são hoje espaço central de socialização dessas faixas etárias no ecossistema conectado. Oates et al.⁷⁶² ressaltam que as crianças são usuários sofisticados de novas tecnologias. Mas este ambiente digital explora sua vulnerabilidade, especialmente por meio de novas formas de publicidade escamoteadas, interativas e em formas não-tradicionais. Lievens et al.⁷⁶³ ponderam que por trás de atividades de lazer disponíveis para crianças estão também “modelos de negócio criando valores para companhias com interesses materiais com a alimentação de algoritmos com dados de crianças para

⁷⁶²OATES, C.J. WATKINS, L. THYNE, M. The impact of marketing on children’s well-being in a digital age. *European Journal of Marketing*, 2016, p. 1969-1974.

⁷⁶³LIEVENS et al. The child right to protection against economic exploitation in the digital world. Submission to the Committee on the Rights of the Child in view of their intention to draft a General Comment on children’s rights in relation to the digital environment, maio. 2019.

construir perfis dessas e oferecer publicidade personalizada ou induzindo crianças a comprar ou ganhar itens em apps”.⁷⁶⁴ Em uma análise de 451 apps utilizados por crianças, Zhao et al.⁷⁶⁵, 67% enviavam informações para terceiros, de 1 até 33 destinos. Entre estes dados estavam identificadores de publicidade (provido pelo Google Play), do sistema Android, do aparelho, do roteador, do cartão SIM e do Google (GSF ID), além de IMEI, geolocalização, número de telefone, nome e e-mail. Os tipos mais comuns de identificadores enviados para terceiros foram os de publicidade, Android, aparelho e geolocalização.

Esse tipo de prática pode ser enquadrado dentro do conceito de “exploração comercial”, já discutido direta ou indiretamente na literatura sobre direitos da infância e na Convenção sobre os Direitos da Criança, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1989. O termo econômico implica que há um interesse material, ou ganho de receitas ou lucro por meio da produção, circulação e consumo de bens e serviços. Já a prática de exploração está relacionada à obtenção de uma vantagem injusta sobre um terceiro para benefício próprio de quem comete o ato, em práticas como manipulação, opressão, abuso ou mau uso. Hartung⁷⁶⁶ pontua que as experiências digitais das crianças em serviços online são exploradas com finalidades comerciais, “especialmente por estratégias de marketing explícitas ou implícitas direcionadas a elas, como

⁷⁶⁴ LIEVENS et al. The child right to protection against economic exploitation in the digital world. Submission to the Committee on the Rights of the Child in view of their intention to draft a General Comment on children’s rights in relation to the digital environment. cit, p. 1.

⁷⁶⁵ ZHAO, Fangwei; EGELMAN, Serge; WEEKS, Heidi; KACIROTI, Niko; MILLER, Alison; RADESKY, Jenny. Data collection practices of mobile applications played by preschool-aged children. JAMA pediatrics, 2020.

⁷⁶⁶ HARTUNG, Pedro. The children’s rights-by-design standard for data use by tech companies. UNICEF, 2020, p. 3.

plataformas de vídeo, anúncios gamificados, compras em apps, jogos online ou conteúdo patrocinado e influenciadores digitais".⁷⁶⁷

A exploração comercial pode ocorrer de diversas maneiras. Ela pode atingir crianças em diferentes tipos de papéis dentro das experiências digitais e do uso de serviços associadas a elas: 1) crianças como agentes de contas e conteúdos, 2) crianças como consumidoras de conteúdos, e 3) crianças como orientadoras de estratégias comerciais. No primeiro caso, assume-se aqui a perspectiva de que quando há monetização da atividade (seja ela por meio da plataforma ou por contratos diretos, como nas práticas elencadas anteriormente), tal performance assume a condição de uma forma de trabalho infantil artístico. Este pode ser definido por essa relação de oferta de um desempenho cuja realização é geradora de ganhos financeiros. Ao permitir um público infantil, o YouTube se tornou a principal arena do conteúdo infantil, estimulando cada vez mais crianças a criarem seus canais e, em caso de "sucesso", passarem a incorporar as práticas mercadológicas de marketing e publicidade digitais. A profusão de conteúdos gerou uma espiral de presença

⁷⁶⁷ Tradução própria do original em inglês: "especially by explicit or thinly veiled marketing strategies directed at them, such as advertising on video platforms, gamified ads, in-app purchases, online games or sponsored content and digital influencers". HARTUNG, Pedro. The children's rights-by-design standard for data use by tech companies, cit., p.3.

de crianças na plataforma⁷⁶⁸. O Instituto Alana⁷⁶⁹ pontua a responsabilidade tanto das plataformas digitais quanto das empresas que firmam contratos, que são as promotoras das práticas de marketing e publicidade digitais. As primeiras, como visto ao longo do presente documento, constituem o ambiente que impulsiona as formas, muitas vezes ilegais, de atuação de crianças (como por meio do trabalho infantil artístico não autorizado). As segundas utilizam crianças para auferir receitas, muitas vezes também recaindo em ilegalidades tanto no aspecto do trabalho infantil artístico quanto de formas abusivas de publicidade conforme vedação estipulada no Código de Defesa do Consumidor.

Em relação às crianças como consumidoras de conteúdos, com a Internet, criou-se uma nova fronteira para a busca pela audiência infantil. A proliferação de plataformas de conteúdo, sejam estas redes sociais digitais calcadas em conteúdos de terceiros (YouTube) ou de audiovisual linear ou não linear (Netflix), trouxe uma oferta ininterrupta de conteúdo, extrapolando as fronteiras das faixas de programação infantil da radiodifusão. Assim, as crianças entraram como público importante no novo paradigma informacional de coleta massiva de dados, processamento inteligente e oferta de

⁷⁶⁸ "A intensa presença infanto-juvenil no ambiente digital impulsiona e, ao mesmo tempo, decorre do desenvolvimento de conteúdo online específico para esse público. Dessa forma, os últimos anos marcaram o surgimento e agigantamento de novas figuras com muita influência no meio digital, dentre as quais destacam-se os YouTubers mirins. Nesse movimento, as crianças e adolescentes, além de receptoras, passam a ocupar o posto de produtoras de conteúdo na Internet". ALANA. Ref.: Inquérito Civil nº 2020.00341471. Manifestação. Trabalho infantil artístico. Estratégias abusivas de publicidade dirigidas a crianças realizadas por empresas por meio de canais de youtubers mirins. Ofício ao Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Instituto Alana, 5 de junho de 2020.

⁷⁶⁹ ALANA. Manifestação ao Inquérito Civil No. 2020.00341471 do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, cit.

serviços personalizados e moduladores de comportamentos. Na sociedade de uma economia “dirigida por dados”, as táticas de exploração comercial são crescentemente baseadas nesses registros digitais e na construção de perfis de indivíduos. À medida que as crianças majoram seu tempo online, estão mais suscetíveis à coleta mais extensa de suas pegadas digitais e ao direcionamento de estratégias de marketing e publicidade digital. Tal processo é ainda mais complexo diante das limitações cognitivas das crianças para a apreensão das intenções e modulações presentes nesses ambientes informacionais. Nas plataformas digitais, ampliam-se as possibilidades de exploração da hipervulnerabilidade das crianças diante das estratégias mercadológicas. Evento do Comitê sobre os Direitos das Crianças⁷⁷⁰ sublinhou que essas restrições dificultam ainda mais a compreensão das regras internas das plataformas, de seus termos de serviço a políticas específicas, como de privacidade, uso de dados e publicidade.

A Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico⁷⁷¹ revisou sua tipologia de riscos para as crianças no ambiente digital, separando-os nas seguintes categorias: conteúdo, conduta, contato e consumo, além de aspectos transversais, como riscos associados à privacidade, bem-estar e saúde e tecnologias avançadas. No tocante à exploração comercial, a OCDE elenca riscos significativos. O grupo dos riscos associados à condição de consumidor foram divididos em quatro categorias: 1) marketing, 2) perfilização comercial, 3) financeiros, e 4) segurança. O primeiro segmento inclui a exposição a práticas de marketing prejudiciais, como publicidade

⁷⁷⁰ COMMITTEE ON THE RIGHTS OF CHILD. Digital media and children’s rights. Report of the 2014 day of general discussion. Office of the High Commissioner of Human Rights, United Nations. 12 set. 2014.

⁷⁷¹ OCDE. Children in the digital environment: revised typology of risks. OCDE digital economy papers, jan., 2021.

abusiva, marketing de influenciadores, atividades de premiação e advergames. A publicidade nativa é outro exemplo que impacta a recepção por crianças ao dificultar a percepção dos anúncios enquanto tais. A organização ressalta que a dinâmica complexa dos sistemas informacionais conectados potencializa riscos associados à privacidade e à proteção de dados.

Sobre a terceira macrocategoria, uma das formas em que crianças são orientadoras de estratégias de consumo são as estratégias de publicidade e marketing digital voltadas à família. Essas já existiam nos meios de comunicação tradicionais em anúncios voltados a pais, reconhecidos aí como os tomadores em última instância das decisões de consumo relacionadas a seus filhos. Com o ascenso da Internet, os pais passaram a ser objeto também das novas táticas, de newsletters nos primeiros anos à publicidade programática dos modelos atuais. Com a coleta massiva de dados e criação de perfis, os pais puderam ser “mirados” de forma mais específica, permitindo um ganho de eficiência no conjunto da publicidade infantil. Se as crianças entraram nesse circuito, como pontuado na seção anterior, no caso dos pais, tais táticas de marketing digital têm potencial maior, pela redução das limitações. Outra modalidade compreende a ação dos pais e mães para exposição de filhos em plataformas digitais, no fenômeno que veio a se chamar “sharenting” (mistura do verbo compartilhar, share, e cuidar no sentido de exercer poder familiar, parenting) ou “oversharenting” (com o acréscimo do prefixo over no sentido de excesso).

Nas plataformas é possível perceber uma série de estratégias de exploração comercial, boa parte relacionada à coleta de dados e com riscos de possíveis práticas excessivas ou abusivas. Tais táticas colocam questões problemáticas para análise que abarcam diferentes campos. Uma delas é a presença forte de publicidade direcionada a crianças, que pode ser considerada

ilegal a partir de uma leitura conjunta do Estatuto da Criança e do Adolescente e de outras normas do arcabouço legislativo nacional.⁷⁷² Outra, objeto da atenção específica do presente capítulo, é como esses métodos podem ensejar a coleta excessiva e abusiva de dados desse público.

Embora parte das plataformas digitais (como Facebook, Instagram e TikTok) preveja sem suas regras a disponibilização de seus serviços apenas para indivíduos acima de 13 anos, foi possível constatar uma profusão de crianças como agentes de contas e conteúdos. Embora a pesquisa tenha encontrado canais de denúncia contra perfis irregulares neste sentido, a prática recorrente de uso por crianças coloca sérias dúvidas sobre a efetividade desta proibição. A participação e supervisão dos pais nem sempre esteve clara. Ao negar a possibilidade da presença de crianças em seus serviços, indaga-se de que maneira os dispositivos previstos na LGPD estariam ou não sendo respeitados por parte dessas plataformas.

No caso do YouTube, apesar da plataforma disponibilizar uma versão para crianças (YouTube Kids), ela permite a presença de crianças e é a mais popular entre este público tanto como usuários quanto como agentes de contas e conteúdos. A plataforma é fortemente calcada em publicidade, que afirma não direcionar a crianças. Contudo, não foi possível constatar na pesquisa realizada a ausência efetiva da coleta de dados de crianças bem como a construção de perfis a partir destes. Outro ponto identificado por meio de grupo focal com pais de crianças que utilizam serviços digitais foi o fato de muitos desses acessos ocorrer no perfil dos pais, e não necessariamente em um perfil específico desenvolvido para a criança. Neste caso,

⁷⁷² DANTAS, Thais; GODOY, Renato. YouTubers mirins: mera expressão artística ou trabalho infantil. TIC Kids Online Brasil, 2015, p. 95-103.

cabe uma problematização sobre quais requisitos necessários para fazer cumprir as exigências constantes no art. 14 da LGPD.

Por fim, há uma preocupação com a possibilidade de exploração econômica de dados agregados e construção de *clusters* e perfilações a partir de dados coletivos de crianças, bem como o tratamento de dados biométricos (como timbre e tom de voz) para criação de uma “impressão digital”.⁷⁷³ São formas emergentes de exploração comercial de crianças, relacionadas à dimensão da “privacidade comercial”, que precisam ser estudadas em profundidade.

CONCLUSÃO

A LGPD oferece contornos iniciais para identificação do que é abusivo e excessivo em tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes. Conforme argumentado neste artigo, uma correta interpretação do art. 14 da LGPD deve se pautar, primeiro, por uma leitura conjunta dos princípios de necessidade e não discriminação abusiva. Segundo, deve se orientar pela tradição brasileira de combate ao abuso de direito, que já possui julgados importantes sobre privacidade e proteção de dados pessoais no Superior Tribunal de Justiça. Terceiro, deve se orientar pela primazia do conceito de “melhor interesse da criança”, tal reconhecido pelo direito brasileiro pelo Comentário Geral n. 25 da ONU.

⁷⁷³ Em 2020, duas crianças de Illinois, nos Estados Unidos da América, ajuizaram uma ação judicial contra a empresa Google por usos abusivos de dados biométricos em softwares utilizados em sala de aula. A ação questiona a possibilidade da empresa Google criar uma “impressão digital” a partir das vozes das crianças, monitorando seu comportamento em buscas, em troca de acesso gratuito ao G Suite e aplicativos de educação. NIEVA, Richard. Two children sue Google for allegedly collecting students’ biometric data, CNET, 03 abr. 2020. Disponível em: <https://www.cnet.com/news/two-children-sue-google-for-allegedly-collecting-students-biometric-data/>. Acesso em: 05 abr. 2020

Os desafios de interpretação e aplicação do art. 14 da LGPD, no entanto, estão apenas se descortinando. Será crucial, nos próximos anos, criar uma tipologia de atividades de tratamento de dados que se mostram abusivas e colidentes com princípios de design para melhores interesses das crianças. Será preciso, também, garantir transparência aos processos de perfilização de crianças,⁷⁷⁴ identificando-os como ilícitos. Tal tarefa necessitará de um esforço colaborativo de jornalistas, ONGs, acadêmicos, profissionais do setor privado e juristas. Nesse processo de refinamento conceitual e separação do que é necessário/desnecessário, justo/injusto, abusivo/não abusivo, a ideia de “exploração comercial de crianças”, como defendido pelo Instituto Alana, apresenta-se como promissora para reconfiguração das lentes de análise no processo de interpretação da LGPD.

⁷⁷⁴ Como defendido pela Associação Data Privacy Brasil de Pesquisa, o Comentário Geral 25 adotou uma recomendação específica sobre proibição de perfilização: “Os Estados Partes devem proibir por lei a definição de perfis ou segmentação de crianças de qualquer idade para fins comerciais com base em um registro digital de suas características reais ou deduzidas, incluindo dados de grupo ou coletivos, segmentação por associação ou perfil de afinidade. As práticas que dependem de neuromarketing, análise emocional, publicidade imersiva e publicidade em ambientes virtuais e de realidade aumentada para promover produtos, aplicativos e serviços também devem ser proibidas de se envolver direta ou indiretamente com crianças”. UN COMMITTEE ON THE RIGHTS OF THE CHILD. General comment No. 25 (2021) on children’s rights in relation to the digital environment. UN Doc CRC/C/GC/25. [s.l.], 2021.

A PROIBIÇÃO DO DIRECIONAMENTO DE PUBLICIDADE MICROSSEGMENTADA PARA CRIANÇAS E ADOLESCENTES, A ABUSIVIDADE DO USO DE DADOS PESSOAIS PARA FINS DE EXPLORAÇÃO COMERCIAL INFANTO-JUVENIL

*Isabella Henriques⁷⁷⁵
Marina Meira⁷⁷⁶
Pedro Hartung⁷⁷⁷*

1. INTRODUÇÃO

Crianças e adolescentes representam 1/3 dos usuários de Internet em todo o mundo⁷⁷⁸. Essa é uma boa notícia do ponto de vista de que estão tendo acesso à Internet e, potencialmente, a oportunidades de aprendizado e educação, em especial, em situações de crises humanitárias, como durante a pandemia

⁷⁷⁵ Advogada. Diretora Executiva do Instituto Alana. Doutoranda em Direitos das Relações Sociais – Direitos Difusos e Coletivos – pela PUC-SP. Global Leader for Young Children pela World Forum Foundation. Líder Executiva em Primeira Infância pelo Center on the Developing Child da Harvard University. Conselheira do Conselho Consultivo da Ouvidoria da Defensoria Pública do Estado de São Paulo.

⁷⁷⁶ Advogada graduada pela Faculdade de Direito da USP, pós-graduada em Direito Digital pela UERJ. Foi advogada do programa Criança e Consumo, do Instituto Alana, entre 2020 e 2021.

⁷⁷⁷ Advogado e Coordenador Jurídico do Instituto Alana. Doutor em Direito do Estado pela USP com doutorado sanduíche em 2017 na Harvard Law School e Pesquisador Visitante no Child Advocacy Program pela mesma instituição. É membro do grupo de trabalho da UNICEF sobre Governança de dados pessoais de crianças e foi pesquisador visitante do Max-Planck-Institute de Direito Público de Heidelberg/Alemanha.

⁷⁷⁸ UNICEF. The State of the World's Children 2017 – Children in a digital world. New York: Unicef, 2017. p. 138. Disponível em: <https://www.unicef.org/bulgaria/media/421/file/State%20of%20the%20world's%20children%20-%20children%20in%20a%20digital%20age.pdf>. Acesso em: 9 mar. 2021.

do Covid-19⁷⁷⁹. Também porque esse uso permite que tenham acesso a informações sobre temas que afetam suas comunidades de forma a ajudá-los a solucionar problemas variados. A Internet, sem dúvidas, é um território que pode promover a criatividade, a socialização, o aprendizado, a brincadeira e novas descobertas por crianças e adolescentes.

Contudo, para além de questões outras, como o fato de ainda existirem por volta de 346 milhões de jovens alijados do acesso à Internet⁷⁸⁰, bem como dos riscos⁷⁸¹ diversos na navegação de crianças e adolescentes – que devem ser mitigados por ações concretas de governos, empresas, plataformas digitais e famílias conjuntamente –, o fato é que as diversas e múltiplas infâncias – incluindo-se nesse conceito pessoas de 0 a 18 anos – têm sido exploradas comercialmente ao fazerem uso da Internet em todo o mundo.

Vale dizer que a compreensão do conceito de múltiplas infâncias na contemporaneidade exige um olhar atento, de toda a sociedade, bem como de governos e empresas, a respeito dos processos históricos e culturais pelos quais a própria ideia de criança se construiu ao longo dos tempos. São múltiplas por serem diversas nas suas culturas e nacionalidades, social e economicamente. Também por incluírem crianças com e sem deficiência, negras, brancas, amarelas, indígenas, quilombolas, ribeirinhas, urbanas ou rurais. De toda a forma, o ser criança é único na medida em que compreende pessoas que, indistintamente, estão em um peculiar processo de

⁷⁷⁹ UNICEF. Education and Covid-19. Unicef, [s.l.], September 2020. Disponível em: <https://data.unicef.org/topic/education/covid-19/>. Acesso em: 9 mar. 2021.

⁷⁸⁰ UNICEF. The State of the World's Children 2017 – Children in a digital world, cit., p. 10.

⁷⁸¹ OECD. Children in the digital environment - revised typology of risks. Paris: OECD DIGITAL ECONOMY PAPERS, January 2021 No. 302. Disponível em: <https://doi.org/10.1787/9b8f222e-en>. Acesso em: 9 mar. 2021.

desenvolvimento biológico e psicossocial, próprio do ser humano.

É sobre o ser criança, também nas suas múltiplas infâncias, que trata este artigo. Especialmente, sobre como a criança que vive no Brasil⁷⁸² tem sido considerada no ambiente digital por grandes plataformas e empresas anunciantes, frente às suas inerentes e naturais características e ao próprio ordenamento jurídico brasileiro, bem como no tocante à publicidade que lhe é dirigida e à conseqüente exploração comercial que acarreta.

Nesse sentido, no âmbito da discussão que interessa ao presente artigo, importa dizer que:

(...) a ambivalência do lugar social por ela [criança] ocupado pode ser traduzida pela seguinte explicação: se, por um lado, a criança é considerada alguém em transformação, por outro, na perspectiva dos interesses de sua inserção no mercado, ela é plena para exercer a função de consumidor, além de contribuir objetivamente para esse projeto da sociedade capitalista. A prova disso é que o mercado não somente soube atrair o olhar da criança, como passou a dirigir-se a ela, não mais aos pais.⁷⁸³

Contudo, como será adiante demonstrado, para além dos muros de um mercado antiético e imoral que ainda persiste

⁷⁸² "(...) diferentemente da história da criança feita no estrangeiro, a nossa não se distingue daquela dos adultos. Ela é feita, ao contrário, à sua sombra. No Brasil, foi entre pais, mestres, senhores e patrões, que pequenos corpos tanto dobraram-se à violência, às humilhações, à força, quanto foram amparados pela ternura dos sentimentos familiares mais afetuosos. Instituições como as escolas, a Igreja, os asilos e as posteriores Febens e Funabens, a legislação ou o próprio sistema econômico, fizeram com que milhares de crianças se transformassem precocemente em gente grande. (...)” In DEL PRIORI, Mary (org.). História das crianças no Brasil. São Paulo: Contexto, 2018, p. 14.

⁷⁸³ JOBIM E SOUZA, Solange. Por uma crítica dos modos de subjetivação na cultura do consumo: crianças e adultos em ação. In FONTENELLE, Lais (coord.). Criança e Consumo – 10 anos de Transformação. São Paulo: Instituto Alana, 2016, pp. 201-213.

em enxergar a criança como objeto de dominação, ela não deve ser considerada alvo a ser atingido para o incremento de atividade lucrativa por meio da publicidade. Ao revés, deve ser compreendida como sujeito de direitos que é – *status* alcançado globalmente depois de longa história de violações e explorações de seus direitos humanos –, inclusive com a garantia da liberdade para manifestar seus desejos de forma livre e não forçada, levando-se em conta seu estágio de desenvolvimento biológico e psicossocial.

De fato, por estar em um processo de desenvolvimento humano, que lhe garante tratamento constitucional diferenciado, de forma prioritária e protetiva, no Brasil, a criança com menos de 12 anos de idade não pode ser destinatária de qualquer tipo de comunicação mercadológica, notadamente, de publicidade comercial, inclusive no ambiente digital. Da mesma forma que a criança, o adolescente de até 18 anos não pode ser alvo de microsegmentação publicitária⁷⁸⁴ com base no tratamento de seus dados pessoais ou metadados.

2. A HIPERVULNERABILIDADE DA CRIANÇA NAS RELAÇÕES DE CONSUMO E A ABUSIVIDADE DA PUBLICIDADE DIRECIONADA A CRIANÇAS

A criança, hoje, no mundo, “em virtude de sua falta de maturidade física e mental” e por necessitar de “proteção e cuidados especiais”, é detentora de um direito supranacional à proteção especial estabelecido pela Convenção sobre os

⁷⁸⁴ Para fins deste artigo, adota-se o conceito de publicidade microsegmentada conforme definido pelo Information Commissioner’s Office - ICO, do Reino Unido: “Microtargeting is a form of online targeted advertising that analyses personal data to identify the interests of a specific audience or individual in order to influence their actions”. Ver: INFORMATION COMMISSIONER’S OFFICE - ICO. Microtargeting. Disponível em: <https://ico.org.uk/your-data-matters/be-data-aware/social-media-privacy-settings/microtargeting/>. Acesso em: 05 abr. 2021.

Direitos da Criança da Organização das Nações Unidas – ONU⁷⁸⁵. De acordo com referida carta de direitos, ratificada por 196 países⁷⁸⁶ e formalmente recepcionada no Brasil pelo Decreto 99.710/99, criança é “todo ser humano com menos de dezoito anos de idade”.

No Brasil, nos termos do Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA (Lei 8.069/90), criança é “a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade”, os quais “gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral”, no sentido de que lhes sejam asseguradas “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”.

Referidos marcos normativos, como se nota, existem para garantir a fruição dos direitos humanos de pessoas que estão em uma fase específica da natureza humana, nos primeiros anos de vida, quando vivenciam um peculiar estágio de desenvolvimento físico, cognitivo, psicológico e social, que as torna mais vulneráveis perante tudo e todos.

Essa vulnerabilidade está, com efeito, diretamente relacionada ao próprio desenvolvimento infantil e ao impacto de violações a direitos durante essa fase de vida do ser humano, de imediato e para toda a vida adulta da pessoa. É na primeira infância, durante os primeiros seis anos de vida do ser humano, por

⁷⁸⁵ UNITED NATIONS HUMAN RIGHTS OFFICE OF THE HIGH COMMISSIONER. Convention on the Rights of the Child, 1989. Disponível em: <https://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/CRC.aspx>. Acesso em: 9 mar. 2021.

⁷⁸⁶ UNICEF. Convenção sobre os Direitos da Criança. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/convencao-sobre-os-direitos-da-crianca>. Acesso em: 9 mar. 2021.

exemplo, que relevantes marcos do desenvolvimento humano são atingidos:

Nessa fase, a criança passa por etapas de desenvolvimento aceleradas e importantes, estruturantes das bases para uma vida plena e saudável. São desenvolvidas regiões do cérebro responsáveis pela maior parte das habilidades/capacidades que a criança terá durante sua infância e vida adulta, tais como paladar, tato, olfato, audição, visão, linguagem, memória, atenção, controle emocional, coordenação motora e cognitiva.⁷⁸⁷

Ademais, é durante a fase da adolescência⁷⁸⁸ que se desenvolvem capacidades cerebrais fundamentais para o ser humano conseguir resistir a impulsos que lhe são estimulados por fatores externos como, por exemplo, pela publicidade:

Outro elemento importante é a capacidade de ‘tomar decisões’ que não dependa simplesmente de ‘impulsos’ ou da ‘emoção’. É importante salientar que a ‘inibição’ que ‘freia’ nossos impulsos é desenvolvida mais tardiamente e está associada ao desenvolvimento da região frontal (pré-frontal). Assim, o duelo emoção/instinto vs razão/controle cognitivo resulta na vantagem inicial da emoção/instinto que está relacionada ao desenvolvimento das áreas da emoção e da recompensa que se estruturam antes das regiões de autocontrole frontais. Sem o desenvolvimento dos processos inibitórios a criança é mais impulsiva e com maior frequência

⁷⁸⁷ MARINO, Eduardo e FRAGATA CHICARO, Marina. FMCSV, TJSP e Alana: Uma parceria promotora do desenvolvimento da primeira infância. In HENRIQUES, Isabella (org.). Primeira Infância no Sistema de Garantia de Direitos de Crianças e Adolescentes – Uma experiência a ser replicada. São Paulo: Instituto Alana, 2019, pp. 29-45.

⁷⁸⁸ Ver também: UNICEF. The adolescent brain: a second window of opportunity. Florença: Unicef Office of Research - Innocenti, 2017. Disponível em: https://www.unicef-irc.org/publications/pdf/adolescent_brain_a_second_window_of_opportunity_a_compendium.pdf. Acesso em: 9 mar. 2021.

realiza escolhas inadequadas, principalmente quando se utilizam sugestões apetitivas (...) ⁷⁸⁹

Daí porque dirigir publicidade a um público que não tem ainda completa maturidade para enfrentar técnicas sofisticadas de persuasão cria uma série de consequências e externalidades negativas ⁷⁹⁰ não só diretamente para as crianças afetadas ⁷⁹¹, mas também para o conjunto da sociedade e mesmo para o Estado ⁷⁹². Nesse sentido, parecer de Yves de La Taille aponta o fato de que, em média, é somente aos 12 anos de idade que o indivíduo terá um repertório cognitivo capaz de liberá-lo “tanto do ponto de vista cognitivo, quanto moral, da forte referência a fontes exteriores de prestígio e autoridade” ⁷⁹³, motivo pelo qual crianças até essa idade são mais suscetíveis à força da influência que a publicidade pode exercer sobre elas, inclusive induzindo-as ao erro e à ilusão, porquanto não

⁷⁸⁹ COSTA DA COSTA, Jaderson. Neurodesenvolvimento e os primeiros anos de vida: genética vs. ambiente. RELAdEI 7.1 Neurociencias y Educación Infantil, 2018, pp. 54 e 55.

⁷⁹⁰ LINN, Susan. Crianças do Consumo – A infância roubada. São Paulo: Instituto Alana, 2006.

⁷⁹¹ Justamente essa a razão de uma empresa do porte da Coca-Cola ter anunciado, globalmente, não mais anunciar a crianças com menos de 12 anos de idade, de forma a minimizar seu impacto no aumento dos índices de obesidade infantil em todo o mundo. Ver: OTOBONI, Jéssica. Coca-Cola veta comerciais direcionados para crianças. Veja (economia), 14 mai. 2013. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/economia/coca-cola-veta-comerciais-direcionados-para-criancas/>. Acesso em: 10 mar. 2021.

⁷⁹² THE ECONOMIST INTELLIGENCE UNIT. Os impactos da publicidade dirigida a crianças no Brasil. São Paulo: Instituto Alana, 2017. Disponível em <https://criancaconsumo.org.br/biblioteca/os-impactos-da-proibicao-da-publicidade-dirigida-as-criancas-no-brasil/>. Acesso em: 10 mar. 2021.

⁷⁹³ DE LA TAILLE, Yves. Contribuição da Psicologia para o fim da publicidade dirigida à criança. Conselho Federal de Psicologia. Brasília, 2008.

compreendem por completo o real, especialmente, quando lhes é apresentado por meio de representações simbólicas⁷⁹⁴.

Justamente por estarem vivenciando essa fase de desenvolvimento humano tão relevante para toda a sua vida que crianças e adolescentes têm seus direitos protegidos e promovidos por marcos legais específicos como os já citados e, no caso brasileiro, também por um dispositivo constitucional, especial e absolutamente inovador, que determina a responsabilidade compartilhada pelo seu cuidado por famílias, sociedade e Estado, bem como o dever de que a garantia de seus direitos fundamentais se dê com prioridade absoluta, em primazia, consoante prevê o artigo 227 da Constituição Federal:

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.

Relevante mencionar que a infância contemporânea no Brasil é ainda marcada pela transição da doutrina menorista do extinto Código de Menores – quando a infância pobre era marginalizada e até mesmo legalmente excluída – para a Doutrina da Proteção Integral inaugurada pela Constituição Federal de 1988 e pelo citado artigo, quando as crianças e os adolescentes, do ponto de vista normativo, passaram a ser considerados sujeitos de direitos. Em outras palavras, cumpre

⁷⁹⁴ Ver também: BJURSTRÖM, Erling. Children and advertisement – a critical study of international research concerning the effects of TV-commercials on children. Report 1994/95:8. Swedish Consumer Agency. Sweden, 2000. Disponível em <http://criancaeconsumo.org.br/wp-content/uploads/1994/02/Children-and-television-advertising.pdf>. Acesso em: 9 mar. 2021.

notar que as crianças e os adolescentes em situação de maior vulnerabilidade socioeconômica são ainda as maiores vítimas de violações diversas de direitos e por gozarem de uma rede de proteção, muitas vezes, pouco consistente, sequer conseguem viabilizar suas vozes de repúdio às instâncias decisórias e de poder na sociedade.

As mencionadas vulnerabilidades biológicas, psicossociais e econômicas são ainda mais exacerbadas em situações tais, de vulnerabilidade socioeconômica, inclusive no âmbito da exploração comercial infantil, que se dá por meio do direcionamento de comunicação mercadológica e de publicidade a crianças. Nessas relações de consumo, a criança é hipervulnerável.⁷⁹⁵ Porquanto não tem condições de defender-se do assédio mercadológico imposto nos ambientes que frequenta, como escolas, praças e parques, ou por meio de veículos de comunicação de massa, como a televisão ou rádio, e por meio das novas tecnologias digitais da informação e da comunicação, as TICs. E é ainda mais prejudicada quando pertencente a uma camada socioeconômica que vive à margem do sistema, dada a violência simbólica perpetrada pela publicidade comercial que lhe é apresentada⁷⁹⁶.

Por tudo isso, a publicidade que fala diretamente com a criança e que tenta convencê-la diretamente ao consumo de produtos e serviços diversos, sem pedir licença aos adultos por ela responsáveis, como mães, pais e cuidadores, aproveita-se daquilo que o Código de Defesa do Consumidor – lei federal

⁷⁹⁵ “No caso da criança, a vulnerabilidade é um estado a priori, considerando que vulnerabilidade é justamente o estado daquele que pode ter um ponto fraco, que pode ser ‘ferido’ (vulnerare) ou é vítima facilmente”. In MIRAGEM, Bruno. Curso de direito do consumidor Bruno Miragem., 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

⁷⁹⁶ OLMOS, Ana. Vergonha de si: a violência invisível da publicidade infantil. In FONTENELLE, Lais (coord.). Criança e Consumo – 10 anos de Transformação. São Paulo: Instituto Alana, 2016, pp. 164-171.

que trata da ética publicitária –, no seu artigo 37, denomina “deficiência de julgamento e experiência”. É, pois, considerada prática abusiva o direcionamento de publicidade comercial a crianças com menos de 12 anos porque pessoas nessas condições são hipervulneráveis aos apelos publicitários e não conseguem defender-se deles, sendo instadas ao consumo por impulso e sem reflexão.

Dessa forma, por uma interpretação sistemática do disposto no artigo 227 da Constituição Federal, no artigo 37 do Código de Defesa do Consumidor e nos dispositivos do Estatuto da Criança e do Adolescente que garantem o direito à proteção de crianças contra quaisquer violências, inclusive o direito ao respeito, é abusiva e, portanto, ilegal a publicidade que se dirige diretamente a crianças com menos de 12 anos⁷⁹⁷.

Mas não é só. Também o artigo 36 do Código de Defesa do Consumidor corrobora esse entendimento ao considerar ilegal a publicidade que não é facilmente identificável pelo seu destinatário, na medida em que crianças mais novas, até por volta dos 6 anos de idade, não conseguem fazê-lo diante da televisão e crianças até por volta dos 12 anos têm dificuldade de identificar as mensagens publicitárias no ambiente digital⁷⁹⁸. O artigo 39 da lei, ainda, vai ao encontro de todas essas determinações, classificando expressamente como prática abusiva aquela que se prevalece “da fraqueza ou ignorância do consumidor, tendo em vista sua idade”. Ainda, o Marco Legal da Primeira Infância (Lei 13.257/16) prevê a garantia de proteção contra a pressão consumista.

⁷⁹⁷ HENRIQUES, Isabella Vieira Machado. Publicidade abusiva dirigida à criança. Curitiba: Juruá, 2005.

⁷⁹⁸ SAMPAIO, Inês Sílvia Vitorino; CAVALCANTE, Andrea Pinheiro Paiva. Publicidade infantil em tempos de convergência – Relatório Final. Ceará: Universidade Federal do Ceará, Instituto de Cultura e Arte e Grim: 2016. Disponível em: https://www.defesadoconsumidor.gov.br/images/manuais/publicidade_infantil.pdf. Acesso em: 9 mar. 2021.

Por fim, a Resolução 163/14 do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente – Conanda, que dispõe sobre “a abusividade do direcionamento de publicidade e de comunicação mercadológica à criança e ao adolescente” prevê a abusividade da “prática do direcionamento de publicidade e de comunicação mercadológica à criança, com a intenção de persuadi-la para o consumo de qualquer produto ou serviço”, bem como estabelece princípios a serem observados para a prática do direcionamento de publicidade a adolescentes, tais quais, dentre outros, o respeito à dignidade da pessoa humana e a atenção às características de desenvolvimento psicológico do adolescente.

O direcionamento de publicidade às múltiplas infâncias no país – inobstante seja ilegal e isso já tenha sido até mesmo decidido pelo Superior Tribunal de Justiça⁷⁹⁹ e pelo Supremo Tribunal Federal⁸⁰⁰ – persiste e fomenta o intenso desejo que, por sua vez, é uma verdadeira armadilha para a promoção do consumismo e de hábitos não saudáveis e não sustentáveis entre crianças e adolescentes, os quais, por suas características natas, pouco podem fazer para não sucumbir a esse respectivo assédio. Nesse contexto, o “ser” perde lugar para o “ter” e

⁷⁹⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão nº RECURSO ESPECIAL Nº 1.558.086 - SP (2015/0061578-0). Relator: Ministro Humberto Martins. DJe/STJ. Brasília, 15 abr. 2016; e BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão nº RECURSO ESPECIAL Nº 1.613.561 - SP (2016/0017168-2). Relator: Ministro Herman Benjamin. Brasília, 25 de abril de 2017. DJe/STJ. Brasília, 01 set. 2020. Ver também: Decisão histórica condenou propaganda de alimentos dirigida ao público infantil. *Superior Tribunal de Justiça*. Brasília, 17 mar. 2019. Disponível em: https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias-antigas/2019/2019-03-17_06-50_Decisao-historica-condenou-propaganda-de-alimentos-dirigida-ao-publico-infantil.aspx. Acesso em: 9 mar. 2021.

⁸⁰⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Decisão nº ADI 5631. Relator: Ministro Edson Fachin. Brasília, 25 de março de 2021. Brasília. Ver também: Lei da Bahia que proíbe propaganda em estabelecimentos de educação básica é constitucional. Supremo Tribunal Federal. Brasília, 25 mar. 2021. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=463023&ori=1>. Acesso em: 5 abr. 2021.

a felicidade, bem como as relações afetivas, passam a ser mediadas por produtos, coisas e muitas vezes, meros cacarecos, sobrepostos uns aos outros, ao vento dos lançamentos do mercado, que não se cansa de criar novos desejos de consumo – não necessariamente mercadorias, mas imagens, signos e valores –, assim como novas formas de atingir as emoções e o comportamento dos pequenos.

Mais ainda, com a publicidade 360o, seus planejamentos abrangentes e ações diversas concomitantes, bem como a migração de muito desse mercado publicitário para o ambiente digital, com seus números de alcance fantásticos e suas tecnologias de coleta e tratamento de dados pessoais.

3. O USO DE DADOS DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES PARA MICROSSEGMENTAÇÃO PUBLICITÁRIA

A migração da publicidade – ou de grande parte dos investimentos de empresas anunciantes em publicidade – para o ambiente digital se insere no contexto de hiperdigitalização da sociedade. O tempo médio que pelo qual o brasileiro usa hoje a Internet é consideravelmente superior àquele gasto em frente à televisão⁸⁰¹, por exemplo. Quando se pensa em crianças e adolescentes, a despeito das sérias desigualdades digitais que permeiam o país e excluem jovens do acesso à rede e da importância de debater-se também a qualidade do conteúdo digital consumido, pesquisas indicam que, em 2020,

⁸⁰¹ O relatório Digital in 2020, realizado pelo We Are Social e Hootsuite, aponta que, no Brasil, o tempo de uso diário de internet em 2020 foi de 9h17. Por outro lado, segundo a Kantar, em março de 2020, os brasileiros passaram, em média, 8h em frente à TV. Ver: KEMP, Simon. Digital 2020: 3.8 billion people use social media. We are Social, [s.l.], 30 jan. 2020. Disponível em: <https://wearesocial.com/digital-2020>. Acesso em: 01 abr. 2021; e FELTRIN, Ricardo. Quarentena: Brasileiro passa quase 8 horas por dia diante da TV. UOL, [s.l.], 20 abr. 2020. Disponível em: <https://www.uol.com.br/splash/noticias/oops/2020/04/20/quarentena-brasileiro-passa-quase-8-horas-por-dia-diante-da-tv.htm>. Acesso em: 30 mar. 2021.

37% das crianças entre 10 e 12 anos de idade passaram mais de 4 horas diárias apenas no celular⁸⁰².

Além do maior tempo despendido na Internet e no uso das TICs, em geral, nesse espaço cresce também, de forma vertiginosa, a exposição de indivíduos, inclusive crianças e adolescentes, à publicidade. Levantamento da organização inglesa Global Action Plan apontou que jovens com 13 a 19 anos de idade veem, em média, um anúncio a cada dez segundos ao navegar por seu *feed* do Instagram, o que significa que, em uma hora de uso do aplicativo, são expostos ao surreal número de cerca de 420 anúncios publicitários⁸⁰³.

Mas não é apenas a escalada em termos de quantidade de peças publicitárias a que são expostos os indivíduos na Internet que torna o mercado da publicidade digital tão atrativo. Em realidade, sua principal vantagem mercadológica é a acurácia dos anúncios que chegam a cada consumidor. Mais do que um recurso que faz parte da atual infraestrutura da Internet, a publicidade microsegmentada, que se baseia em dados, passa a compor o eixo central do modelo de negócio das plataformas digitais, principais expoentes do chamado capitalismo de vigilância⁸⁰⁴.

Com efeito, a Internet e suas plataformas digitais não são – como pode parecer no imaginário público – um espaço neutro que se propõe a conectar pessoas, permitir sua livre expressão e acesso à informação. Em realidade, se mostram,

⁸⁰² MOBILETIME; OPINIONBOX. Crianças e smartphones no Brasil. [s. l.], outubro de 2020. p. 3. Disponível em: <https://www.mobiletime.com.br/pesquisas/criancas-e-smartphones-no-brasil-outubro-de-2020/>. Acesso em: 30 mar. 2021.

⁸⁰³ GLOBAL ACTION PLAN (UK). Kids for Sale: online advertising & the manipulation of children. Londres, 2020. p. 10. Disponível em: https://www.globalactionplan.org.uk/files/kids_for_sale_v2.pdf. Acesso em: 15 mar. 2021.

⁸⁰⁴ ZUBOFF, Shoshana. The age of surveillance capitalism: the fight for a human future at the new frontier of power. New York: Publicaffairs, 2019. E-book.

cada vez mais, enquanto um espaço que privilegia hábitos aditivos, comportamentos padronizados e pautados por uma lógica comercial e que, em especial, maximiza o impacto da publicidade e da comunicação mercadológica⁸⁰⁵, vendendo aos anunciantes a chance de atingir diretamente aqueles que são seus perfeitos consumidores.

Tal lógica se apoia, de partida, na monetização de dados pessoais e metadados comportamentais, os quais, processados por meio de técnicas de *machine learning*, ganham valor de mercado, ao serem utilizados para o perfilamento (*profiling*) dos usuários. Conforme explica Bruno Bioni, trata-se de prática na qual “os dados pessoais de um indivíduo formam um perfil a seu respeito para a tomada de inúmeras decisões. Tudo é calibrado com base nesses estereótipos; inclusive, o próprio conteúdo acessado na Internet”⁸⁰⁶ – conteúdo esse de cunho publicitário ou não.

O intuito da referida técnica, hoje empregada em larga escala, é fazer com que os indivíduos, independentemente de sua faixa etária, passem cada vez mais tempo engajados nas plataformas, deixando, conseqüentemente, um rastro digital

⁸⁰⁵ MONTGOMERY, Kathryn C.; CHESTER, Jeff; KOPP, Katharina. Data governance for young people in the commercialized digital environment. UNICEF Good Governance of Children’s Data project, [s.l.], August 2020. p. 3. Disponível em: <https://www.unicef.org/globalinsight/media/1081/file/UNICEF-Global-Insight-data-governance-commercialization-issue-brief-2020.pdf>. Acesso em: 30 mar. 2021.

⁸⁰⁶ BIONI, Bruno Ricardo. Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 91.

de informações sobre si cada vez mais extenso, em um ciclo que recebe o título de economia da atenção⁸⁰⁷.

Esse modelo de negócio é inerentemente invasivo à privacidade dos indivíduos – notadamente das crianças e adolescentes, cuja maturidade, para fins de autodeterminação informativa, é reduzida –, os quais, muitas vezes sem ter consciência de suas estruturas ou efetivamente consentirem com essas massivas e predatórias atividades de tratamento de seus dados, são incessantemente incentivados à exposição de sua imagem, preferências, hábitos e conexões, das mais banais às mais íntimas.

Não só, referido modelo, ao passo que busca maximizar o tempo online dos usuários, também correlaciona-se com o processo de aumento do sedentarismo, especialmente preocupante entre crianças e adolescentes⁸⁰⁸, e do afastamento do contato desses indivíduos com a natureza, o que pode acarretar prejuízos ao seu desenvolvimento⁸⁰⁹.

Ademais, é importante destacar que, nesse modelo de negócio, um dos principais meios para o direcionamento

⁸⁰⁷ CAMURÇA, Lia Carolina Vasconcelos. Sociedade de vigilância, direito à privacidade e proteção de dados pessoais: uma análise sobre a influência de técnicas de publicidade comportamental na internet no consumidor usuário. Dissertação (mestrado). Programa de pós-graduação em Direito, Universidade Federal do Ceará. Fortaleza, 2020. p. 90. Disponível em: http://repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/51045/1/2020_dis_lvcamur%C3%A7a.pdf. Acesso em: 03 abr. 2021.

⁸⁰⁸ WORLD HEALTH ORGANIZATION. Guidelines on physical activity, sedentary behaviour and sleep for children under 5 years of age. Geneva: World Health Organization; 2019. Disponível em: <https://www.who.int/publications/i/item/9789241550536>. Acesso em: 25 mar. 2021.

⁸⁰⁹ OSWALD, Tassia K.; RUMBOLD, Alice R.; KEDZIOR, Sophie G. E.; MOORE, Vivienne M.. Psychological impacts of “screen time” and “green time” for children and adolescents: a systematic scoping review. Plos One, [s.l.], v. 15, n. 9, 4 set. 2020. Public Library of Science (PLOS). Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1371/journal.pone.0237725>. Acesso em 04 abr. 2021.

da publicidade microsegmentada é um processo de leilão em tempo real (*Real Time Bidding*), no qual a vasta gama de informações reunidas sobre um indivíduo é enviada a anunciantes que, então, disputarão, em frações de segundos, por um espaço em determinada plataforma digital ou aplicação da Internet para exibir seu anúncio àquele potencial consumidor⁸¹⁰.

Esse processo ultrarrápido de leilão, por sua vez, envolve, necessariamente, o trânsito de uma quantidade enorme de metadados e dados pessoais de usuários, inclusive, possivelmente, de identificadores persistentes, como sua geolocalização. Desponta, assim, o risco de fraudes ou incidentes de segurança nessas operações, cuja dimensão de ameaça à segurança e integridade física e psíquica, online e offline, dos titulares é potencializada quando seu alvo são crianças e adolescentes, especialmente pensando-se em casos de contatos não autorizados ou maliciosos de terceiros com intenções de abuso⁸¹¹.

Soma-se a tais preocupações diretamente decorrentes do modelo de negócio baseado em dados, estruturado ao redor da publicidade direcionada, o potencial discriminatório das técnicas de perfilamento dos usuários, não apenas pela personalização – e consequente diferenciação – do conteúdo que atinge cada indivíduo, mas também porque a prática pode envolver, além dos metadados e dados pessoais diretamente coletados de cada titular, dados inferidos sobre seu comportamento. Nesse sentido, uma série de pesquisas

⁸¹⁰ GLOBAL ACTION PLAN. Kids for Sale: online advertising & the manipulation of children, cit., p. 9.

⁸¹¹ HARTUNG, Pedro. The children's rights-by-design standard for data use by tech companies. UNICEF Good Governance of Children's Data project, [s.l.], November 2020. p. 2. Disponível em: <https://www.unicef.org/globalinsight/media/1286/file/%20UNICEF-Global-Insight-DataGov-data-use-brief-2020.pdf>. Acesso em: 01 abr. 2021.

já aponta para o conceito da discriminação por associação em que incorre a publicidade digital, que tende a excluir ou limitar as oportunidades anunciadas a comunidades vulneráveis⁸¹².

O direito de crianças e adolescentes à não discriminação, pilar da Convenção sobre os Direitos da Criança da ONU, bem como do ordenamento jurídico brasileiro, é, assim, diretamente ameaçado.

Outrossim, a lógica que arquiteta esse modelo digital põe especialmente em xeque o direito fundamental de crianças e adolescentes à liberdade e ao livre desenvolvimento de sua personalidade, inclusive à progressiva autodeterminação em relação a seus dados pessoais, não só por todos os motivos já expostos, mas também na medida em que se funda na extrema personalização de conteúdo e na modulação comportamental⁸¹³, afastando-lhes do que deveria ser típico da peculiar fase de desenvolvimento que atravessam: a experimentação e o erro.

Vale mencionar, ademais, a relação entre essa microsegmentação de conteúdo e modulação comportamental e mazelas sociais características da sociedade atual, como a ampla circulação de desinformação e a polarização política⁸¹⁴.

Todas as problemáticas aqui pormenorizadas buscam indicar o quão prejudicial ao exercício de direitos de crianças e adolescentes o modelo de negócio das principais

⁸¹² MONTGOMERY, Kathryn C.; CHESTER, Jeff; KOPP, Katharina. Data governance for young people in the commercialized digital environment, cit., p. 3.

⁸¹³ MARRAFON, Marco Aurélio; FERNANDES, Elora Raad. A, B, C, Google: Riscos ao Direito Fundamental à Proteção de Dados de Crianças e Adolescentes no G Suite for Education. Revista Direito Público, Brasília, v. 17, n. 95, p. 202-229, set./out., 2020, p. 204. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/4094>. Acesso em: 28 mar. 2021.

⁸¹⁴ MONTGOMERY, Kathryn C.; CHESTER, Jeff; KOPP, Katharina. Data governance for young people in the commercialized digital environment, cit., p. 5.

plataformas digitais pode ser. E, nesse sentido, é essencial reforçar o cerne de tal modelo, que coincide, justamente, com o tema deste artigo: a exploração comercial de que são objeto crianças e adolescentes – mais do que outros indivíduos – ao terem seus dados utilizados para a prática de publicidade microssegmentada, a qual desrespeita sua fase de desenvolvimento ao inseri-los, em uma intensidade antes nunca vista, em meio à cultura consumista, incentivando-lhes à adoção de hábitos não saudáveis e insustentáveis e causando-lhes consequências nocivas nos planos individual e coletivo.

Isolando-se o sujeito a que se destina, por si só, enquanto estratégia de mercado, a publicidade baseada em dados desafia os princípios básicos do direito do consumidor, “significando um aprofundamento da assimetria informacional nas relações de consumo, e relativizando a ideia de livre escolha”⁸¹⁵; ou, afinal, expondo ainda mais a vulnerabilidade que é inerente à figura jurídica do consumidor.

Com efeito, conforme amplamente apontou-se, o reconhecimento da hipervulnerabilidade da criança nas relações de consumo é evidente, tanto que o direcionamento de qualquer comunicação mercadológica a ela é abusivo nos termos do ordenamento jurídico brasileiro. Ao considerar-se, então, nesse cenário, a criança enquanto alvo de estratégias de publicidade baseadas em dados, a abusividade da prática apenas aumenta – na mesma medida em que aumenta o nível de persuasão e manipulação da mensagem de indução ao consumo; diminui o espaço da autodeterminação informativa;

⁸¹⁵ FORNASIER, Mateus de Oliveira; KNEBEL, Norberto Milton Paiva; SILVA, Fernanda Viero da. Mineração de dados e publicidade comportamental: impasses para a regulação do spam e dos nudges na sociedade burocrática do consumo dirigido. *Revista Estudos Institucionais*, [s. l.], v. 6, n. 3, p. 1536-1559, set. 2020, p. 1542. Disponível em: <https://www.estudosinstitucionais.com/REI/article/view/506>. Acesso em: 20 mar. 2021.

e aprofunda-se o descompasso de poder entre a figura do anunciante e a do potencial consumidor.

Até mesmo as principais plataformas digitais reconhecem que seu predatório modelo de negócio, com monetização de dados pessoais e direcionamento de publicidade, não deveria envolver crianças: via de regra, seus termos de uso estipulam a idade mínima de 13 anos para uso do serviço. Essa determinação, entretanto, não impede que esses grandes agentes do ecossistema da Internet se aproveitem da hipervulnerabilidade infantil, pois, na prática, não evita que crianças sejam usuárias ativas de redes sociais, aplicativos e outras plataformas digitais, nem que a indústria da publicidade digital invista cada vez mais na publicidade infantil⁸¹⁶. É dizer, mesmo que não publicamente reconhecido por muitas empresas de tecnologia⁸¹⁷, o uso de plataformas por crianças e adolescentes com menos de 13 anos e consequente uso de

⁸¹⁶ De acordo com pesquisa da PwC, estima-se que o investimento global no mercado de publicidade digital para crianças chegará a 1.7 bilhões de dólares em 2021. Ver: PwC: Kids digital ad market worth \$1.7bn by 2021. Advanced Television, [s.l.], 21 jun. 2019. Disponível em: <https://advanced-television.com/2019/06/12/pwc-kids-digital-ad-market-worth-1-7bn-by-2021/>. Acesso em: 04 abr. 2021.

⁸¹⁷ Em 2019, o Google, enquanto detentor da plataforma YouTube, acordou com o pagamento de multa no valor de 170 milhões de dólares à *Federal Trade Commission* - FTC, agência de proteção ao consumidor dos Estados Unidos, por coletar dados pessoais de crianças sem o consentimento prévio de seus responsáveis legais, em violação ao *Children's Online Privacy Protection Rule* - COPPA. Ao fazê-lo, a empresa reconheceu o uso da presença por crianças e adolescentes com menos de 13 anos, em movimento inédito no setor. Ver: Google and YouTube Will Pay Record \$170 Million for Alleged Violations of Children's Privacy Law. *Federal Trade Commission*, [s.l.], September 4, 2019. Disponível em: <https://www.ftc.gov/news-events/press-releases/2019/09/google-youtube-will-pay-record-170-million-alleged-violations>. Acesso em: 04 abr. 2021.

seus dados para exploração comercial e publicidade é fato notório e já amplamente documentado⁸¹⁸.

Em paralelo, não se pode deixar de reconhecer também a abusividade do uso de dados de adolescentes para a microsegmentação publicitária – além de todos os prejuízos colaterais a esses sujeitos que o modelo que prioriza tal prática envolve. Ainda que, de acordo com o princípio do desenvolvimento progressivo de suas capacidades e autonomia, a maturidade dos adolescentes para lidar com o caráter persuasivo da comunicação mercadológica seja diferente da de crianças, é pacífico que adolescentes atravessam fase sensível de desenvolvimento biológico e psíquico.

Nesse sentido, são igualmente vulneráveis a táticas persuasivas de modulação comportamental e de pressão para tomada de decisão construídas com base em seus dados pessoais, pois ainda estão em um processo inconcluso de desenvolvimento, especialmente do sistema endócrino e límbico, incluindo a expressiva neuroplasticidade e imaturidade do córtex pré-frontal, parte do cérebro responsável pelas funções executivas, como a diferenciação de pensamentos conflitantes, tomadas de decisão, consciência das consequências de ações no futuro e, ainda, o controle inibitório, atividade essencial para o refreamento de ações que envolvem perigo ou avaliação de riscos, inclusive no âmbito digital⁸¹⁹. Assim, adolescentes, quando diante de publicidades construídas e direcionadas com

⁸¹⁸ Uma série de pesquisas indicam a presença de crianças em plataformas digitais voltadas a maiores de 13 ou 18 anos. Nesse sentido: CORRÊA, Luciana. Geração YouTube: um mapeamento sobre o consumo e a produção de vídeos por crianças. ESPM Media Lab, 2016. Disponível em: <https://criancaeconsumo.org.br/biblioteca/geracao-youtube-um-mapeamento-sobre-o-consumo-e-a-producao-de-videos-por-criancas/>. Acesso em 04 abr. 2020; e MOBILETIME; OPINIONBOX. Crianças e smartphones no Brasil, cit..

⁸¹⁹ Ver mais em: UNICEF. The Adolescent Brain: A second window of opportunity, cit..

base no perfilamento de seus dados pessoais têm, igualmente, dificuldade de responder com igualdade essa pressão pela modulação comportamental de seus hábitos de consumo, consubstanciando-se a microssegmentação publicitária que tem como alvo esses indivíduos em prática que se utiliza de suas vulnerabilidades e aproveita-se de suas fragilidades.

Os atores envolvidos na publicidade digital, por sua vez, não só estão cientes da vulnerabilidade do público adolescente, mas trabalham em métodos para dela se aproveitar. Em 2017, foi vazado memorando do Facebook que indicava como a empresa tinha a capacidade de identificar, a partir do monitoramento em tempo real de *posts* e fotos, quando um adolescente se sente inseguro, desvalorizado, estressado, derrotado, ansioso ou precisando de um reforço a sua autoconfiança⁸²⁰. Tal identificação, como se sabe, serve para que as empresas possam direcionar conteúdos que prenderão a atenção do adolescente – ou, no caso da publicidade, que se utilizarão das fragilidades daquele indivíduo para explorar-lhe comercialmente, buscando nele despertar um específico desejo de consumo.

Hoje, esse *modus operandi* de plataformas digitais de exigir que crianças – ainda que não reconhecidamente – e adolescentes sejam sujeitos a essas práticas de microssegmentação publicitária e exploração comercial, que os centralizam como objetos da cultura consumista, contrariando direitos inerentes ao seu livre e saudável desenvolvimento, em troca da possibilidade de vivenciarem espaços digitais que assumiram caráter de inegável importância para a socialização e livre expressão de jovens, é extremamente injusto e antiético e, igualmente, ilegal.

⁸²⁰ LEVIN, Sam. Facebook told advertisers it can identify teens feeling 'insecure' and 'worthless'. The Guardian, San Francisco, 01 mai. 2017. Disponível em: <https://www.theguardian.com/technology/2017/may/01/facebook-advertising-data-insecure-teens>. Acesso em: 04 abr. 2021.

Não é à toa que o Comitê dos Direitos da Criança da ONU lançou, em março de 2021, seu Comentário Geral n. 25, sobre os direitos da criança⁸²¹ em relação ao ambiente digital, o qual, expressamente, consigna que:

States parties should prohibit by law the profiling or targeting of children of any age for commercial purposes on the basis of a digital record of their actual or inferred characteristics, including group or collective data, targeting by association or affinity profiling.⁸²²

Tão relevante diretriz, ainda que bastante recente, já foi abraçada pelo ordenamento jurídico brasileiro, o qual determina, no *caput* do artigo 14 de sua Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais – LGPD (Lei 13.709/2018), que o tratamento de dados de crianças e adolescentes somente poderá se dar em seu melhor interesse, podendo ainda ser considerado que o diploma estabelece garantias aos dados pessoais de crianças e adolescentes de forma análoga à que faz com dados pessoais sensíveis⁸²³. Assim, qualquer operação que envolva o tratamento de dados de crianças e adolescentes não pode em nenhuma medida prejudicar seu desenvolvimento ou priorizar

⁸²¹ O Comentário Geral 25, nos moldes da Convenção sobre os Direitos da Criança da Organização das Nações Unidas, compreende “criança” com qualquer indivíduo entre 0 e 18 anos de idade. Estão abrangidos pelo texto normativo, portanto, crianças e adolescentes, de acordo com a terminologia adotada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente.

⁸²² UN/CRC/C/GC/25. General Comment No. 25 (2021) on children’s rights in relation to the digital environment. p. 7. Disponível em: <https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CRC/Pages/GCChildrensRightsRelationDigitalEnvironment.aspx>. Acesso em: 04 abr. 2021.

⁸²³ Nesse sentido, ver: HENRIQUES, Isabella; PITA, Marina; HARTUNG, Pedro. A proteção de dados pessoais de crianças e adolescentes. In BIONI, Bruno et. al. (coord.). Tratado de Proteção de Dados Pessoais. Rio de Janeiro: Ed Forense, 2020. pp. 199-225.

os interesses de outros atores que não esses indivíduos⁸²⁴, o que, certamente, não se verifica no caso da microsegmentação publicitária.

Nessa toada, somada tal previsão à Doutrina da Proteção Integral positivada na Constituição Federal e no ECA, bem como às normas consumeristas e à Resolução 163/14 do Conanda – as quais reforçam a abusividade da publicidade direcionada a crianças e, potencialmente, a adolescentes –, é evidente que o uso de dados pessoais ou metadados de crianças e adolescentes para microsegmentação publicitária trata-se de prática abusiva e conseqüentemente ilegal, nos termos do artigo 39 do CDC, ao se aproveitar da hipervulnerabilidade infanto-juvenil para fins de exploração comercial, em detrimento da satisfação dos direitos de tais indivíduos.

4. DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE POR DESIGN E NO PROVIMENTO DE SERVIÇOS E PRODUTOS NO AMBIENTE DIGITAL

O imperativo legal – expresso no artigo 227 da Constituição Federal e em toda a Doutrina de Proteção Integral – de garantia dos direitos de crianças e adolescentes e seu melhor interesse com absoluta prioridade é válido igualmente para o ambiente digital, inclusive na concepção, desenvolvimento

⁸²⁴ Merece especial destaque a compreensão de que o legítimo interesse do controlador não poderá fundamentar atividades de tratamento de dados de crianças e adolescentes. Assim o é definido no artigo 6º do General Data Protection Regulation - GDPR: “1. Processing shall be lawful only if and to the extent that at least one of the following applies: (...) (f) processing is necessary for the purposes of the legitimate interests pursued by the controller or by a third party, except where such interests are overridden by the interests or fundamental rights and freedoms of the data subject which require protection of personal data, in particular where the data subject is a child”. Mais nesse sentido: HENRIQUES, Isabella; PITA, Marina; HARTUNG, Pedro. A proteção de dados pessoais de crianças e adolescentes, cit..

ou provimento de serviços e produtos por empresas ou por instituições públicas.

Serviços e produtos no ambiente digital devem sempre contemplar a real ou potencial presença de crianças e adolescentes como seus usuários diretos ou indiretos (ainda que tal presença esteja em desacordo com os próprios termos de uso e privacidade de plataformas ou aplicações), prevendo, assim, mecanismos eficientes de segurança digital. Nesse sentido, a responsabilidade pela proteção e cuidado de crianças e adolescentes no ambiente virtual não é exclusiva das famílias – por meio do consentimento e processos de mediação parental ou educomunicação –, mas é também do Estado – na fiscalização e responsabilização pelo descumprimento legal –, e das próprias empresas, as quais devem efetivar seu dever de proteção a crianças e adolescentes, seus direitos e melhor interesse tanto no *design* de seus produtos ou serviços⁸²⁵, como no seu provimento, incluindo as atividades de tratamento de dados pessoais. Empresas são obrigadas constitucionalmente, pelo artigo 227, no Brasil, a promoverem e protegerem os direitos de crianças e adolescentes no ambiente virtual, algo reforçado internacionalmente pelo já referido Comentário Geral n. 25 que concluiu em seu item 35:

The business sector, including not-for-profit organizations, affects children’s rights directly and indirectly in the provision of services and products relating to the digital environment. Businesses should respect children’s rights and prevent and remedy abuse of their rights in relation to the digital environment. States parties have the obligation to ensure that businesses meet those responsibilities. The business sector, including not-for-profit organizations, affects children’s rights directly and

⁸²⁵ Sobre isso ver mais em: HARTUNG, Pedro. The children’s rights-by-design standard for data use by tech companies, cit., p. 2.

indirectly in the provision of services and products relating to the digital environment. Businesses should respect children's rights and prevent and remedy abuse of their rights in relation to the digital environment. States parties have the obligation to ensure that businesses meet those responsibilities.⁸²⁶

Assim, a proteção de crianças e adolescentes no ambiente digital por empresas inclui, dentre outras práticas: (i) uma governança que integre seus direitos e melhor interesse nas políticas corporativas e modelos de negócio; (ii) a garantia, por *design*, nos serviços e produtos de mecanismos de proteção, como a minimização de tratamento de dados, espaços digitais livre de exploração comercial ou mecanismos protetivos por *default*; e (iii) o provimento desses serviços e produtos igualmente de acordo com os direitos de crianças e seu melhor interesse, como na avaliação do impacto de proteção de dados pessoais, o seu uso não prejudicial ou compartilhamento para terceiros e com práticas e políticas transparentes, acessíveis e compreensíveis.

Tal determinação legal inclui, portanto, que o tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes no Brasil – os quais, conforme destacado, estão protegidos diretamente pelo artigo 14 da LGPD e por outros diplomas legais, como o ECA e o CDC –, mesmo se presente consentimento parental expresso e inequívoco, não seja realizado para microssegmentação publicitária, na medida em que a prática não atende ao melhor interesse desses titulares.

Destarte, a presença de crianças e adolescentes no ambiente virtual exige uma transformação em serviços e produtos cujo modelo de negócio seja a exploração comercial de dados pessoais desses indivíduos. Tal caminho é possível, por

⁸²⁶ UN/CRC/C/GC/25. General Comment No. 25 (2021) on children's rights in relation to the digital environment, cit., p. 6.

exemplo: pelo reconhecimento e identificação de crianças e adolescentes nas plataformas e redes sociais; abstenção do tratamento de dados pessoais desses indivíduos para fins comerciais; identificação de conteúdos para esses públicos; e impedimento expresso de realização de publicidade mecânica ou velada em tais conteúdos, perfis ou canais infanto-juvenis, conforme prática já desenvolvida por algumas plataformas, como o próprio YouTube, após acordo com a *Federal Trade Commission* nos EUA.

Cumpre, assim, às empresas a devida diligência (*due diligence*) na garantia dos direitos de crianças e adolescentes e seu melhor interesse, permitindo que crianças e adolescentes possam transitar de forma livre e segura nos ambientes virtuais, colocando-os a salvo de toda forma de “negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”⁸²⁷, inclusive a exploração comercial realizada pela publicidade microssegmentada e a eles dirigida com base em seus dados pessoais.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Considerando que o direcionamento de publicidade a crianças com menos de 12 anos de idade, em qualquer mídia, é prática abusiva no Brasil, e que o uso de dados pessoais e metadados na microssegmentação de publicidade no ambiente digital apresenta-se como prática ainda mais lesiva, opaca e de difícil identificação por parte de crianças e também de adolescentes, constata-se que tais práticas de exploração comercial não estão em conformidade com o melhor interesse e direitos de crianças e adolescentes, sendo, portanto, ilegais.

⁸²⁷ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, artigo 227, caput. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

É dizer, conclui-se que, no Brasil, a prática de microssegmentação publicitária a partir de dados de crianças e adolescentes é abusiva e, portanto, ilegal nos termos da LGPD, do CDC, do ECA e do próprio artigo 227 da Constituição Federal, pois se aproveita de indivíduos em estágio peculiar de desenvolvimento, protegidos com absoluta prioridade pela legislação nacional e internacional.

Devem, portanto, as empresas e todos os atores do ecossistema digital respeitar a hipervulnerabilidade de crianças e adolescentes em relações comerciais, além de promover com absoluta prioridade seus direitos fundamentais por *design*, no desenvolvimento, e pela devida diligência (*due diligence*) no provimento de serviços e produtos digitais, o que significa a adaptação de tais produtos e serviços que hoje operam a partir da exploração comercial desses indivíduos, para fins de cessação da prática de microssegmentação publicitária com base em dados de crianças ou adolescentes.

DESAFIOS PARA A TUTELA DA PRIVACIDADE INFANTIL NA ERA DIGITAL: FERPA, COPPA, GDPR E LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS⁸²⁸

Mario Viola⁸²⁹
Vanessa Vargas⁸³⁰

1. INTRODUÇÃO

As plataformas da *Web 2.0*, e recentemente as da *Web 3.0* e a Internet das Coisas, representam um importante avanço na vida de adultos e crianças em todas as partes do mundo, combinando um aumento de eficiência com uma ampla disponibilidade de novas ferramentas que potencializam a criatividade individual e a produção coletiva. Essas plataformas facilitam a participação pública e o acesso à informação, tornando a internet uma ferramenta importante da sociedade moderna. Como parte integrante desta infra-estrutura, grandes quantidades de dados pessoais estão sendo coletadas e tratadas através do uso de algoritmos, com o objetivo de fornecer informações mais

⁸²⁸ Partes deste capítulo foram publicadas em inglês, pelo primeiro autor, no artigo *Child Privacy in the Age of Web 2.0 and 3.0: Challenges and opportunities for policy*. Innocenti Discussion Paper 2017-03. Disponível em <<https://www.un-ilibrary.org/content/papers/25211110/19>>.

⁸²⁹ Mario Viola é Doutor em Direito pelo European University Institute e Mestre em Direito Civil pela UERJ. Atualmente é Pesquisador Associado do Centre for Media Pluralism and Media Freedom do Instituto Universitário Europeu (Florença, Itália) e Consultor do ITS Rio para temas relacionados à privacidade e proteção de dados pessoais.

⁸³⁰ Vanessa Vargas é advogada e pós-graduada em processo civil pela Cândido Mendes. Experiência profissional de quase três anos no Siqueira Castro Advogados e dois anos no IBMEC, dentro da coordenadoria do curso de Direito. Foi assistente de ensino e de pesquisa na pós-graduação em Direito Empresarial na Fundação Getúlio Vargas (FGV LAW PROGRAM). Hoje é coordenadora da área de educação do ITS Rio e da pós-graduação em Direito Digital do ITS em parceria com a UERJ-CEPED. Atualmente, é mestranda no PPGD UERJ.

relevantes e melhores serviços. Embora as vantagens desse tratamento automatizado de dados sejam claras, os desafios em torno da privacidade e proteção de dados, especialmente para crianças, são igualmente grandes.

Várias estruturas e sistemas são utilizados para o desenvolvimento de atividades na web, desde compartilhamento de conteúdo (fotos, vídeos e informações), montagem de blogs e participação em redes sociais, até produção de conteúdo intelectual coletivo. Além disso, nessa nova realidade, o comércio eletrônico ganhou outra dimensão que vai para além das fronteiras físicas tradicionais dos países. Um exemplo são os sites de leilão como o eBay ou Mercado Livre, que permitem a compra de produtos em todo o mundo, mesmo em países onde esses produtos não são distribuídos pelos seus fabricantes.

Neste novo panorama da Internet, as plataformas Web representam uma grande evolução, combinando eficiência com uma ampla disponibilidade de ferramentas de informática que aumentam a criatividade individual e a produção coletiva, bem como facilitam a participação pública, tornando a Internet uma ferramenta para seus usuários, sendo eles adultos ou crianças.

A Internet tornou-se um instrumento de fácil acesso e de utilização para os seus usuários. Hoje, criar um blog – ou mesmo “postar” vídeos – não requer um conhecimento profundo de ciência da computação. *Plug and play* já está defasado e agora não se necessita mais conectar fisicamente a qualquer equipamento, a ordem do dia é o *wi-fi* ou *bluetooth*, e qualquer criança com um mínimo de familiaridade com um aparelho de telefone celular consegue adquirir e usar aplicativos que permitem a utilização de novas plataformas que possibilitam navegação no ambiente virtual, seja para fins de opiniões sobre questões específicas, enviar e visualizar notícias, divulgar

e visualizar obras científicas e literárias, fotografias e vídeos, participar de jogos *online*, ou até mesmo desenvolver sistemas de computador de acesso aberto.⁸³¹

O processamento de enormes quantidades de dados pessoais através do uso de técnicas de mineração de dados que se seguem a partir deste novo cenário tornou-se um assunto de interesse amplo e atual. Este tratamento de dados afeta todos os usuários da web, mas é de especial importância quando se trata de grupos vulneráveis e principalmente de menores, devido à falta de assertividade e compreensão dos riscos e consequências posteriores ao tratamento dos seus dados pessoais. Na verdade, geralmente nem mesmo os pais entendem a forma pela qual é realizado o tratamento dos dados dos seus filhos.⁸³²

Em regra, as crianças desconhecem seus direitos relativos à proteção de seus dados pessoais e os riscos a que estão expostos *online*, sendo em grande parte ignorantes do fato de que cada movimento digital que elas fazem é gravado e que suas curiosidades inerentes à infância e juventude podem ter um grande impacto sobre seus direitos fundamentais – em especial a privacidade e proteção de seus dados pessoais.⁸³³

⁸³¹ SARTOR, Giovanni; CUNHA, Mario Viola de Azevedo. The Italian Google-Case: Privacy, Freedom of Speech and Responsibility of Providers for User-Generated Contents. *International Journal of Law and Information Technology*. Volume 18, número 4, 2010. Oxford University. p. 374.

⁸³² LIVINGSTONE, Sonia; CARR, John; BYRNE, Jasmina. One in Three: Internet Governance and Children's Rights. Office of Research - Innocenti. 2016. p. 11. Disponível em: <https://www.unicef-irc.org/publications/pdf/idp_2016_01.pdf>.

⁸³³ JASMONTAITE, Lina; DE HERT, Paul. The EU, children under 13 years, and parental consent: a human rights analysis of a new, age-based bright-line for the protection of children on the Internet. *International Data Privacy Law*, 2015, Vol. 5, Nº. 1. p. 20.

Neste contexto, e apenas a título exemplificativo, no dia 12 de maio de 2017 um *hacker* invadiu sistemas de empresas e órgãos públicos e espalhou um vírus do tipo *ransomware* que realiza sequestro dos dados das máquinas. Após a infestação dos sistemas foram enviados pedidos de resgate para as empresas e governos vitimados em troca da liberação dos dados roubados – que incluíam dados pessoais dos clientes dessas empresas e de cidadãos dos países vitimados. Esse ataque atingiu 74 países, prejudicando multinacionais de comunicação e sistemas de saúde públicos.⁸³⁴ No Brasil, mais recentemente, diversas foram as notícias de vazamentos de dados envolvendo grande parte (ou mesmo toda) da população brasileira⁸³⁵ e de atuação de *hackers*, que chegaram a deixar indisponível o sistema do Superior Tribunal de Justiça.⁸³⁶

Entretanto, apesar das sérias ameaças que essas questões representam para a privacidade *online* (e mesmo *offline*), especialmente para as crianças, e o consequente desenvolvimento da discussão sobre a importância da proteção da privacidade *online*, os documentos internacionais adotados sobre este assunto normalmente não fazem referência à

⁸³⁴ Hackers atacam instituições do mundo todo e pedem “resgate” via bitcoin Disponível em: <<http://revistagalileu.globo.com/Ciencia/noticia/2017/05/hackers-atacam-instituicoes-do-mundo-todo-e-pedem-resgate-bitcoin.html>>.

⁸³⁵ VASCONCELLOS, Hygino. Vazamento de dados de 220 milhões de pessoas: o que sabemos e quão grave é. Tilt, 28 de janeiro de 2021. Disponível em <<https://www.uol.com.br/tilt/noticias/redacao/2021/01/28/vazamento-expoe-dados-de-220-mi-de-brasileiros-origem-pode-ser-cruzada.htm?cm-pid=copiaecola>>

⁸³⁶ Veja ROLFINI, Fabiana. Hackers invadem sistema do STJ; site está fora do ar. Olhar Digital, 4 de novembro de 2020. Disponível em <<https://olhardigital.com.br/2020/11/04/seguranca/hackers-invadem-sistema-do-stj-site-esta-fora-do-ar/>>

privacidade das crianças. Exemplo disso é a Resolução da AG da ONU sobre privacidade on-line.⁸³⁷

Da mesma forma, outros instrumentos recentemente adotados no âmbito nacional, como o Marco Civil da Internet,⁸³⁸ ou a Declaração Italiana dos Direitos da Internet,⁸³⁹ não têm qualquer dispositivo sobre a proteção da privacidade das crianças.⁸⁴⁰ Uma exceção a esta regra é a resolução do Conselho de Direitos Humanos da ONU, de março de 2018, sobre privacidade na era digital, que incluiu, dentre os instrumentos de direitos humanos a serem observados na interpretação dos dispositivos nela contidos, a Convenção sobre os direitos da criança.⁸⁴¹

Considerando este cenário, o presente capítulo analisará brevemente os principais riscos para a privacidade das crianças no ambiente virtual e os diferentes modelos regulatórios adotados para o tema, com foco na experiência brasileira sobre

⁸³⁷ United Nations General Assembly. Resolution 68/167 on The right to privacy in the digital age. Ratificada em 18 de dezembro de 2013. Disponível em: <http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/68/167>.. O Relator Especial das Nações Unidas sobre o Direito à Privacidade anunciou que no seu relatório a ser apresentado em março de 2021 tratará da privacidade infantil. Veja <https://www.ohchr.org/EN/Issues/Privacy/SR/Pages/CFI_Privacy_and_Children.aspx>.

⁸³⁸ SOUZA, Carlos Affonso Pereira, VIOLA, Mario, LEMOS, Ronaldo. UNDERS-TANDING BRAZIL'S INTERNET BILL OF RIGHTS. 1st ed. Instituto de Tecnologia e Sociedade do Rio de Janeiro: Rio de Janeiro, 2015. Versão em inglês. Disponível em: <<http://itsrio.org/wp-content/uploads/2015/11/Understanding-Brazils-Internet-Bill-of-Rights.pdf>>.

⁸³⁹ Versão oficial em inglês disponível em: <http://www.camera.it/application/xmanager/projects/leg17/commissione_internet/testo_definitivo_inglese.pdf>.

⁸⁴⁰ Ao contrário, o Marco Civil da Internet, em seu art. 29, prevê a possibilidade de controle parental do conteúdo acessado pelos menores na rede, através da utilização de softwares de controle parental.

⁸⁴¹ Disponível em: <http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/HRC/34/L.7/Rev.1>.

a matéria, em especial a recém-aprovada Lei nº 13.7098, de 14 de agosto de 2018 (Lei Geral de Proteção de Dados – LGPD).

2. RISCOS ONLINE PARA A PRIVACIDADE DAS CRIANÇAS

Existem diferentes ameaças às crianças *online* – algumas delas já conhecidas antes mesmo do advento da Internet –, que ganharam uma nova dimensão com a chegada da web. Exemplos de riscos que as crianças enfrentam *online* incluem, mas não estão limitados a *cyberbullying*,⁸⁴² *cyberstalking*,⁸⁴³ roubo de identidade e exposição a conteúdo de publicidade indesejados ou inadequados,⁸⁴⁴ além de outros riscos inerentes ao uso da web, como o caso do jogo chamado de ‘Desafio da Baleia Azul’.⁸⁴⁵ De fato, em razão desse “jogo”, que ganhou grande repercussão na mídia nacional, diversos projetos de lei foram apresentados por parlamentares no Congresso Nacional com o objetivo de punir os provedores de aplicação caso não

⁸⁴² Cyberbullying encompasses the use of ICTs to harm a victim or victims in deliberate, repeated, hostile ways. In: UNODC. Study on the Effects of New Information Technologies on the Abuse and Exploitation of Children. Viena, Maio de 2014. p. 13.

⁸⁴³ Cyber-stalking is commonly understood as a course of action that involves more than one incident perpetrated through or utilizing electronic means that causes distress, fear or alarm. In Ibid. p. 13.

⁸⁴⁴ SHIN, Wonsun; KANG, Hyunjin. Adolescent’s privacy concerns and information disclosure online: The role of parents and the internet. Computers in Human Behavior. 54. 2016. p. 115.

⁸⁴⁵ Este jogo propõe desafios perigosos aos usuários, possuindo 50 etapas, e nesta última, a missão é acabar com a própria vida. Veja: Entenda o “Jogo da Baleia Azul” e os riscos que ele representa. Gazeta. [s.l.], 14 abr. 2017. Disponível em <http://beta.gazetaonline.com.br/bem_estar_e_saude/2017/04/entenda-o-jogo-da-baleia-azul-e-os-riscos-que-ele-representa-1014044768.html>

removam, de forma diligente, o conteúdo de incitação ou de facilitação do suicídio, após a notificação do usuário.⁸⁴⁶

Além dos exemplos supracitados, crianças e adolescentes também são alvos importantes para as empresas, pois influenciam as decisões de consumo das famílias⁸⁴⁷, o que torna os dados extraídos sobre seus hábitos e comportamento *online* tão atraentes, já que podem ajudar as empresas a desenvolver adequadamente suas estratégias de negócios para obter essa importante parcela do mercado *online*. Como destacado por alguns autores, a atividade online das crianças é sua principal atividade na vida de hoje e eles representam um segmento de consumo muito importante⁸⁴⁸.

Neste sentido, há um exemplo recorrente no dia a dia das crianças, o acesso ao canal do *You Tube*. Neste canal há técnicas que se destacam para vídeos que divulgam produtos: *unboxing/unwrapping* (ato de desembalar novo produto). Essa prática faz com que as crianças sejam produtoras de conteúdos e

⁸⁴⁶ Exemplos de projetos de lei neste sentido são o 7458/2017, que altera a Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014, para dispor sobre a retirada de conteúdo na internet que induza, instigue ou auxilie a automutilação ou o suicídio, como o jogo denominado “baleia azul”, e o 6989/2017, que Altera o Marco Civil da Internet, Lei no 12.965, de 23 de abril de 2014, para incluir procedimento de retirada de conteúdos que induzam, instiguem ou auxiliem a suicídio de aplicações de internet.

⁸⁴⁷ DONEDA, Danilo; ROSSINI, Carolina. Proteção de dados de crianças e adolescentes na Internet. In: ALMEIDA, Virgílio Augusto Fernandes. TIC Kids Online Brasil. São Paulo: CGI.BR, 2015. p. 37. Disponível em: <https://cetic.br/media/docs/publicacoes/2/TIC_Kids_2014_livro_eletronico>. p. 37.

⁸⁴⁸ SHIN, Wonsun; KANG, Hyunjin. Adolescent’s privacy concerns and information disclosure online: The role of parents and the internet. *Computers in Human Behavior*. 54. 2016. p. 115.

consumidoras,⁸⁴⁹ além de gerar um problema ainda maior – não relacionado à privacidade infantil –, que é a mudança brusca na rotina das crianças e adolescentes enquanto produtores de vídeos. Em artigo publicado no livro TIC Kids Online Brasil 2015, Thaís Dantas e Renato Godoy, fazem a seguinte observação:

A produção e veiculação de vídeos em canais na Internet muitas vezes começam como uma brincadeira. Mas, com o tempo, essa atividade torna-se pesada na rotina da criança e do adolescente, pois lhe demanda uma agenda de compromissos, um dever de periodicidade nas publicações, uma obrigação de divulgar os produtos recebidos, entre outras responsabilidades.⁸⁵⁰

As diferentes ameaças à privacidade das crianças on-line se relacionam, também, com: i) coleta, análise e venda de dados de navegação das crianças; ii) uso de dados biométricos; iii) verificação da idade e uso obrigatório da identidade; iv) criptografia e segurança do dispositivo; v) vigilância governamental; vi) uso de controles parentais; e, vii) gestão da reputação online.⁸⁵¹

É importante destacar que nem todos os riscos vêm de empresas ou governos, já que até mesmo os pais podem representar sérios riscos para a privacidade de seus filhos. Casos

⁸⁴⁹ “A publicidade consiste em vídeos no YouTube em que crianças (ou mãos adultas) desembrulham objetos, brinquedos em especial, com uma narração. Ao apresentar e desvendar o objeto, essa técnica tem o poder de incitar o desejo nas crianças, além de interferir no seu brincar – ditando regras e assim contribuindo para reduzir sua capacidade imaginativa.” FONTENELLE, L. A onipresente publicidade infantil na internet. Disponível em: <<https://outras-palavras.net/sem-categoria/a-onipresente-publicidade-infantil-na-internet/>>.

⁸⁵⁰ DANTAS, Thaís; GODOY, Renato. Op. cit., p. 98.

⁸⁵¹ NYST, Carly. Privacy, protection of personal information and reputation rights. discussion paper series: children’s rights and business in a digital world. UNICEF: 2017. Disponível em: <https://www.unicef.org/csr/files/UNICEF_CRB_Digital_World_Series_PRIVACY.pdf>.

de *sharenting* – uma prática pela qual os pais compartilham informações pessoais e imagens de seus filhos sem o consentimento destes – se tornaram bastante comuns⁸⁵² e podem afetar não apenas a reputação de seus filhos, mas também criar outros problemas.⁸⁵³ Exemplos extremos de utilização indevida dessas fotos incluem a realização de montagens por terceiros com escopo pornográfico.

Em estudo feito em 2015 pela AVG, empresa de proteção e segurança da internet, concluiu-se que 81% das mães e pais no mundo postam fotos de seus filhos *online*. No Brasil, 94% dos pais adotam essa prática.⁸⁵⁴

Portanto, o fato de as crianças “muitas vezes não terem a consciência e a capacidade de prever as possíveis consequências (por exemplo, a divulgação de informações pessoais on-line pode torná-las universalmente acessíveis)”⁸⁵⁵ torna-os ainda mais vulneráveis a esses riscos. Não faltam casos de jovens que foram rejeitados para uma vaga de trabalho em razão do que havia sido publicado online a seu respeito.⁸⁵⁶ Como se não bastasse, a divulgação de informações pessoais *online* pode levar, em casos extremos, a consequências mais graves,

⁸⁵² Veja por exemplo, Stacey B. Steinberg. *Sharenting: Children’s Privacy in the Age of Social Media*. University of Florida Levin College of Law Legal Studies Research Paper Series. Paper n. 16-41. 2016. p.4.

⁸⁵³ *Ibid.* p. 17-18.

⁸⁵⁴ Disponível em: <<https://painelpolitico.com/entenda-o-perigo-de-postar-fotos-de-criancas-nas-redes-sociais/>>.

⁸⁵⁵ OECD. Report on the protection of children online: risks faced by children online and policies to protect them. Op. cit. p. 34.

⁸⁵⁶ OECD. Report on the protection of children online: risks faced by children online and policies to protect them. Op. cit. p. 37.

como o suicídio da jovem italiana que lutou por meses para ter um vídeo de ter sexo removido da internet.⁸⁵⁷

Por outro lado, as leis existentes geralmente não salvaguardam suficientemente a privacidade *online* das crianças,⁸⁵⁸ tema esse que será o objeto de análise no próximo tópico.

3. A PROTEÇÃO DA PRIVACIDADE DAS CRIANÇAS – MECANISMOS REGULATÓRIOS

A adoção de normas destinadas a proteger a privacidade das crianças e as suas informações pessoais não é nova. Em 1974, os Estados Unidos adotaram a Lei de Direitos Educacionais e Privacidade da Família – FERPA (*Family Educational Rights and Privacy Act*), com o objetivo proteger a privacidade das crianças e de suas famílias. Essa lei – que ainda está em vigor – proíbe as instituições educacionais que recebem financiamento federal de

⁸⁵⁷ Ambos os casos, dos jovens adultos que perderam seus empregos e od suicídio das jovens, foram consequência da divulgação online de informações pessoais, o que atrai a necessidade de se discutir a ideia de um “direito a ser esquecido” - não só um Direito à desindexação, conforme discutido no processo do Tribunal de Justiça da União Europeia sobre o tema - Google Espanha -, o que poderia funcionar como uma solução para garantir que as crianças não sofram de sua falta de compreensão completa dos riscos envolvidos na publicação de informações pessoais online. Um exemplo de uma lei que reconhece tal direito para crianças é o adotado pelo Estado da Califórnia dos EUA. Disponível em: <http://www.dataprotectionreport.com/2015/01/california-enacts-right-to-be-forgotten-for-minors/>.

⁸⁵⁸ OECD. Report on the protection of children online: risks faced by children online and policies to protect them. Op. cit. p. 34.

liberar registros educacionais⁸⁵⁹ para pessoas não autorizadas.⁸⁶⁰ Em relação aos alunos menores de 18 anos, a FERPA depende principalmente do consentimento dos respectivos pais ou representantes legais. Um requisito interessante contido no FERPA é a obrigação de envio de uma notificação anual aos alunos e seus pais (quando for o caso) informando-os sobre seus direitos relativos ao tratamento de seus dados pessoais.⁸⁶¹

A mesma abordagem baseada no consentimento dos pais foi adotada por outra lei dos EUA, a Lei de Privacidade *Online* das Crianças (*Children's Online Privacy Protection Act*, ou simplesmente COPPA, como ficou mundialmente conhecido) e a Regra de Proteção de Privacidade *Online* da Criança (*Children's Online Privacy Protection Rule*, conhecida como COPPA Rule).⁸⁶² Estas normas aplicam-se a prestadores de serviços *online* que oferecem serviços destinados a crianças menores de 13 anos.⁸⁶³ De acordo com a COPPA, um provedor de serviços

⁸⁵⁹ De acordo com a FERPA, os "registros educacionais" incluem o nome e endereço de um aluno ou membro da família de um aluno, identificadores pessoais, identificadores indiretos e outras informações que permitem pessoa comum na comunidade escolar identificar o estudante de maneira fácil. Dalia Topelson et al. *Privacy and Children's Data - An Overview of the Children's Online Privacy Protection Act and the Family Educational Rights and Privacy Act*. Berkman Center for Internet & Society Research Publication Series, Research Publication n. 2013-23. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2354339>.

⁸⁶⁰ TOPELSON, Dalia, et al., 'Privacy and Children's Data - An Overview of the Children's Online Privacy Protection Act and the Family Educational Rights and Privacy Act', Berkman Center Research Publication No. 23, November 2013. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2354339>, p. 1.

⁸⁶¹ Ibid. p.4

⁸⁶² Os dois instrumentos estão disponíveis em: <https://www.ftc.gov/enforcement/rules/rulemaking-regulatory-reform-proceedings/childrens-online-privacy-protection-rule>>.

⁸⁶³ TOPELSON, Dalia, et al., Op. cit. p. 9. "FTC encourages operators to protect information collected from teenagers aged 13 and over as well."

online tem que obter o consentimento verificável dos pais “antes de qualquer coleta, uso ou divulgação de informações pessoais de uma criança.”⁸⁶⁴ Carolina Rossini e Danilo Doneda especificaram a seguinte estrutura básica da Lei COPPA para os sites que coletam informações pessoais dos menores de idade:

Avisar no site quais as informações são coletadas de crianças e adolescentes por parte do seu operador, como ele usa tais informações e suas práticas de divulgação; 2. Obter autorização parental para a coleta, utilização ou divulgação de informações pessoais de crianças e adolescentes; 3. Fornecer aos pais acesso às informações coletadas de seus filhos; e 4. Estabelecer e manter procedimentos razoáveis para proteger a confidencialidade, segurança e integridade de informações pessoais coletadas de crianças e adolescentes.⁸⁶⁵

Outros países adotaram disposições semelhantes, exigindo o consentimento dos pais antes do processamento dos dados pessoais das crianças, como África do Sul⁸⁶⁶ e Espanha,⁸⁶⁷

⁸⁶⁴ US Federal Trade Commission. Children’s Online Privacy Protection Rule. § 312.5 Parental consent. Disponível em: < <https://www.ftc.gov/system/files/2012-31341.pdf>.>

⁸⁶⁵ Proteção de dados de crianças e adolescentes na Internet. TIC Kids Brasil on line 2014. Disponível em: <http://cetic.br/media/docs/publicacoes/2/TIC_Kids_2014_livro_eletronico.pdf.>

⁸⁶⁶ Protection of Personal Information Bill. 2009. Disponível em: <<http://www.up.ac.za/media/shared/9/HumPdf%20docs/Postgrad%20Research%20Docs/protection-of-personal-information-2009.zp53213.pdf>.>.

⁸⁶⁷ Veja: AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS. Guidelines on rights of children and duties of parents, 2008. Disponível em: <https://www.agpd.es/portaIwebAGPD/canaIdocumentacion/publicaciones/common/pdfs/RECOMEND_MEN_MAY_eng.pdf.>

embora o limite de idade seja diferente: nos EUA – sob a COPPA – é de 13 anos, na Espanha de 14⁸⁶⁸ e na África do Sul 18.⁸⁶⁹

A Lei norte-americana (COPPA) acaba por influenciar leis de outros países, inclusive o Brasil, já que sites americanos de redes sociais são utilizados em todo o mundo (p.ex. Facebook, Instagram, Twitter, TikTok etc) e estes sites têm como *standard* normativo a lei americana.⁸⁷⁰ No Brasil, apesar de existir uma lei específica para regular a proteção de crianças e adolescentes (Lei 8.069, de 1990: Estatuto da Criança e Adolescente – ECA) com fundamento na Constituição Federal⁸⁷¹, essa lei não traz qualquer previsão relativa ao tratamento de dados pessoais, ainda mais no ambiente virtual. O Marco Civil da Internet (Lei n. 12.965/14), igualmente, apesar de possuir dispositivos que regulam o tratamento de dados pessoais nesse ambiente, não apresenta nenhuma especificidade quanto às crianças,

⁸⁶⁸ Na União Europeia, diante da possibilidade conferida pelo Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados Pessoais (GDPR) de que os Estados-Membros estabelecessem limites de idades distintos – entre 13 e 16 anos - para a dispensa do consentimento parental, países adotaram distintos limites. Vide *The changing patchwork of the child's age of consent for data processing across the EU* (January 2019). Disponível em: <https://www.betterinternetforkids.eu/en_US/web/portal/practice/awareness/detail?articleId=3017751>.

⁸⁶⁹ República da África do Sul, *Protection of Personal Information Bill, 2009*. Disponível em: <www.up.ac.za/media/shared/9/HumPdf_docs/Postgrad_Research_Docs/protection-of-personal-information-2009.zp53213.pdf>.

⁸⁷⁰ Disponível em: <<http://www.techtudo.com.br/noticias/noticia/2014/05/sete-servicos-de-internet-e-redes-sociais-proibidos-para-criancas.html>>.

⁸⁷¹ Art. 227: “É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, 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.”

valendo-se exclusivamente do consentimento do titular do dado.⁸⁷²

Vale ressaltar, contudo, que a Lei nº 13.709/18,⁸⁷³ conhecida como Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais ou simplesmente LGPD, possui uma seção específica sobre o tratamento de dados pessoais de crianças e de adolescentes (Seção III do Capítulo II). A LGPD, contudo, não inovou em relação à COPPA, tendo mantido a exigência de “consentimento específico e em destaque dado por pelo menos um dos pais ou pelo responsável legal”. Na verdade, parece-nos que a redação do caput e do parágrafo 1º do artigo 14 da LGPD pode dar ensejo a interpretações distintas quanto à idade limite para a dispensa de consentimento dos pais ou responsáveis legais, isto porque falam em ‘crianças’ e ‘adolescentes’, linguagem utilizada pelo ECA, mas não pelo Código Civil, que seria a legislação pertinente para tratar de capacidade para consentir. Assim, existem dois caminhos interpretativos possíveis: i) o legislador quis estabelecer uma regra distinta para o consentimento para fins de consentimento, sendo dispensável o consentimento parental ou do responsável legal a partir de 12 (doze) anos, que é a idade a partir da qual uma pessoa é considerada adolescente, na forma do art. 2º do ECA; ii) os menores de 16 (dezesesseis) anos serão representados por seus pais ou responsáveis legais e a partir dessa idade serão por eles assistidos, na forma do que estabelecem os artigos 3º, caput e 4º, I do Código Civil. A discussão sobre a pertinência de uma ou outra opção, contudo, não é o foco deste trabalho.⁸⁷⁴

⁸⁷² Parece-nos que a regra aqui será do consentimento parental como no COPPA, seguindo as disposições sobre a capacidade civil previstas na Legislação Civil.

⁸⁷³ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13709.htm.

⁸⁷⁴ O nosso entendimento, contudo, é de que a segunda hipótese seria a correta, aplicando-se a regra de capacidade prevista no Código Civil.

A LGPD, por sua vez, estabelece algumas regras específicas para o tratamento de dados de crianças (ela apenas se refere a adolescentes no caput do artigo 14, o que nos leva a crer que a proteção especial trazida por essa seção da lei não se aplica a eles), exigindo que “os controladores deverão manter pública a informação sobre os tipos de dados coletados, a forma de sua utilização e os procedimentos para o exercício dos direitos” e que não deverão condicionar sua participação “em jogos, aplicações de internet ou outras atividades ao fornecimento de informações pessoais além das estritamente necessárias à atividade”.

Além disso, devem os controladores assegurar que as informações sobre o tratamento de dados “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.”

Há de se destacar que existiam alguns projetos de lei em tramitação no congresso nacional que visavam regular o tratamento de dados de menores no ambiente virtual, porém foram arquivados em razão do término do mandato legislativo daqueles que os propuseram. Esse é o caso do PL nº 1746/15⁸⁷⁵, que propunha acrescenta o Capítulo IV-A (Da Proteção dos Dados de Crianças e Adolescentes na Internet) no Título dos Direitos Fundamentais da Lei nº 8.069/90 – ECA a garantia de proteção de dados na Internet; e do PL nº 7689, de 23/05/17, que previa a inclusão de três novos parágrafos no artigo 29

⁸⁷⁵ Projeto de Lei nº 1746/15. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1341836&filenome=PL+1746/2015.>

do Marco Civil da Internet referentes à educação digital e à exigência de inclusão de mecanismos de controle parental.⁸⁷⁶

Esses projetos de lei traziam como ponto norteador a ideia de controle e consentimento parental o que, na nossa opinião, não leva em consideração o grau de desenvolvimento e discernimento da criança e/ou adolescente e acaba por restringir sua liberdade de expressão e mesmo por violar sua privacidade, já que os pais, para consentir com determinado tratamento de dados de seus filhos, acabarão por necessariamente monitorar o que eles fazem *online*, o que, além de violar a privacidade destes, acaba por restringir sua liberdade de expressão, já que uma vez sabendo que seus pais têm conhecimento do que fazem *online* provavelmente não expressarão livremente suas opiniões, especialmente quando estas forem contrárias às de seus pais. Essa preocupação, já estava em debate no Seminário Direitos, Adolescentes e Redes Sociais na Internet realizado em Montevideu no ano de 2009⁸⁷⁷:

Qualquer abordagem sobre o tema requer a consideração de duas dimensões: Por um lado, o reconhecimento de que as crianças e adolescentes são titulares de todos os direitos e, portanto, podem exercê-los em função de sua idade e maturidade, sendo suas opiniões consideradas em função da idade e maturidade. Por outro lado, considerar o fato de que por sua particular condição de desenvolvimento, elas têm o direito a uma proteção especial naquelas situações que possam ser prejudiciais para o seu desenvolvimento e os seus direitos.

⁸⁷⁶ Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2138727>.

⁸⁷⁷ Memorando sobre a proteção de dados pessoais e da privacidade nas redes sociais da Internet, principalmente em relação às crianças e adolescentes. Disponível em: <http://www.ijjusticia.org/docs/MemoMVD_Pt.pdf>

Ainda que se considere que em algumas situações o consentimento parental seja o melhor caminho, especialmente para aquelas situações nas quais a criança ainda não possua o discernimento suficiente para a tomada de decisões, ele não pode ser a única medida possível, e deve ser acompanhada de uma maior conscientização tanto de pais quanto de crianças com relação aos riscos e oportunidades gerados pela utilização da internet, e, também, de mecanismos para assegurar um maior grau de proteção dos dados pessoais no ambiente virtual, como, por exemplo, a mudança nas configurações de privacidade padrão das redes sociais.⁸⁷⁸ Além disso, deve ser considerada o que a Convenção sobre os direitos da criança chamou de “evolução de sua capacidade”, devendo ser concedida maior autonomia para as crianças à medida que demonstrem maiores condições e discernimento e que possam tomar decisões que lhes afetem.

O Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados Pessoais, ou simplesmente GDPR,⁸⁷⁹ apresenta alguns dispositivos que levam em consideração o melhor interesse das crianças⁸⁸⁰, apesar de manter, em linhas gerais, a lógica do consentimento parental, porém apenas para os menores absolutamente incapazes (na linguagem do nosso regime de capacidade civil), já que estabeleceu como limite máximo para a exigência de consentimento parental os 16 (dezesseis) anos, o que, na forma da legislação civil brasileira corresponderia ao menor absolutamente incapaz, sendo dispensado para os relativamente

⁸⁷⁸ Lina Jasmontaite and Paul De Hert. The EU, children under 13 years, and parental consent: a human rights analysis of a new, age-based bright-line for the protection of children on the Internet. cit. p.32.

⁸⁷⁹ Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:02016R0679-20160504&from=EN>>.

⁸⁸⁰ O termo ‘crianças’ é utilizado aqui numa acepção ampla, de menor de 18 anos, conforme previsto no art. 1º da Convenção dos Direitos da Criança da Organização das Nações Unidas.

incapazes – na perspectiva do Direito Brasileiro, com a ressalva que os distintos ordenamentos dos países membros da União Europeia possuem seus regimes específicos de capacidade civil.

A GDPR reconhece, por exemplo, em considerando 38 que:

As crianças merecem proteção especial quanto aos seus dados pessoais, uma vez que podem estar menos cientes dos riscos, consequências e garantias em questão e dos seus direitos relacionados com o tratamento dos dados pessoais. Essa proteção específica deverá aplicar-se, nomeadamente, à utilização de dados pessoais de crianças para efeitos de comercialização ou de criação de perfis de personalidade ou de utilizador, bem como à recolha de dados pessoais em relação às crianças aquando da utilização de serviços disponibilizados diretamente às crianças.

Além disso, reconhecendo a existência de um âmbito da privacidade das crianças que conflita com o consentimento parental, como já destacamos neste capítulo, a GDPR dispensa o consentimento parental para o tratamento de dados de menores “no contexto de serviços preventivos ou de aconselhamento oferecidos diretamente”⁸⁸¹ a eles. Esse dispositivo parece seguir na linha do que temos sustentado, de se buscar o melhor interesse da criança, na forma do que estabelece o art. 3º da já citada Convenção dos Direitos da Criança da Organização das Nações Unidas, que parece ter servido de inspiração para o art. 14 da LGPD, que faz referência expressa ao fato de que “[o] tratamento de dados pessoais de crianças e de adolescentes deverá ser realizado em seu melhor interesse”.

⁸⁸¹ Parte final do Considerando 38 da GDPR.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS: RESTRIÇÕES SOBRE PRIVACIDADE, LIBERDADE DE EXPRESSÃO E ACESSO À INFORMAÇÃO DAS CRIANÇAS

Conforme discutido acima, a maioria das soluções regulatórias que abordam a proteção da criança *online*, inclusive a nossa LGPD, dependem principalmente do consentimento dos pais com diferentes limites de idade.

Não estamos defendendo neste capítulo que crianças de qualquer idade possam acessar qualquer coisa na internet ou consentir com qualquer tratamento de seus dados pessoais. O certo, contudo, é que o acesso de crianças à rede está cada vez mais precoce. Segundo a pesquisa TIC Kids Online Brasil, 36% das crianças de 9 a 10 anos de idade acessaram a Internet pela primeira vez durante a fase da alfabetização, ou seja, por volta dos 6 e 7 anos.⁸⁸² O que defendemos aqui, portanto, é que essa lógica da exigência do consentimento parental não deve se aplicar a qualquer criança, independente de idade, nem tampouco a todo e qualquer tratamento de dados pessoais e não estamos sozinhos nesse posicionamento. Em estudo publicado pela UNICEF foi salientado que “exigir o envolvimento dos pais e o consentimento para o uso de serviços online amplamente disponíveis, por exemplo, pode impedir a liberdade de expressão das crianças, o acesso à informação e o desenvolvimento da alfabetização digital.”⁸⁸³ Essas limitações de direitos, conforme destacamos, podem acontecer por uma séria de razões.

⁸⁸² DANTAS, Thaís e GODOY, Renato. Youtubers mirins: mera expressão artística ou trabalho infantil? Disponível em: < http://cetic.br/media/docs/publicacoes/2/TIC_Kids_2015_LIVRO_ELETRONICO.pdf.>

⁸⁸³ NYST, Carly. Privacy, protection of personal information and reputation rights. discussion paper series: children’s rights and business in a digital world. UNICEF: 2017. Disponível em: < https://www.unicef.org/csr/files/UNICEF_CRB_Digital_World_Series_PRIVACY.pdf>, p.9.

Em primeiro lugar, confiar no envolvimento dos pais “contradiz os últimos dados empíricos que mostram que as crianças, em certa medida, estão cientes das ameaças à privacidade e têm as mesmas preocupações com o roubo de identidade e a exploração de dados como adultos.”⁸⁸⁴

Além disso, as crianças também devem poder agir de acordo com suas capacidades em evolução, conforme previsto no art. 12 da Convenção sobre os direitos da criança.⁸⁸⁵ Isso fica claro em uma pesquisa publicada pelo UNICEF *Office of Research – Innocenti*, que destaca que “A maioria das crianças mais velhas relatam saber como gerenciar suas configurações de privacidade *online*, uma indicação fundamental de suas habilidades digitais e de segurança.”⁸⁸⁶

Como se não bastasse, é cada vez mais comum pais compartilharem imagens e informações sobre seus filhos online,⁸⁸⁷ o que pode ter impactos na sua privacidade e reputação. Não à toa começam a aparecer casos em que filhos quando atingem a maioridade resolvem processar seus pais

⁸⁸⁴ Lina Jasmontaite and Paul De Hert. The EU, children under 13 years, and parental consent: a human rights analysis of a new, age-based bright-line for the protection of children on the Internet. *International Data Privacy Law*, 2015, Vol. 5, nº. 1. p 28-29.

⁸⁸⁵ Pierrine Robin. The Participation of Children in Care in the Assessment Process. In: Daniel Stoecklin, Jean-Michel Bonvin. *Children’s Rights and the Capability Approach: Challenges and Prospects*. Springer: Dordrecht Heidelberg New York London, 2014. p 198.

⁸⁸⁶ Jasmina Byrne; Daniel Kardefelt-Winther; Sonia Livingstone; Mariya Stoi-lova. *Global Kids Online (2016). Research synthesis 2015-2016*. UNICEF Office of Research Innocenti and London School of Economics and Political Science. Disponível em: www.unicef-irc.org/research/270/. p 5.

⁸⁸⁷ NYST, Carly. Privacy, protection of personal information and reputation rights. discussion paper series: children’s rights and business in a digital world. Cit. p.9.

por terem postados online imagens deles durante sua infância e adolescência.⁸⁸⁸

Assim, a ideia de apenas contar com a intervenção dos pais “opõe-se à ideia da participação das crianças no processo de tomada de decisão que lhes diz respeito – uma ideia ancorada na Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança”.⁸⁸⁹ Isso porque para os pais consentirem com o processamento dos dados pessoais dos seus filhos teriam de intervir nos espaços privados das crianças, tais como contas de jogos, contas de redes sociais e assim por diante, fazendo com que as crianças pudessem sofrer restrições no acesso à informação, bem como à liberdade de expressão, já que sabendo que seus pais têm acesso ao que acessam e dizem *online* provavelmente lhes inibiria. Imaginem situações nas quais os filhos buscam informações sobre saúde sexual e métodos contraceptivos, ou ainda quando manifestam opiniões políticas sobre determinado tema. Provavelmente não buscariam tais informações ou manifestariam certa opinião se seus pais estivessem monitorando o que fazem.

Consequentemente, garantir a privacidade das crianças *online* tem, na maioria dos casos, um impacto positivo no exercício dos outros direitos que acabamos de mencionar, o que significa que as iniciativas nessa direção também devem ter em mente os possíveis conflitos que terão para garantir o pleno exercício desses direitos e ser “consistente com a

⁸⁸⁸ Veja: Austrian teenager sues parents for ‘violating privacy’ with childhood Facebook pictures. Disponível em: <<http://www.telegraph.co.uk/news/2016/09/14/austrian-teenager-sues-parents-for-violating-privacy-with-childh>>.

⁸⁸⁹ Lina Jasmontaite and Paul De Hert. The EU, children under 13 years, and parental consent: a human rights analysis of a new, age-based bright-line for the protection of children on the Internet. *International Data Privacy Law*, 2015, Vol. 5, No. 1. p.22/23.

evolução das capacidades das crianças [e fornecer] orientação apropriada no exercício de seus direitos”⁸⁹⁰. O debate ainda está aberto e não existe uma solução definitiva para a questão. O que é certo é que deve ser dada maior relevância para a capacidade evolutiva da criança sob uma ótica não apenas de proteção contra riscos, mas, também, de empoderamento dessa mesma criança para o exercício de direitos (liberdade de expressão, acesso à informação, privacidade) para assegurar uma maior participação na tomada de decisões que lhe afetem. De qualquer modo, já contar com uma lei geral de proteção de dados que em alguma medida se preocupa com as particularidades de crianças e adolescentes já é um passo enorme, especialmente porque até há alguns anos sequer tínhamos uma lei desse tipo.

⁸⁹⁰ Lina Jasmontaite and Paul De Hert. The EU, children under 13 years, and parental consent: a human rights analysis of a new, age-based bright-line for the protection of children on the Internet. cit. p. 22/23.

