

UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA

Faculdade de Direito “Prof. Jacy de Assis”

Programa de Pós-Graduação em Direito

Mestrado acadêmico em Direito

TACIANA CECÍLIA RAMOS

**DADOS PESSOAIS DE CRIANÇAS NO BRASIL: O CONSENTIMENTO
PARENTAL DA LEI Nº 13.709/2018 E A SUA INTERPRETAÇÃO CIVIL
CONSTITUCIONAL**

UBERLÂNDIA

2024

TACIANA CECÍLIA RAMOS

**DADOS PESSOAIS DE CRIANÇAS NO BRASIL: O CONSENTIMENTO
PARENTAL DA LEI Nº 13.709/2018 E A SUA INTERPRETAÇÃO CIVIL
CONSTITUCIONAL**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito (PPGDI), Linha de Pesquisa 2: Sociedade, Sustentabilidade e Direitos Fundamentais, da Faculdade de Direito Prof. Jacy de Assis (FADIR), da Universidade Federal de Uberlândia (UFU).

Área de concentração: Direito.

Orientador: Professor Dr. Fernando Rodrigues Martins.

UBERLÂNDIA

2024

Ficha Catalográfica Online do Sistema de Bibliotecas da UFUcom
dados informados pelo(a) próprio(a) autor(a).

R175 Ramos, Taciana Cecília, 1988-
2024 Dados pessoais de crianças no Brasil: o consentimento
parental da Lei nº 13.79/2018 e a sua interpretação
civil-constitucional [recurso eletrônico] / Taciana
Cecília Ramos. - 2024.

Orientador: Fernando Rodrigues Martins.
Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal de
Uberlândia, Pós-graduação em Direito.
Modo de acesso: Internet.
Disponível em: <http://doi.org/10.14393/ufu.di.2024.135>
Inclui bibliografia.

1. Direito. I. Martins, Fernando Rodrigues, 1964-,
(Orient.). II. Universidade Federal de Uberlândia. Pós-
graduação em Direito. III. Título.

CDU: 340

Bibliotecários responsáveis pela estrutura de acordo com o AACR2:

Gizele Cristine Nunes do Couto - CRB6/2091
Nelson Marcos Ferreira - CRB6/3074



UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA

Secretaria da Coordenação do Programa de Pós-Graduação em
Direito

Av. João Naves de Ávila, 2121, Bloco 3D, Sala 302 - Bairro Santa Mônica, Uberlândia-MG,
CEP 38400-902

Telefone: 3239-4051 - mestradodireito@fadir.ufu.br - www.cmdip.fadir.ufu.br



ATA DE DEFESA - PÓS-GRADUAÇÃO

Programa de Pós-Graduação em:	Direito				
Defesa de:	Dissertação de Mestrado Acadêmico, número 210, PPGDI				
Data:	Vinte e nove de fevereiro de dois mil e vinte e quatro	Hora de início:	10:00	Hora de encerramento:	12:00
Matrícula do Discente:	12212DIR020				
Nome do Discente:	Taciana Cecília Ramos				
Título do Trabalho:	Dados pessoais de crianças no Brasil: o consentimento parental da Lei nº 13.709/2018 e a sua interpretação civil constitucional				
Área de concentração:	Direitos e Garantias Fundamentais				
Linha de pesquisa:	Sociedade, Sustentabilidade e Direitos Fundamentais				
Projeto de Pesquisa de vinculação:	Direitos e Deveres na Sociedade de Risco				

Reuniu-se, utilizando tecnologia de comunicação à distância, a Banca Examinadora, designada pelo Colegiado do Programa de Pós-Graduação em Direito, assim composta: Professoras/es Doutoras/es: Luís Alberto Reichelt - PUCRS; Keila Pacheco Ferreira - UFU; e Fernando Rodrigues Martins - UFU - orientador da candidata.

Iniciando os trabalhos o presidente da mesa, Dr. Fernando Rodrigues Martins, apresentou a Comissão Examinadora e a candidata, agradeceu a presença do público, e concedeu a discente a palavra para a exposição do seu trabalho. A duração da apresentação da discente e o tempo de arguição e resposta foram conforme as normas do Programa.

A seguir o senhor presidente concedeu a palavra, pela ordem sucessivamente, às/aos examinadoras/es, que passaram a arguir a candidata. Ultimada a arguição, que se desenvolveu dentro dos termos regimentais, a Banca, em sessão secreta, atribuiu o resultado final, considerando a candidata:

APROVADA.

Esta defesa faz parte dos requisitos necessários à obtenção do título de Mestre.

O competente diploma será expedido após cumprimento dos demais requisitos, conforme as normas do Programa, a legislação pertinente e a regulamentação interna da UFU.

Neste ato, e para todos os fins de direito, as/os examinadoras/es e a discente

autorizam a transmissão ao vivo da atividade. As imagens e vozes não poderão ser divulgadas em nenhuma hipótese, exceto quando autorizadas expressamente pelas/os examinadoras/es e pela discente. Por ser esta a expressão da vontade, nada haverá a reclamar a título de direitos conexos quanto às imagens e vozes ou quaisquer outros, nos termos firmados na presente.

Nada mais havendo a tratar foram encerrados os trabalhos. Foi lavrada a presente ata que após lida e achada conforme foi assinada pela Banca Examinadora e pela discente.



Documento assinado eletronicamente por **Fernando Rodrigues Martins, Professor(a) do Magistério Superior**, em 08/03/2024, às 11:07, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015](#).



Documento assinado eletronicamente por **Keila Pacheco Ferreira, Professor(a) do Magistério Superior**, em 15/03/2024, às 15:21, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015](#).



Documento assinado eletronicamente por **LUIS ALBERTO REICHELT, Usuário Externo**, em 15/03/2024, às 16:29, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015](#).



Documento assinado eletronicamente por **Taciana Cecília Ramos, Usuário Externo**, em 21/03/2024, às 10:06, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015](#).



A autenticidade deste documento pode ser conferida no site https://www.sei.ufu.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0, informando o código verificador **5220764** e o código CRC **B9B2FC14**.

Dedico este trabalho à memória da minha avó materna, Nazaré Fernandes Costa, que, juntamente com minha mãe, Telma Lúcia Ramos, lutou pela minha educação e foi uma referência de amor e cuidado que faz muita falta neste plano físico.

“A vida é mesmo uma missão/A morte uma ilusão/Só sabe quem viveu/Pois quando o espelho é bom/ Ninguém jamais morreu”
 (“Além do espelho” - João Nogueira)

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus por esta oportunidade de aprendizado e crescimento, consagrando a Ele este trabalho e as pessoas que participaram de todo o processo para a chegada até esta etapa de defesa de dissertação.

Agradeço à minha mãe, Telma Lúcia Ramos, por todo zelo e paciência. Costumo dizer que o que tenho de bom, em termos materiais ou pessoais, é fruto da dedicação dela. Cada vez mais admiro a sua grandeza como ser humano e não consigo traduzir em palavras o quanto seu amor me salva e dá guarida em todos os momentos.

Agradeço igualmente à minha avó materna, saudosa dona Nazaré Fernandes Costa, por abrir nossos caminhos, por ser exemplo de fé, trabalho árduo e coragem. Meus sentimentos de amor, respeito e apreço por ela e por minha mãe são imensos!

Agradeço a todos os meus familiares, que me apoiaram constantemente em meu progresso acadêmico.

Agradeço aos meus amigos de Uberaba, de Uberlândia e de Patos de Minas por estarem comigo nas “ciladas”, nos instantes dolorosos, e por representarem o espaço de liberdade de ser quem sou, por estarem presentes nas alegrias, nos risos, na construção de memórias felizes.

Agradeço aos meus colegas da Pró-reitoria de Extensão e Cultura (Proexc) da UFU, especialmente os atuantes na Divisão de Relações Comunitárias (Divco) e na Divisão de Fomento à Cultura (Difoc), locais que trabalhei ao longo destes anos. Ali tenho verdadeiras amizades que, com suas palavras de afeto e incentivo, me fizeram não desistir do sonho do Mestrado.

Agradeço aos meus colegas da 14ª Turma do Mestrado Acadêmico do PPGDI-UFU por terem me ensinado tanto, cada um em suas singularidades. Manifesto grande respeito e torcida pelo sucesso de vocês!

Obrigada, em especial, à Iasminne Rodrigues que, com sua doçura e firmeza em atitudes, me inspirou em muitas ocasiões, além de ter me ajudado com compartilhamentos da pesquisa; e ao Marcelo, “o Estevam”, amigo com o qual sempre pude brincar, ser espontânea, e quem me “co-orientou” em muitas atividades do Programa com seriedade, gentileza e na “linguagem dos memes”, para me estimular a escrever.

Agradeço com bastante ênfase meu Professor Orientador, Dr. Fernando Rodrigues Martins, não por bajulação, mas por considerá-lo uma referência de jurista e de servidor público antes mesmo do contato no PPGDI-UFU. Poucos são aqueles(as) que possuem “paixão

consciente” pela Constituição, pela defesa genuína dos direitos fundamentais dos mais vulneráveis. Quero seguir este exemplo, continuar lendo as referências recomendadas e que me ampliaram a visão de mundo (além do Direito). Quero que Deus retribua em sua vida todas as bondades feitas, inclusive este ato de me orientar.

Agradeço à Professora Dra. Keila Pacheco Ferreira e ao Professor Dr. Luís Alberto Reichelt que gentilmente aceitaram o convite de participação na Banca Examinadora deste trabalho desde a fase de qualificação. A Professora Dra. Keila é uma jurista, pesquisadora e extensionista que exala elegância e conhecimento jurídico por onde passa. Sou grata por conhecê-la desde o período de graduação. O Professor Dr. Luís Alberto é um verdadeiro “gentleman” e trouxe contribuições valiosas para a minha escrita. Gratidão por sua presença e suas falas!

Agradeço também a outros quatro Professores que foram incríveis durante esta minha trajetória: Dra. Juliane Caravieri Martins, Dr. Rubens Valtecides Alves, Dra. Cláudia Regina de Oliveira Magalhães da Silva Loureiro e Dr. Humberto Bersani. Sou grata à Dra. Juliane por me conceder as primeiras oportunidades maiores de publicação científica e de participação em grupos reconhecidos de pesquisa, além de me impulsionar a participar da seleção deste Mestrado. Dr. Rubens Valtecides, obrigada por sempre me atender tão amistosamente, por me incluir em seus projetos acadêmicos! Para a Dra. Cláudia registro meu agradecimento pelas aulas ministradas no PPGDI-UFU, por não fazer distinção entre nós, por ser uma coordenadora exemplar no Projeto “Global Crossings” - uma mulher extremamente humilde e de atuação gigante! O Dr. Humberto, por fim, trouxe a nós a sociedade, outras leituras sobre ela, sendo um docente pesquisador ímpar por força de sua empatia e sensibilidade, principalmente. Obrigada por serem referências humanas, assim como são na docência!

RESUMO

A experiência da sociedade de informação, em uma era marcada pela pós-modernidade e pelo capitalismo de vigilância, evidencia a necessidade de atenção de proteção de dados pessoais, estatuídos como direitos fundamentais no ordenamento jurídico. O objetivo geral desta dissertação, portanto, é verificar a proteção de dados pessoais das crianças, concebidas como sujeitos de direitos, no Brasil, mormente após a promulgação da Lei no 13.709/2018 (Lei Geral de Dados Pessoais – LGPD) até o presente momento, e como se efetiva o tratamento desses dados com a aplicação da regra do consentimento parental (art. 14 da referida lei). Para a observação dessa efetivação, foram considerados os direitos de provisão, participação e proteção infantis, bem como foi empreendida uma análise jurídica do tema à luz dos princípios do melhor interesse da criança e da função social dos dados, o que configura, em última instância, uma interpretação normativa calcada na teoria da eficácia dos direitos fundamentais no direito privado, na transversalidade da proteção de dados da população infantil e no diálogo das fontes existentes sobre esta temática. A metodologia de pesquisa deste trabalho possui abordagem dedutiva e técnica de pesquisa bibliográfico-doutrinária, empregando a revisão da literatura sobre o tema. Tem-se como resultados que a mera aplicação do consentimento parental se mostra insuficiente para o tratamento de dados pessoais da infância, sendo necessário utilizar hipóteses adicionais constantes na LGPD, no ECA e na CRFB/1988, entre outros marcos legais, assim como dos tratados internacionais dos quais o Brasil faz parte (especialmente a Convenção sobre os Direitos da Criança), com exercício do papel de regulação do Estado.

Palavras-chave: Proteção de dados; Consentimento parental; Crianças; Vulnerabilidade.

ABSTRACT

The experience of the information society, in an era marked by post-modernity and surveillance capitalism, highlights the need for attention to protecting personal data, established as fundamental rights in the legal system. The general objective of this dissertation, therefore, is to verify the protection of personal data of children, conceived as subjects of rights, in Brazil, especially after the promulgation of Law no. 13,709/2018 (General Personal Data Law – LGPD) until the present moment. , and how the processing of this data is carried out with the application of the parental consent rule (art. 14 of the aforementioned law). To observe this implementation, the rights of provision, participation and protection of children were considered, as well as a legal analysis of the topic in light of the principles of the best interests of the child and the social function of data, which ultimately constitutes , a normative interpretation based on the theory of the effectiveness of fundamental rights in private law, the transversality of data protection for the child population and the dialogue of existing sources on this topic. The research methodology of this work has a deductive approach and bibliographic-doctrinal research technique, employing a literature review on the topic. The results show that the mere application of parental consent is insufficient for the processing of childhood personal data, making it necessary to use additional hypotheses contained in the LGPD, the ECA and the CRFB/1988, among other legal frameworks, as well as the treaties international agreements to which Brazil is a party (especially the Convention on the Rights of the Child), with the State exercising its regulatory role.

Keywords: Data protection; Parental consent; Children; Vulnerability.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
Capítulo 1. A INFÂNCIA NO AMBIENTE DIGITAL: A PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS DA CRIANÇA	14
1.1. Principais conceitos da sociedade da informação em um contexto de capitalismo de vigilância: ponderações para compreensão do consentimento na Lei Geral de Proteção de Dados brasileira em um espaço digital não-neutro	14
1.2. Breve histórico da promulgação da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD) no Brasil e o tratamento de dados pessoais das crianças: a regra do consentimento parental e suas possíveis problematizações.....	22
1.3. Por uma nova interpretação dos dados pessoais na sociedade de informação: a análise do consentimento parental em um paradigma de direitos humanos fundamentais favorável ao melhor interesse (e desenvolvimento) infantil	39
 Capítulo 2. A TUTELA JURÍDICA DA INFÂNCIA NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO (DE VIGILÂNCIA): O ENTRELAÇAMENTO DE ELEMENTOS COMO AUTONOMIA, DIREITOS FUNDAMENTAIS, GARANTIAS CONSTITUCIONAIS, (HIPER)VULNERABILIDADE INFANTIL, TRANSVERSALIDADE E DIÁLOGO DAS FONTES	 56
2.1 A abordagem da infância no contexto da sociedade de informação (de vigilância): apontamentos sobre os estudos acerca desta população e a relação com sua autonomia progressiva para a defesa dos direitos das crianças na ambiência virtual.....	57
2.2. Aplicação dos direitos fundamentais na tutela jurídica infantil: distinções conceituais e garantias asseguradas a estas pessoas em desenvolvimento	65
2.2.1. Os direitos fundamentais da criança protegidos no plano internacional: a Convenção sobre os Direitos da Criança, os direitos de provisão, participação e proteção e sua relação com o melhor interesse da criança no ambiente digital	70
2.2.2. Alguns direitos fundamentais da criança no ordenamento jurídico brasileiro: das primeiras legislações à Constituição Federal de 1988 e a elaboração de uma nova hermenêutica sobre a infância à luz das garantias constitucionais, da transversalidade legislativa e do diálogo das fontes	78
2.3. A hipervulnerabilidade da criança no mundo virtual: a busca por marcos jurídicos protetivos em prol da infância conectada	93

Capítulo 3. O MODELO DE CONSENTIMENTO PARENTAL VIGENTE NO BRASIL: CRÍTICAS E PROPOSIÇÕES PARA APRIMORAMENTO DE SUA APLICAÇÃO.....	106
3.1. Críticas ao modelo de consentimento parental na proteção de dados da população infantil: reavaliações da autonomia privada e do empoderamento individual com considerações da COPPA, do GDPR e da LGPD	106
3.2. Proposições alternativas (ou complementares) ao consentimento parental para melhor tratamento e proteção de dados pessoais infantis no espaço virtual	119
 CONSIDERAÇÕES FINAIS	129
REFERÊNCIAS	132

INTRODUÇÃO

No decurso dos últimos anos, variadas mudanças legislativas e culturais têm ocorrido em todo o mundo: vive-se uma realidade de sociedade pós-moderna, sociedade de consumo e de produção em massa, sociedade de serviços e, sobretudo, a experiência da sociedade da informação, fortemente acelerada, globalizada e desmaterializada.¹ Com essa vivência hodierna, despontou a necessidade da proteção de dados pessoais.

A partir desta perspectiva, a questão da obtenção de consentimento prévio para coleta de dados das pessoas, mormente de crianças, se mostra relevante e controvertida, pois, em que pese a população infantil não poder celebrar livremente negócios jurídicos em virtude da incapacidade civil, há situações em que a vontade da pessoa é importante apesar da incapacidade - por exemplo, na necessidade de consentimento do adolescente para a adoção, na forma do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA - Lei nº 8.069/1990) -, o que alcança o debate do caráter personalíssimo do tratamento sobre essas informações e a possível ofensa ao direito fundamental à privacidade.

Ademais, a utilização dos dados pessoais desses indivíduos em desenvolvimento pelo mercado pode ser abusiva e violadora do princípio do melhor interesse da criança, o que reforça a importância da presente discussão. Nesse âmbito, então, embora o reconhecimento de proteção de dados pessoais como um direito autônomo e fundamental seja explícito no ordenamento jurídico brasileiro, fato é que os riscos do tratamento automatizado recrudesceram e podem afrontar a proteção da personalidade, prezando as garantias constitucionais de igualdade substancial, liberdade e dignidade da pessoa humana, bem como a proteção da intimidade e da vida privada já mencionada.

No caso das crianças, as características de vulnerabilidade e de hipervulnerabilidade são acentuadas no ambiente digital, visto que este espaço não apresenta fronteiras claras, possui dificuldades de regulamentação e pode permitir e estimular a ampla participação de pessoas, inclusive sob o manto do anonimato, o que implica em desafios de proteção dessa população infantil. Essa demanda de proteção se mostra ainda mais evidente ao se perceber a grande utilização de produtos e serviços virtuais que coletam dados pelas crianças e os possíveis efeitos jurídicos decorrentes desse contexto.

Somado a isso, tem-se que o tema dos dados pessoais é atual e o cenário jurídico brasileiro ainda está se adequando a essa nova realidade. A Lei Geral de Proteção de Dados

¹ Esta última qualificação pode ser lida na obra de MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 20-21.

Pessoais (LGPD - Lei nº 13.709/2018) foi sancionada em 2018; antes dela, outras normas, como o Código de Defesa do Consumidor (CDC - Lei nº 8.078/1990) e o Marco Civil da Internet (MCI - Lei nº 12.065/2014), eram aplicáveis ao tratamento dos dados pessoais, sendo que o grande mérito da LGPD foi regular a questão de maneira mais aprofundada.

A LGPD foi promulgada, assim, em um quadro fático de necessidade legislativa específica para o tema “dados pessoais” no Brasil, um dos países mais conectados do mundo e com um fluxo infantil que segue essa linha. Por ser um regramento relativamente novo e de desdobramentos desafiadores na prática, torna-se importante como objeto de estudo também.

O instituto jurídico do consentimento parental indicado na LGPD para a utilização infantil das redes é enfrentado diretamente neste trabalho, portanto, configurando o seu problema de pesquisa, uma vez que está inserido no campo do exponencial avanço tecnológico atual delineado acima, com consequentes reflexos impactantes na sociedade. O método de procedimento ora utilizado é de estudo exploratório, com abordagem qualitativa e técnica de pesquisa bibliográfica com revisão da literatura, ocorrendo a divisão do trabalho em três capítulos, no intuito de melhor explanação sobre o tema.

O Capítulo 1 visa investigar o papel da proteção de dados pessoais da criança brasileira no ambiente digital, ponderando sobre os mecanismos de funcionamento da sociedade da informação, a estrutura (de vigilância) das relações em rede, bem como o desenvolvimento da rede mundial de computadores (Internet) e demais tecnologias adjacentes a ela.

Neste tópico, há a compreensão de que ocorre um entrelaçamento de manifestações de poder nessas tecnologias, nas quais está situada a criança, pessoa em desenvolvimento e em situação de hipervulnerabilidade. Prezando pelo consentimento de obtenção dos dados infantis previsto na LGPD, discorre-se sobre o histórico dessa legislação e a aplicação desse instituto jurídico, debatendo, igualmente, a proposta de uma nova interpretação dos dados pessoais à luz dos direitos humanos nessa seara, em prol da melhor tutela jurídica digital da infância.

Em seguida, no Capítulo 2, a infância será analisada como fase específica do desenvolvimento humano que enseja maior zelo na sociedade da informação - o que requer, por conseguinte, melhor tutela dos dados pessoais da criança. Neste âmbito serão discutidos os direitos das crianças brasileiras, em especial, sob a égide do ordenamento jurídico pátrio e internacional, refletindo sobre os direitos de provisão, participação e proteção dessa população em cotejo com o princípio do melhor interesse dela.

Compreende-se que os povos vivem em uma realidade tecnológica que pode contribuir com a formação infantil, mas, a outro giro, possibilita a existência de riscos que podem perdurar inclusive na vida adulta desses indivíduos. Neste ínterim, assim, conceitos como

hipervulnerabilidade infantil no ambiente digital serão debatidos e serão elencadas estratégias para melhor inclusão e educação das crianças nesses “lôcus” virtuais.

Por derradeiro, no Capítulo 3 será abordado o direito à privacidade e o de proteção aos dados pessoais a partir da contextualização da sociedade da informação (da vigilância), considerando os modelos regulatórios estadunidense (Lei de Proteção da Privacidade On-line das Crianças - COPPA) e europeu (Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados 2016/679 - “General Data Protection Regulation” - GDPR) e os pontos de convergência com a LGPD brasileira. Nesse cenário, será instituída uma crítica ao modelo de consentimento parental presente na última legislação citada, com foco na obtenção de dados infantis, com a proposição de modelos alternativos ou complementares para o efetivo resguardo do melhor interesse da criança e da função social dos dados.

Pretende-se, assim, com a elaboração deste trabalho, contextualizar a sociedade da informação/sociedade em redes, alinhando funções estratégicas e propositivas para a promoção do estatuto constitucional da pessoa – no caso em específico, da população infantil brasileira. Analisando esse grupo hipervulnerável, emerge a intenção de repensar estruturas legais de proteção e defesa necessária dos valores macroindividuais dessas pessoas em formação, dentro de uma perspectiva de Direito Privado Solidário², prezando, ainda, pela sustentabilidade e interdisciplinaridade.

Nesse sentido, acredita-se que este trabalho pode contribuir para um melhor debate acadêmico-científico no campo do Direito, à medida que almeja melhor compreender os desafios acerca da proteção de dados pessoais infantis na Internet (exposição excessiva das crianças nas redes sociais; impactos do uso da Inteligência Artificial e de decisões automatizadas; tratamento de dados pessoais de crianças por aplicações da rede mundial de computadores) e delinear interpretações jurídicas, especificamente da LGPD, que sejam efetivamente favoráveis ao melhor interesse da criança, reverenciando sua autonomia e assertividade no ambiente digital, ao mesmo tempo em que preserva a integridade dessa população.

² Expressão usada por Hannes Rösler na doutrina alemã que procura simbolizar o processo contemporâneo de mudança e reconstrução do direito privado pelo conjunto de valores e ideais da Modernidade (liberdade, igualdade e fraternidade). Entre o interesse centrado em si e o interesse centrado apenas no outro está a solidariedade, “com seu interesse voltado para o grupo, o conjunto social, o indivíduo na função e no papel de cada um na vida em sociedade. Seria um novo direito privado com função social, um direito privado solidário. Tal citação está situada na seguinte obra: MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 27.

Capítulo 1. A INFÂNCIA NO AMBIENTE DIGITAL: A PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS DA CRIANÇA

O presente capítulo analisa, primeiramente, os aspectos e os conceitos presentes na sociedade de informação e das massas como estofo da obtenção de consentimento prévio para coleta de dados, especialmente de crianças brasileiras, em um ambiente digital afastado de neutralidade, uma vez que está sob estruturas de controle e vigilância. Depois, são alinhavadas considerações acerca da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD - Lei nº 13.709/2018) e é perscrutada a regra do consentimento parental, constante no artigo 14 dessa legislação. Por fim, discute-se a possibilidade de construção de uma nova interpretação dos direitos humanos concatenada ao princípio do melhor interesse da criança e ao melhor desenvolvimento desses indivíduos.

1.1. Principais conceitos da sociedade da informação em um contexto de capitalismo de vigilância: ponderações para compreensão do consentimento na Lei Geral de Proteção de Dados brasileira em um espaço digital não-neutro

Aborda-se a “sociedade da informação” como espaço no qual a população humana em geral está alocada. Essa sociedade está afeita à uma sociedade em rede, sendo a imaterialidade seu principal atributo. Já no final do século XIX, Warren e Brandeis, dois dos estudiosos pioneiros a discorrerem sobre o direito à privacidade, asseveraram que a intensidade da vida intelectual e emocional associada ao aumento das sensações que vieram com o avanço das civilizações indicavam apenas parte da dor, do prazer e do proveito da vida decorrente de coisas materiais.³

Ainda sobre a perda de substância da matéria e das próprias relações humanas, tem-se a leitura sociológica promovida por Zygmunt Bauman, que narrou, especialmente na obra “*Modernidade líquida*”, a transição do processo de modernidade rumo ao virtual e à hipervelocidade.⁴ As esferas do impalpável, do imaterial e do virtual em direção a uma “civilização da leveza” também foram descritas por Gilles Lipovetsky:

³ WARREN, Samuel D. BRANDEIS, Louis D. The right to privacy. **Harvard Law Review**, Vol. 4, No. 5. (Dec. 15, 1890), p. 195. Disponível em: <https://www.cs.cornell.edu/~shmat/courses/cs5436/warren-brandeis.pdf>. Acesso em: 30 jun. 2023.

⁴ BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Tradução de Plínio Dentzein. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001, p. 139-141.

Um dos traços mais característicos das sociedades modernas está vinculado ao advento das mudanças técnicas, sociais e culturais. O fenômeno não poupa nenhum setor: quer seja na produção, nos transportes, na comunicação, nas instituições, no direito, nas relações inter-humanas, na vida cotidiana, em toda parte há um aumento da velocidade, tudo sempre vai mais rápido...⁵

Com o advento e a ascensão da Internet posteriormente à Segunda Guerra Mundial (pós 1945), em uma conjuntura de efervescência de novos direitos reivindicados pela nova dinâmica das relações sociais, agora em um cenário de globalização e de reflexos do período da denominada “Guerra Fria”, as mudanças comentadas por Lipovetsky se intensificaram. A amplificação das formas de comunicação, das relações interpessoais e o avanço substancial das trocas de informações marcaram o fenômeno social intitulado “sociedade em rede”. Manuel Castells discorrer da seguinte maneira sobre esse panorama:

Vivemos em tempos confusos, como muitas vezes é o caso em períodos de transição entre diferentes formas de sociedade. Isso acontece porque as categorias intelectuais que usamos para compreender o que acontece à nossa volta foram cunhadas em circunstâncias diferentes e dificilmente podem dar conta do que é novo referindo-se ao passado. Afirmando que, por volta do final do segundo milênio da Era Cristã, várias transformações sociais, tecnológicas, econômicas e culturais importantes se uniram para dar origem a uma nova forma de sociedade, a sociedade em rede (...).⁶

Para Castells, a sociedade em rede é distinta das comunidades, pois a vida comunitária estava fundamentada no compartilhamento de valores e na presença de uma organização social preexistente. As redes, a seu turno, são estabelecidas por escolhas e estratégias individuais de diferentes atores sociais - indivíduos, famílias ou grupos. As comunidades, deste modo, não são “objeto de escolha” das pessoas: elas já existem e as pessoas se adequam a elas.

As sociedades em rede, por sua vez, são eletivas: as pessoas constroem e administram suas próprias redes. Diante deste panorama, este autor sustentou que o crescimento do individualismo é uma tendência preponderante na evolução das relações nas sociedades hodiernas: as manifestações individualistas são percebidas não somente como propensão cultural ou como característica psicológica, mas, igualmente, como um modelo de socialização próprio das comunidades em rede.⁷

⁵ LIPOVETSKY, Gilles. *Da leveza: rumo a uma civilização sem peso*. Tradução de Idalina Lopes. São Paulo: Barueri, 2016.

⁶ CASTELLS, Manuel. *A era da informação: economia, sociedade, e cultura: a sociedade em rede*. São Paulo: Paz e Terra, 2016, v.1. p. 11.

⁷ CASTELLS, Manuel. *A galáxia da internet: Reflexões sobre a internet, os negócios e a sociedade*. Rio de Janeiro: Editora Zahar, 2003, p. 127-128.

Bruno Ricardo Bioni sinalizou que a transição histórica das formas de organização social - ou, em outras palavras, o elemento central para o desenvolvimento de cada uma dessas organizações - estrutura o fator determinante para o estabelecimento de suas marcas características. Outrora viveu-se o tempo da sociedade agrícola, com riquezas oriundas da terra e com economia centrada no escambo; depois, a formação de riquezas derivou da criação de máquinas a vapor e do uso da eletricidade, sendo a produção fabril a fonte maior de recursos, configurando a era da sociedade industrial. Após o período da Segunda Guerra Mundial, a prestação de serviços, tais como os realizados pelos setores bancário, securitário e educacional, formaram a denominada sociedade pós-industrial.⁸

Hodiernamente, a sociedade está organizada em uma estrutura cujo elemento nuclear é a informação, potencializada pela latente evolução tecnológica vivenciada nos últimos anos. Embora a “sociedade da informação” não se restrinja ao ambiente virtual, o desenvolvimento da computação eletrônica e da Internet eivaram o processo de aceleração de sua expansão.⁹ Como a informação passou a ser sedimentada em “bits”, o acúmulo, o armazenamento e a transmissão desse elemento passou a ser facilitada, vez que está concentrada em unidades menores agrupadas em um sistema binário de dígitos, que pode responder a comandos pré determinados (busca por palavras-chave, por exemplo) e podem ser digitalizados em formatos diversos, como áudio e vídeo.¹⁰

Além deste avanço quantitativo no processamento da informação, ocorreu um progresso qualitativo para o acesso e a organização dela - a forma de pesquisar determinados arquivos, por exemplo, foi agilizada. Destarte, as evoluções quantitativa e qualitativa do processo informacional, somada ao advento da Internet, não somente virtualizou a informação como rompeu com o “modelo fordista de produção para instaurar um novo ‘padrão sócio-técnico-econômico’”.¹¹

Isto corresponde ao impulsionamento de uma sociedade e de uma “economia da informação”, ou seja, a informação é convertida em conhecimento, a ser empregado de maneira produtiva e estratégica pelas empresas, por exemplo.¹² Mediante o uso de Tecnologias da Informação e Comunicação (TICs), a atividade econômica tem sido alavancada, tendo por base,

⁸ BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento**. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 33.

⁹ Ibidem, p. 34.

¹⁰ Ibidem, p. 35.

¹¹ Ibidem, p. 36.

¹² Ibidem, p. 38.

momento, a coleta de dados pessoais dos indivíduos - adentrando neste campo, inclusive, os dados de crianças, objeto deste estudo.

As “comunidades virtuais” ilustram um exemplo dessa sociedade em rede, configurando espaços nos quais as pessoas se agregam em prol de interesses comuns. Por um lado, tais comunidades promovem maior senso de reconhecimento e de pertencimento entre indivíduos, corroborando para maior autonomia deles, pois versam “sobre as afinidades de interesses, de conhecimentos, sobre projetos mútuos, em um processo de cooperação ou de troca, tudo isso independentemente das proximidades geográficas e das filiações institucionais”.¹³

Ocorre que autores como Byung-Chul Han descrevem essa forma de organização social mais recente como nociva para a construção da personalidade e da identidade - pontos cruciais no desenvolvimento infantil. Nos meios de comunicação e de interação das referidas comunidades, segundo este autor, as relações humanas podem ser minadas, assim como a possibilidade de opor resistências a eventuais pressões. Nas palavras de Han:

Também os novos meios de comunicação e as técnicas de comunicação estão destruindo cada vez mais a relação com o outro. O mundo digital é pobre em alteridade e em sua resistência. Nos círculos virtuais, o eu pode mover-se praticamente desprovido do ‘princípio da realidade’, que seria um princípio do outro e da resistência. Ali, o eu narcisístico encontra-se sobretudo consigo mesmo. A virtualização e a digitalização estão levando cada vez mais ao desaparecimento da realidade que nos oferece resistência.¹⁴

As comunidades virtuais ostentam, de fato, a possibilidade das pessoas gerirem suas redes; contudo, como bem apontou Stefano Rodotà, “a aceitação social na rede é paga curvando-se aos critérios da normalidade e, logo, sofrendo pesados condicionamentos”.¹⁵ É nítida a franca exposição pessoal nas redes e a busca por validação, o que pode ocasionar quadros de pressão social, conduzindo os indivíduos - em especial as crianças - a adotarem certas condutas com finalidade de adequação de comportamento, no intuito de terem maior

¹³ LÉVY, Pierre. **Cibercultura**. São Paulo: Editora 34, 2010, p. 130.

¹⁴ HAN, Byung-Chul. **Sociedade do Cansaço**. Tradução de: Enio Paulo Gianchini. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2018, p. 91. Este mesmo autor, em outra obra intitulada “*No enxame: Perspectivas do digital*”, também trata que a informatização da sociedade, da política e dos meios culturais impactaram e trouxeram grandes mudanças para a humanidade. “Somos desprogramados por meio dessa nova mídia, sem que possamos compreender inteiramente essa mudança radical de paradigma. Arrastamo-nos atrás da mídia digital que, aquém da decisão consciente, transforma decisivamente nosso comportamento, nossa percepção, nossa sensação, nosso pensamento, nossa vida em conjunto. Embriagamo-nos hoje em dia da mídia digital, sem que possamos avaliar inteiramente as consequências dessa embriaguez. Essa cegueira e a estupidez simultânea a ela constituem a crise atual.” (HAN, Byung-Chul. **No enxame: Perspectivas do digital**. Tradução: Lucas Machado. Petrópolis: Vozes, 2018.)

¹⁵ RODOTÁ, Stéfano. **A vida na sociedade da vigilância** - a privacidade hoje. Tradução: Danilo Doneda e Luciana Cabral Doneda. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 118.

aceitação em grupos ou para estarem aptas a determinados padrões de consumo.¹⁶ Este panorama contribui, por consequência, para uma maior exposição de dados e informações pessoais.

Castells pontuou, neste sentido, que as redes “on-line” consubstanciam formas de socialização baseadas em interesses específicos. As pessoas desenvolvem seus “portfólios de sociabilidade”, empregando tempo e energia em distintas comunidades, conforme as oportunidades mais interessantes individualmente.¹⁷ Agata Jaroszeck ponderou que, nessa sociedade de conexões, a interação em rede, mormente para os mais jovens, representa especial pertencimento, fazendo com que muitos deles concordem com termos e condições que compelem o compartilhamento de dados e permitem, por exemplo, a recepção de publicidade comportamental.¹⁸

Consoante a isto, consigna-se que a segmentação de bens de consumo (“*marketing*”) e a promoção desses bens pela publicidade apropriam-se dos dados pessoais dos indivíduos, o que se tornou espécie de “matéria-prima” vital para a economia da informação. Neste ínterim, vale anotar que a extração e a comodificação desses dados gira em torno de uma “economia da vigilância” e que, em síntese, coloca os sujeitos em papel passivo diante de suas informações, o que reflete na figura do consentimento no contexto de proteção dos dados pessoais.¹⁹

Este sistema está inserido em um contexto global de reestruturação do capitalismo financeiro que ocorreu a partir da década de 80, calcado na economia de dados: a extração e utilização constante de dados pessoais dos indivíduos engendrou a produtividade desse processo econômico, com lógicas e interesses de produção e poder.²⁰ Shoshana Zuboff denominou este sistema como “capitalismo de vigilância”, que é formado por uma rede crescente e estruturada de monitoramento que configura a novas formas de acumulação de capital.

¹⁶ “A ‘alegria’ que se encontra nas redes sociais de relacionamento tem sobretudo a função de elevar o sentimento próprio narcísico. Ela forma uma massa de aplausos que dá atenção ao ego exposto ao modo de uma mercadoria.” (HAN, Byung-Chul. **Sociedade do Cansaço**. Tradução de: Enio Paulo Gianchini. 2. ed. Petrópolis; Vozes, 2018, p. 93.)

¹⁷ CASTELLS, Manuel. **A galáxia da internet: Reflexões sobre a internet, os negócios e a sociedade**. Rio de Janeiro: Editora Zahar, 2003, p. 132.

¹⁸ JAROSZECK, Agata. Online Behavioural Advertising and the Protection of Children’s Personal Data on the Internet. **Wroclaw Review Of Law, Administration & Economics**, [s.l.], v. 4, n. 2, p. 59, 1 jan. 2014. Walter de Gruyter GmbH. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1515/wrlae-2015-0015>. Acesso em: 10 jun. 2023.

¹⁹ BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento**. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 39.

²⁰ MORELLATO, Ana Carolina B.; SANTOS, André Filipe P. Reid dos. Capitalismo de vigilância e a Lei Geral de Proteção de Dados: perspectivas sobre consentimento, legítimo interesse e anonimização. **Revista Brasileira de Sociologia do Direito**, v. 8, n. 2, maio/ago. 2021, p. 186. Disponível em: <https://revista.abrasd.com.br/index.php/rbsd/article/view/455>. Acesso em: 01 jul. 2023.

O “capitalismo de vigilância”, assim, é um termo que pretende definir a transformação na ordem da economia política que propulsiona uma nova forma de capitalismo focada na exploração do comportamento das pessoas em todos os aspectos da vida cotidiana - não somente no trabalho. A vigilância no capitalismo é recorrente em todas as etapas de acumulação desse sistema econômico, alterando-se continuamente e compondo um instrumento da produção capitalista. O que difere a vigilância atual dos outros processos, entretanto, é que a estrutura feita para vigiar hoje visa a mercantilização dos dados obtidos por meio dela, como fim em si mesmo.²¹ Fornasier e Knebel elucidam este termo da seguinte maneira:

Na evolução da economia em direção a um capitalismo de vigilância há uma mudança da mercadoria oferecida pelos indivíduos — a qual não é mais (somente) a força de trabalho: há uma abstração do comportamento humano, transformado em uma mercadoria de dados relativos ao comportamento. Assim como o sujeito de direito fornece condições jurídicas necessárias para a expropriação de mais-valia do trabalho, por analogia, a mesma forma jurídica serve para mediar a relação de entrega de dados que possibilita a extração de mais-valia comportamental identificada como processo fundamental da nova economia do capitalismo de vigilância. Essas transformações são as esperadas, portanto, no âmago do processo de reprodução social capitalista, sendo que “cada uma de suas grandes fases se assenta sobre um modo próprio de extração de mais-valor e de obtenção de lucro” (MASCARO, 2013, p. 123-124). Nesse sentido, a extração de uma nova forma de excedente produzido pelas pessoas é característica da dinâmica do capital.²²

O capitalismo de vigilância absorve não apenas o trabalho, portanto, mas todas as vertentes das experiências humanas, tendo em vista que o “*Big Data*”²³ é formado por fluxos

²¹ FORNASIER, Mateus de Oliveira; KNEBEL, Noberto Milton Paiva. O titular de dados como sujeito de direito no capitalismo de vigilância e mercantilização dos dados na Lei Geral de Proteção de Dados. **Revista Direito e Práxis**, [s. l.], jun. 2020, p. 1021. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/46944/33907>. Acesso em: 30 jun. 2023.

²² Ibid, p. 1021.

²³ Laura Schertel Mendes e Gabriel C. Soares da Fonseca comunicam que o termo “*Big Data*” é de difícil definição precisa e taxativa. Citando conceituação de Viktor Mayer-Schönberger e Kenneth Cukier, os primeiros autores indicados informam que esse termo “se refere às técnicas de captação, armazenamento e processamento de dados em larga escala para extrair novos insights ou criar novas formas de valor, alterando sensivelmente mercados, organizações, as relações entre o Governo e seus cidadãos”. (MENDES, Laura Schertel; FONSECA, Gabriel C. Soares da. Proteção de dados para além do consentimento: tendências contemporâneas de materialização. **REI - Revista Estudos Institucionais**, 6(2), 2020, p. 509. Disponível em: <https://www.estudosinstitucionais.com/REI/article/view/521>. Acesso em: 05 jul. 2023). Fernando Eberlin oportunamente discorreu sobre a serventia do “*Big Data*”: “A utilidade do ‘big data’ é extremamente variada, porque pode tanto servir para formulação de políticas públicas (identificando necessidades coletivas e específicas, reduzindo custos e engajando as pessoas) quanto para finalidades científicas e acadêmicas (entendimento do comportamento humano, identificação de tendências sociais), com a finalidade de entender, por exemplo, padrões de doenças e epidemias, salvando vidas, bem como para outras finalidades. Especificamente no âmbito do consumo, o ‘big data’ é, possivelmente, uma das mais poderosas ferramentas de monitoramento e de adequação de produtos e preços, de maneira atender às expectativas dos consumidores e estimular determinados comportamentos direcionados às compras, inclusive no universo infantil.” (EBERLIN, Fernando Büscher von Teschenhausen. **Direitos da Criança na Sociedade da Informação: Ambiente Digital, Privacidade e Dados Pessoais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 50-51).

que abrangem uma universalidade das tecnologias da informação captadora de quaisquer comportamentos “online” e “offline” do indivíduo, o que compõem por sua vez, uma complexa e crescente rede estruturada de monitoramento.²⁴ Zuboff registra que esses dados são adquiridos, codificados, generalizados, agregados, analisados, armazenados, vendidos, analisados e, de novo, transacionados comercialmente, em um processo conhecido como “data exhaust”, ou seja, a extração e a monetização dos dados redefinidos, na condição de material excedente, não pode ser confrontada.²⁵

A lógica de vigilância permanente está associada à lógica de extração constante de dados e isto pode afrontar a democracia, uma vez que os padrões de comportamentos das pessoas são identificados e antecipados de modo ilimitado, tornando-os previsíveis e modificáveis, e, por conseguinte, afeta os processos decisórios do setor político e mercadológico. Nesta seara, para Morellato e Santos, o capitalismo de vigilância tem eficácia tanto para os novos ciclos de acumulação que pretende promover, quanto para a anulação da autonomia do indivíduo.²⁶

Posto isto, o capitalismo de vigilância traz impactos principalmente para os menos favorecidos, pois “a publicidade predatória identifica os contextos de vulnerabilidade para estabelecer políticas de lucro sobre elas”²⁷ e resvala negativamente no consentimento dado para o fornecimento de dados.

Ainda que estejam em outro contexto e com abordagem teórica diversa de Zuboff, Zygmunt Bauman e David Lyon haviam assinalado que a vigilância digital é uma espada afiada cuja eficácia ainda não sabemos como reduzir - uma espada de dois gumes que não manejamos com segurança.²⁸ Indiscutivelmente, a vigilância é um instrumento que não se distancia do sistema social, político e econômico que lhe cinge, atendendo, não raramente, a interesses de grupos específicos, como os da “big tech” (grandes empresas de tecnologia e informação) atualmente.

²⁴ ZUBOFF, Shoshana. **The age of Surveillance Capitalism**: The fight for a human future at the new frontier of power. New York: PublicAffairs, 2019, p. 16.

²⁵ ZUBOFF, Shoshana. Big other: surveillance capitalism and the prospects of an information civilization. **Journal of Information and Technology**, n. 30, p. 78, 2015. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2594754. Acesso em: 30 jun. 2023.

²⁶ MORELLATO, Ana Carolina B.; SANTOS, André Filipe P. Reid dos. Capitalismo de vigilância e a Lei Geral de Proteção de Dados: perspectivas sobre consentimento, legítimo interesse e anonimização. **Revista Brasileira de Sociologia do Direito**, v. 8, n. 2, maio/ago. 2021, p. 187-188. Disponível em: <https://revista.abrasd.com.br/index.php/rbsd/article/view/455>. Acesso em: 01 jul. 2023.

²⁷ Ibidem, p. 188.

²⁸ BAUMAN, Zygmunt; LYON, David. **Vigilância Líquida**. Rio de Janeiro: Zahar, 2013, p. 136.

Isto porque, como bem escreveu Castells, a tecnologia não é neutra; ela demarca os usos políticos que lhes são dados.²⁹ Por isto há a importância de se discutir os marcos regulatórios de dados e mecanismos como o consentimento. Quem consente, pratica este ato de forma verdadeiramente informada e orientada, ciente da destinação e do futuro do uso de seus dados?³⁰ Esta indagação assume maior relevância no caso do consentimento de pais e responsáveis sobre dados infantis, visto que os infantes podem ter dados manuseados de forma indiscriminada, causando desdobramentos eventualmente indesejáveis na vida adulta.

Percebe-se, desta forma, que o desenvolvimento acelerado das tecnologias de informação foi um movimento não acompanhado pelos ordenamentos jurídicos em geral, o que resultou nas presentes dificuldades de controle e proteção de dados dos indivíduos, notadamente os pertencentes a grupos sociais mais vulneráveis, como são as crianças.

O aludido desenvolvimento trouxe benefícios para a sociedade, porém, em contrapartida, a geração, a utilização e o tratamento de informações pela rede identifica e individualiza os usuários das ferramentas de tecnologia, o que acirra a vigilância de dados pelos provedores, pelo mercado, enfim, por diferentes entes públicos e privados.

Essa vigilância pode ensejar a afronta aos direitos fundamentais das pessoas justamente por instigar a manipulação, o monitoramento, a análise e o processamento de informações pessoais de modo pouco criterioso ou ético. Neste sentido, pontuou Rodotá:

Proteção de dados é uma expressão de liberdade e dignidade pessoais e, como tal, não se deve tolerar que um dado seja usado de modo a transformar um indivíduo em objeto sob vigilância constante. Confrontamo-nos com uma progressão de etapas: sendo esquadrihados por meio da vigilância por vídeo e tecnologias biométricas, os indivíduos podem ser ‘modificados’ pela inserção de chips ou etiquetas ‘inteligentes’ legíveis por identificação de radiofrequência dentro de um contexto que nos transforma cada vez mais em ‘pessoas na rede’ – pessoas que estão permanentemente na rede, aos poucos configuradas para transmitir e receber sinais que permitam escanear e perfilar movimentos, hábitos e contatos (...).³¹

É possível inferir, desta feita, que a proteção de dados pessoais atinente à preservação dos direitos fundamentais à vida e à privacidade, requeria, deveras, um marco regulatório

²⁹ CASTELLS, Manuel. **A era da informação: economia, sociedade e cultura: a sociedade em rede**. São Paulo: Paz e Terra, 2016, v.1.

³⁰ Manuel Castells também asseverou que os sistemas tecnológicos são produzidos socialmente e a produção social, por sua vez, é guiada culturalmente. Caso os aspectos de cultura sejam limitados pelos algoritmos da tecnologia da informação, a tendência será que a sociedade fique mais limitada. Ocorre que o problema não é este, o da tecnologia existir, mas sim o uso que se pode fazer dela. (CASTELLS, Manuel. **A galáxia da internet: Reflexões sobre a internet, os negócios e a sociedade**. Rio de Janeiro: Editora Zahar, 2003, p. 36)

³¹ RODOTÁ, Stéfano. **A vida na sociedade da vigilância - a privacidade hoje**. Tradução: Danilo Doneda e Luciana Cabral Doneda. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 18.

específico no Direito brasileiro em especial - o que formalmente foi consolidado com a promulgação da Lei nº 13.704/2018 (LGPD). Tal legislação precisa igualmente ter mecanismos que resguardecem os dados infantis em virtude de sua vulnerabilidade acentuada, mormente nos meios digitais. Desta premissa decorre a exigência de observação da regra do consentimento parental sobre esses dados, cuja efetividade e discussões pertinentes serão esposadas no subtópico seguinte.

1.2. Breve histórico da promulgação da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD) no Brasil e o tratamento de dados pessoais das crianças: a regra do consentimento parental e suas possíveis problematizações

A tutela dos dados pessoais decorre do desenvolvimento do direito à privacidade, que, a princípio, se caracterizava unicamente pelo “direito a ser deixado só”³². Posteriormente, esse conceito se desenvolveu, podendo ser classificado em quatro categorias: “a) o direito a ser deixado só (*the right to be let alone*); b) o resguardo contra interferências alheias; c) segredo ou sigilo; d) controle sobre as informações pessoais”³³, sendo a proteção de dados pessoais um desdobramento dessa última categoria.

Nesse contexto, torna-se imperiosa a proteção dos dados pessoais como direito fundamental da pessoa humana, intrinsecamente ligado ao desenvolvimento da personalidade do indivíduo³⁴. Reforçando essa preocupação, tem-se as considerações de Rodotà, as quais sustentam que as TICs possuem um caráter invasivo, apoderando-se das relações sociais e pessoais, das transações comerciais e das atividades políticas.³⁵

Destarte, a detenção das tecnologias típicas da sociedade de informação pode autorizar a vigilância e o controle sobre dados, atividades e hábitos pessoais, o que figura como mecanismo atual de distribuição e exercício de poder e fonte de geração de receitas, como mencionado alhures. Este cenário corrobora, então, a importância da regulação da tutela dos dados pessoais.

Tal necessidade pode parecer uma discussão recente, mas já vem transcorrendo há anos. Amostra disso é que no ano de 2005 se iniciou no Brasil um estudo que foi realizado pelo

³² WARREN, Samuel D. BRANDEIS, Louis D. The right to privacy. **Harvard Law Review**, Vol. 4, No. 5. (Dec. 15, 1890), p. 193. Disponível em: <https://www.cs.cornell.edu/~shmat/courses/cs5436/warren-brandeis.pdf>. Acesso em: 30 jun. 2023.

³³ LEONARDI, Marcel. **Tutela e privacidade na Internet**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 52.

³⁴ DONEDA, Danilo. Panorama histórico da proteção de dados pessoais. In: DONEDA, Danilo *et al.* (coord.) **Tratado de proteção de dados pessoais**. São Paulo: RT, 2020, p. 19.

³⁵ RODOTÀ, Stefano. **A vida na sociedade da vigilância – a privacidade hoje**. Tradução: Danilo Doneda e Luciana Cabral Doneda. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 142.

Ministério da Justiça e por um grupo da Fundação Getúlio Vargas (FGV) sobre normas internacionais, como a Diretiva 95/46/EC da União Europeia, e de que maneira essas normas poderiam funcionar no contexto brasileiro. Este estudo culminou na abertura de uma consulta pública, em dezembro de 2010, pelo Ministério da Justiça, que visava criar um anteprojeto de lei sobre a proteção de dados.

Em 2014, com o episódio de “vazamento de dados” feito por Edward Snowden e o Brasil e sob a influência de que o País estava sendo espionado pelos Estados Unidos da América (EUA), o Brasil aprovou o Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/2014), norma fundamental na garantia de uso livre e democrático da Internet, mas que não tratou de forma específica sobre a proteção de dados.³⁶ O assunto foi retomado legislativamente em 2015, na ocasião em que o Ministério da Justiça, mediante atuação da Secretaria Nacional do Consumidor (SENACON), apresentou nova versão do anteprojeto de lei de proteção de dados pessoais.

O tema foi enfatizado em março de 2018, com a eclosão do caso “Facebook-Cambridge Analytica”. Neste escândalo, a empresa Cambridge Analytica criou um aplicativo em que os(as) usuários(as) fariam um teste de personalidade e, ao realizar o referido teste, o(a) usuário(a) não só fornecia seus dados, mas também os dados dos seus amigos na rede social. Apesar de nos termos de uso do aplicativo existir uma informação de que dados seriam coletados para fins acadêmicos, sabe-se que não é comum que as pessoas leiam os termos e condições de aplicativos.

Além disso, a própria empresa desrespeitou o que estabeleceu como uso, utilizando os dados coletados para influenciar eleições. Sabe-se que essa influência ocorreu nas eleições presidenciais americanas de 2016, bem como nas eleições relativas à saída da Inglaterra da União Europeia (fenômeno conhecido como Brexit).³⁷

Em continuidade ao trâmite legislativo da normativa de proteção de dados no País, no ano de 2016 a Presidente da República do Brasil Dilma Rousseff enviou o Anteprojeto de Lei sobre essa temática ao Congresso Nacional em regime de urgência. Este regime foi retirado pelo Presidente da República interino Michel Temer e o mencionado anteprojeto tramitou normalmente até ser aprovado em julho de 2018 pelo Senado Federal.

³⁶ AQUINO, Yara Após denúncias de espionagem, governo pedirá agilidade na votação do Marco Civil da Internet. **Agência Brasil**, 08 jul. 2013. Disponível em: <http://memoria.ebc.com.br/agenciabrasil/noticia/2013-07-08/apos-denuncias-de-espionagem-governo-pedira-agilidade-na-votacao-do-marco-civil-da-internet>. Acesso em: 01 jul. 2023.

³⁷ Cambridge Analytica se declara culpada por uso de dados do Facebook. **Revista Exame**. Disponível em: <https://exame.com/tecnologia/cambridge-analytica-se-declara-culpada-por-uso-de-dados-do-facebook/>. Acesso em: 01 jul. 2023.

Tal documento normativo foi sancionado como lei em 14 de agosto de 2018, com publicação em 15 de agosto de 2018 e previsão de “vacatio legis” de 18 meses, ou seja, a norma entraria em vigência em fevereiro de 2020. Posteriormente, tal prazo foi dilatado pela Medida Provisória (MP) 869, que foi convertida na Lei nº 13.853/2019, estipulando o prazo de vigência da LGPD para 24 meses, isto é, para agosto de 2020.

Em razão da pandemia de Covid-19, os prazos de vigência foram constantemente alterados. A MP 959, de 29 de abril de 2020, prorrogou a duração da “vacatio legis” da LGPD para 3 de maio de 2021. Já a Lei nº 14.010/2020, que dispões sobre o Regime Jurídico Emergencial e Transitório das Relações de Direito Privado na Pandemia do Covid-19, alterou a vigência da LGPD em relação à aplicação de sanções administrativas, dispostas nos artigos 52, 53 e 54, determinando que esses artigos entrariam em vigor na data de 1º de agosto de 2021.

Após conturbado fluxo legislativo, a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) brasileira foi instituída pela Lei nº 13.709, de 14 agosto de 2018, e trata, conforme explicitado em seu artigo 1º, sobre o tratamento de dados pessoais também nos meios digitais, com o escopo de proteger os “direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural”.³⁸

Os fundamentos dessa normativa³⁹ estão calcados na expansão das informações forjadas pela digitalização dos dados no âmbito do “*big data*”, prezando pela privacidade e pela autodeterminação informativa, bem como primando pela regulamentação da conduta empresarial no tocante à negociação de dados, com vistas a promover a segurança informacional, igualmente.⁴⁰ Segundo o artigo 5º, inciso X, da Lei nº 13.709/2018, o tratamento de dados consiste em:

³⁸ BRASIL. Lei 13.709, de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). **Diário Oficial da União**, Brasília, 15 ago. 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm. Acesso em: 01 jul. 2023.

³⁹ Consoante ao exposto no art. 2º da lei nº 13.709/2018, são fundamentos da disciplina de proteção de dados pessoais no Brasil o respeito à privacidade; a autodeterminação informativa; a liberdade de expressão, de informação, de comunicação e de opinião; a inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem; o desenvolvimento econômico e tecnológico e a inovação; a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor; e os direitos humanos, o livre desenvolvimento da personalidade, a dignidade e o exercício da cidadania pelas pessoas naturais. (BRASIL. Lei 13.709, de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). **Diário Oficial da União**, Brasília, 15 ago. 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm. Acesso em: 01 jul. 2023.)

⁴⁰ FORNASIER, Mateus de Oliveira; KNEBEL, Noberto Milton Paiva. O titular de dados como sujeito de direito no capitalismo de vigilância e mercantilização dos dados na Lei Geral de Proteção de Dados. **Revista Direito e Práxis**, [s. l.], jun. 2020, p. 1016. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/46944/33907>. Acesso em: 30 jun. 2023.

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;⁴¹

A definição de dado pessoal, nos termos do artigo 5º, inciso I, da LGPD, engloba as informações extraídas dos dados coletados que identifiquem diretamente ou tornem identificável uma pessoa natural (física)⁴², quais sejam, o nome, RG, CPF e endereço, por exemplo, ou, ainda, informações indiretas obtidas de dados de geolocalização de dispositivo móvel, “cookies”, endereços IP e demais identificadores eletrônicos. Morellato e Santos frisaram que é importante proteger esses dados indiretos porquanto eles “podem ser utilizados para o monitoramento do comportamento, definição de perfis e, por conseguinte, conduzir à identificação das pessoas a quem se referem”.⁴³

A mesma legislação protege os “dados sensíveis”, que, de acordo com o artigo 5º, inciso II, da Lei nº 13.709/2018, consiste em “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”.⁴⁴ O tratamento de dados pessoais, nos moldes da LGPD, exige o consentimento específico e destacado dos titulares de forma separada das demais cláusulas contratuais (art. 11, inciso I, desta lei).⁴⁵

⁴¹ BRASIL. Lei 13.709, de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). **Diário Oficial da União**, Brasília, 15 ago. 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/113709.htm. Acesso em: 01 jul. 2023.

⁴² BRASIL. Lei 13.709, de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). **Diário Oficial da União**, Brasília, 15 ago. 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/113709.htm. Acesso em: 01 jul. 2023.

⁴³ MORELLATO, Ana Carolina B.; SANTOS, André Filipe P. Reid dos. Capitalismo de vigilância e a Lei Geral de Proteção de Dados: perspectivas sobre consentimento, legítimo interesse e anonimização. **RBSD - Revista Brasileira de Sociologia do Direito**, v. 8, n. 2, maio/ago. 2021, p. 191. Disponível em: <https://revista.abrasd.com.br/index.php/rbsd/article/view/455>. Acesso em: 01 jul. 2023.

⁴⁴ BRASIL. Lei 13.709, de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). **Diário Oficial da União**, Brasília, 15 ago. 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/113709.htm. Acesso em: 01 jul. 2023.

⁴⁵ “Essa preocupação se origina a partir dos impactos da publicidade comportamental, que vêm utilizando os dados sensíveis dos usuários para interferir diretamente nos seus direitos individuais e em sua autonomia. No caso dos dados biométricos, uma pessoa que usa um aplicativo de celular para acompanhar e controlar seus batimentos cardíacos e que venha a ser acometida por insuficiência cardíaca no futuro pode estar exposta à monetização dessas informações ou o seu vazamento para seguradoras de saúde que exigirão do usuário um custo abusivo no seu tratamento. Já na hipótese de vazamento de dados sobre a convicção religiosa ou opinião política, o usuário pode estar sujeito à intolerância e discriminação nos mais variados setores como no recrutamento de vagas de emprego, por exemplo. Existem exceções à regra do consentimento do titular para a coleta do dado sensível, como no caso do cumprimento de obrigação legal ou regulatória pela pessoa física ou jurídica responsável pelas decisões sobre o tratamento de dados pessoais, da tutela da saúde por profissionais da área ou por entidades sanitárias, da proteção da vida ou da incolumidade física do titular e da realização de estudos por órgãos de pesquisa, quando assegurarem a anonimização dos dados pessoais, caso possível (art. 11, II).” (MORELLATO, Ana Carolina B.; SANTOS, André

Deste modo, ainda na condição de Projeto de Lei, a atual LGPD já possuía como premissa, nas palavras de Laura Schertel Mendes e Danilo Doneda, esta concretização do direito fundamental à privacidade e proteção de dados pessoais, tendo em vista a indispensabilidade dessa jusgarantia “para o exercício da cidadania, da autodeterminação informativa e da proteção da dignidade da pessoa humana na sociedade contemporânea”⁴⁶, cuja utilização de informações, como sabido, é intensa tanto por entes públicos quanto privados. Assim prossegue o raciocínio desses autores:

Neste cenário, o cidadão, nos seus mais diversos papéis sociais – como contribuinte, paciente, trabalhador, beneficiário de programas sociais ou como consumidor – tem seus dados processados diuturnamente. Uma combinação de técnicas automatizadas permite a obtenção de informações sensíveis sobre os cidadãos e a construção de verdadeiros perfis virtuais, que passam a fundamentar a tomada de decisões econômicas, políticas e sociais, criando uma demanda por instrumentos capazes de contrabalancear possíveis abusos.⁴⁷

No campo da iniciativa privada, em especial à atuação empresarial, embora a promulgação da LGPD pudesse gerar certo receio inicial em virtude da preocupação com os custos de conformidade a esse corpo normativo (o aumento do custo Brasil), fato é que essa legislação representou o alavancamento de oportunidades econômicas, conforme Bioni, por três razões, basicamente. A primeira é a de que o melhor conhecimento da base de dados pelas empresas para a atribuição de finalidade específica a esses dados (um dos princípios da LGPD) é um exercício que pode auxiliar na reflexão sobre o próprio modelo de negócio para fins de lançamento de novos produtos e serviços.⁴⁸

Depois, a adequação das instituições à LGPD “pode melhorar a reputação da empresa, na medida em que o tratamento adequado dos dados pode ser explorado no plano de comunicação para reforçar a confiança com o titular da informação”. Por fim, a lei preconiza exigências sobre segurança da informação prevenindo o “vazamento de dados” e tem previsão de medidas e sanções que podem contornar este quadro, caso ocorra. Desta maneira, percebe-se que a edição legislativa de proteção de dados pode contribuir para agregar valor e

Filipe P. Reid dos. Capitalismo de vigilância e a Lei Geral de Proteção de Dados: perspectivas sobre consentimento, legítimo interesse e anonimização. **RBSD - Revista Brasileira de Sociologia do Direito**, v. 8, n. 2, maio/ago. 2021, p. 191-192. Disponível em: <https://revista.abrasd.com.br/index.php/rbsd/article/view/455>. Acesso em: 01 jul. 2023.)

⁴⁶ MENDES, Laura Schertel; DONEDA, Danilo. Marco jurídico para a cidadania digital: uma análise do Projeto de Lei 5.276/2016. **Revista de Direito Civil Contemporâneo-RDCC (Journal of Contemporary Private Law)**, v. 9, p. 36, 2016.

⁴⁷ Ibidem, p. 36.

⁴⁸ BIONI, Bruno Ricardo. Inovar pela Lei. **Gv/Executivo**, v. 18, n. 4, jul/ago 2019, p. 33. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/gvexecutivo/article/view/79978>. Acesso em: 03 jul. 2023.

competitividade a uma organização, tendo implicações econômicas interessantes.⁴⁹ Em síntese, Bruno Bioni e Renato Leite Monteiro consignam que:

Nesse sentido, uma Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, visa garantir a autodeterminação informativa, ao mesmo tempo que visa fomentar o desenvolvimento econômico e tecnológico por meio de regras balanceadas para assegurar os interesses de todos os atores de uma economia e sociedade cada vez mais movida por dados. Nesse cenário a iniciativa privada poderá se valer da proteção de dados pessoais como diferencial competitivo e uma vantagem econômico, algo que acompanha historicamente a arquitetura de leis gerais de proteção de dados pessoais.⁵⁰

Expressas essas considerações que caracterizam a validade e a relevância da tutela jurídica dos dados pessoais tanto para os sujeitos quanto para a ordem econômica, entende-se que o fio condutor da LGPD é a autonomia privada, explicitada pelo ato do consentimento. Nos termos do artigo 5º, inciso XII, da LGPD, o consentimento é definido como “manifestação livre, informada e inequívoca pela qual o titular concorda com o tratamento de seus dados pessoais para uma finalidade determinada”.⁵¹

A seu turno, a definição legal de titular é, consoante o artigo 5º, inciso V, da LGPD, “pessoa natural a quem se referem os dados pessoais que são objeto de tratamento”⁵², isto é, o sujeito de direito que cede dados ao controlador e ao operador. Tal cessão, então, se viabiliza por meio do consentimento.

Na visão tradicional do consentimento, como esclarecido por Laura Schertel Mendes e Gabriel C. Soares da Fonseca, o indivíduo está no centro do processo decisório sobre do que é feito seus dados pessoais. Nos casos em que o tratamento de dados não está explicitamente autorizado por uma norma, a resposta positiva ideal de empoderamento do titular deriva da obtenção de seu consentimento individual com a aceitação dos termos do tratamento, depois de prévia informação da finalidade da coleta (“*notice and consent*”).⁵³

⁴⁹ Ibidem, p. 33.

⁵⁰ BIONI, Bruno; MONTEIRO, Renato Leite. Proteção de Dados Pessoais Como Elemento de Inovação e Fomento à Economia: O impacto econômico de uma lei geral de dados. In: REIA, Jhessica; FRANCISCO, Pedro Augusto P.; BARROS, Marina; MAGRANI, Eduardo. **Horizonte presente tecnologia e sociedade em debate**. Belo Horizonte: Casa do Direito; FGV, p. 234-235, 2019. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/27448/Horizonte%20presente%20%20tecnologia%20e%20sociedade%20em%20debate.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 02 jul. 2023.

⁵¹ BRASIL. Lei 13.709, de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). **Diário Oficial da União, Brasília**, 15 ago. 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/13709.htm. Acesso em: 01 jul. 2023.

⁵² Ibidem.

⁵³ MENDES, Laura Schertel; FONSECA, Gabriel C. Soares da. Proteção de dados para além do consentimento: tendências contemporâneas de materialização. **REI - Revista Estudos Institucionais**, 6(2), 2020, p. 513. Disponível em: <https://www.estudosinstitucionais.com/REI/article/view/521>. Acesso em: 05 jul. 2023

Segundo assertivas desses autores, o instrumento do consentimento tornou-se diretriz dominante na busca pela materialização da desejada autonomia do titular dos dados, em especial no mundo digitalmente conectado. Assim prosseguiram sobre este instituto jurídico:

Na prática, então, o consentimento figurou por muito tempo como núcleo de legitimidade jurídica do regime protetivo dos dados pessoais, viabilizando vários tratamentos de dados por entidades públicas e privadas: o indivíduo foi informado das práticas? Consentiu com o tratamento de dados realizado? Caso positivo, essas práticas e esses tratamentos se tornam legítimos, por terem passado pelo crivo individual do titular (SOLOVE, 2013, p. 1880-1882; DONEDA, 2019, p. 198).⁵⁴

O consentimento já figurava, assim, como elemento fulcral para o exercício dos direitos na esfera digital e para a cidadania, tendo este perfil, igualmente, no texto da Lei nº 12.965/2014 (Marco Civil da Internet), uma vez que era indispensável o “consentimento expresso e inequívoco” em contratos que versassem sobre coleta, uso, armazenamento e tratamento de dados pessoais, por exemplo, de acordo com o art. 7º, inciso IX, da aludida legislação.⁵⁵ Bioni e Monteiro colocam o consentimento como “pedra angular” do tratamento de dados pessoais, porém anotam as seguintes ressalvas acerca desse instituto, em uma comparação feita entre o Marco Civil da Internet e a LGPD, a saber:

Diferentemente do Marco Civil da Internet, a LGPD (BIONI; MONTEIRO, [s.d.]) traz em seu texto dez hipóteses autorizativas para o tratamento de dados pessoais, sendo o consentimento apenas uma delas. Ainda, a adjetivação do consentimento é mais fluída, aceitando que este seja inequívoco e para finalidades determinadas (BIONI, [s.d.]),¹⁰ a exceção caso o tratamento seja de dados pessoais sensíveis ou para fins de transferência internacional. Isso pode evitar com que tratamento de dados sejam realizados fora do escopo legal da norma, ou em afronta direta a esta.⁵⁶

⁵⁴ MENDES, Laura Schertel; FONSECA, Gabriel C. Soares da. Proteção de dados para além do consentimento: tendências contemporâneas de materialização. **REI - Revista Estudos Institucionais**, 6(2), 2020, p. 513. Disponível em: <https://www.estudosinstitucionais.com/REI/article/view/521>. Acesso em: 05 jul. 2023

⁵⁵ Também no art. 7º, VII, da Lei nº 12.965/2014, o instituto do consentimento é referenciado, uma vez que consta, nesse dispositivo legal, a vedação ao fornecimento de dados pessoais a terceiros, salvo mediante consentimento. No art. 16, I, desta norma, há, igualmente, a proibição da guarda de registros de acesso em aplicativos, sem consentimento, e o art. 16, II, não permite a guarda de dados para fins alheios ao consentimento do titular (BRASIL. Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. **Diário Oficial da União**, Brasília, 24 abr. 2014. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm. Acesso em: 01 out. 2021)

⁵⁶ BIONI, Bruno; MONTEIRO, Renato Leite. Proteção de Dados Pessoais Como Elemento de Inovação e Fomento à Economia: O impacto econômico de uma lei geral de dados. In: REIA, Jhessica; FRANCISCO, Pedro Augusto P.; BARROS, Marina; MAGRANI, Eduardo. **Horizonte presente tecnologia e sociedade em debate**. Belo Horizonte: Casa do Direito; FGV, p. 238, 2019. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/27448/Horizonte%20presente%20tecnologia%20e%20sociedade%20em%20debate.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 02 jul. 2023.

A redação da LGPD apresenta, deveras, dez hipóteses para tratamento de dados pessoais no artigo 7º⁵⁷, sendo o consentimento do titular de dados uma delas. Cada uma dessas hipóteses apresentam particularidades que não serão exploradas neste trabalho, em virtude do enfoque que será dado ao consentimento do titular (em especial da população infantil, hipervulnerável neste contexto), pois este requisito e o da alegação de legítimo interesse do controlador sobre o dado pessoal a ser coletado representam as bases principais do atual debate sobre regulação de dados.⁵⁸

Especificamente no que tange ao consentimento, este figura de maneira central em grande parte das leis de proteção de dados mundo afora, pois muitos sistemas de proteção adotam uma política que eleva a carga de participação do indivíduo na autodeterminação de suas informações pessoais.⁵⁹ Essa atuação participativa manifestada de modo livre, informado e inequívoco, como está na LGPD, exige, por um lado, a ciência prévia do titular de dados sobre a coleta, o uso e o compartilhamento dos seus dados, uma vez que tal situação permitirá, a princípio, maior controle de seus dados, no intuito de que a autodeterminação informacional seja realmente livre e genuína.⁶⁰

A outro giro, subsiste uma obrigação de informação para quem interessa esses dados (por exemplo, as empresas), sendo insuficiente o mero cumprimento formal do ato de consentir.

⁵⁷ “Art. 7º O tratamento de dados pessoais somente poderá ser realizado nas seguintes hipóteses: I - mediante o fornecimento de consentimento pelo titular; II - para o cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador; III - pela administração pública, para o tratamento e uso compartilhado de dados necessários à execução de políticas públicas previstas em leis e regulamentos ou respaldadas em contratos, convênios ou instrumentos congêneres, observadas as disposições do Capítulo IV desta Lei; IV - para a realização de estudos por órgão de pesquisa, garantida, sempre que possível, a anonimização dos dados pessoais; V - quando necessário para a execução de contrato ou de procedimentos preliminares relacionados a contrato do qual seja parte o titular, a pedido do titular dos dados; VI - para o exercício regular de direitos em processo judicial, administrativo ou arbitral, esse último nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996 (Lei de Arbitragem); VII - para a proteção da vida ou da incolumidade física do titular ou de terceiro; VIII - para a tutela da saúde, exclusivamente, em procedimento realizado por profissionais de saúde, serviços de saúde ou autoridade sanitária; (Redação dada pela Lei nº 13.853, de 2019) Vigência; IX - quando necessário para atender aos interesses legítimos do controlador ou de terceiro, exceto no caso de prevalecerem direitos e liberdades fundamentais do titular que exijam a proteção dos dados pessoais; ou X - para a proteção do crédito, inclusive quanto ao disposto na legislação pertinente.” (...) (BRASIL. Lei 13.709, de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). **Diário Oficial da União, Brasília**, 15 ago. 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/13709.htm. Acesso em: 01 jul. 2023.)

⁵⁸ MORELLATO, Ana Carolina B.; SANTOS, André Filipe P. Reid dos. Capitalismo de vigilância e a Lei Geral de Proteção de Dados: perspectivas sobre consentimento, legítimo interesse e anonimização. **RBSD - Revista Brasileira de Sociologia do Direito**, v. 8, n. 2, maio/ago. 2021, p. 192. Disponível em: <https://revista.abrasd.com.br/index.php/rbsd/article/view/455>. Acesso em: 01 jul. 2023.

⁵⁹ SOLOVE, Daniel J. Introduction: Privacy self-management and the consent dilemma. **Harvard Law review**, v. 126, p. 1880, 2013. Disponível em: <https://harvardlawreview.org/print/vol-126/introduction-privacy-self-management-and-the-consent-dilemma>. Acesso em: 05 jul. 2023.

⁶⁰ MORELLATO, Ana Carolina B.; SANTOS, André Filipe P. Reid dos. Capitalismo de vigilância e a Lei Geral de Proteção de Dados: perspectivas sobre consentimento, legítimo interesse e anonimização. **RBSD - Revista Brasileira de Sociologia do Direito**, v. 8, n. 2, maio/ago. 2021, p. 192. Disponível em: <https://revista.abrasd.com.br/index.php/rbsd/article/view/455>. Acesso em: 01 jul. 2023.

Ter ampla percepção do conteúdo da informação é direito do usuário/titular de dados e é o fornecedor que deterá esse conhecimento.⁶¹ Como há esse desequilíbrio de poder no tratamento da informação, é possível inferir que o ato de consentimento é incipiente para a tutela da proteção da privacidade.

A LGPD requer, ademais, que o consentimento esteja associado à finalidade específica quando do tratamento, o que implica afirmar que o titular deve ter conhecimento do propósito específico conferido aos seus dados. Ocorre que a designação de finalidades costuma ser genéricas, o que acaba por esvaziar a autonomia do usuário.⁶²

Aduz-se, assim, que a própria LGPD, consagradora de direitos privados e fundamentais, traz em seu bojo situações contraditórias no tocante ao consentimento: o texto da lei reconhece uma (hiper) vulnerabilidade dos usuários (titulares dos dados) e, concomitantemente, estipula requisitos/hipóteses para que essas pessoas entreguem seus dados, independentemente dos limites de cognição do consentimento⁶³ - isto é, prescindindo da capacidade real do titular de dados de compreender e avaliar os riscos e os danos aos quais eventualmente estará sujeito.⁶⁴ Nas palavras de Fornasier e Knebel:

A LGPD tende a permitir a criação de maiores condições para implementação de um mercado de dados no Brasil, sendo o consentimento do titular o instrumento de regulação e legitimidade que a lei entrega a esse novo mercado, tornando a exploração de dados nada além de uma contratação.⁶⁵

A LGPD acaba por expor, desta forma, a importância da autonomia privada, contudo dando ênfase somente ao viés de mero contratante do usuário, concebendo-o como indivíduo apto a empreender uma autorregulação e controle do uso imposto aos seus dados pessoais - o que geralmente não acontece na realidade fática.

^{61 61} MORELLATO, Ana Carolina B.; SANTOS, André Filipe P. Reid dos. Capitalismo de vigilância e a Lei Geral de Proteção de Dados: perspectivas sobre consentimento, legítimo interesse e anonimização. **RBSD** - Revista Brasileira de Sociologia do Direito, v. 8, n. 2, maio/ago. 2021, p. 192. Disponível em: <https://revista.abrasd.com.br/index.php/rbsd/article/view/455>. Acesso em: 01 jul. 2023.

⁶² Ibidem, p. 196.

⁶³ FORNASIER, Mateus de Oliveira; KNEBEL, Noberto Milton Paiva. O titular de dados como sujeito de direito no capitalismo de vigilância e mercantilização dos dados na Lei Geral de Proteção de Dados. **Revista Direito e Práxis**, [s. l.], jun. 2020, p. 2018. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/46944/33907>. Acesso em: 30 jun. 2023.

⁶⁴ MORELLATO, Ana Carolina B.; SANTOS, André Filipe P. Reid dos. Capitalismo de vigilância e a Lei Geral de Proteção de Dados: perspectivas sobre consentimento, legítimo interesse e anonimização. **RBSD** - Revista Brasileira de Sociologia do Direito, v. 8, n. 2, maio/ago. 2021, p. 193. Disponível em: <https://revista.abrasd.com.br/index.php/rbsd/article/view/455>. Acesso em: 01 jul. 2023.

⁶⁵ FORNASIER, Mateus de Oliveira; KNEBEL, Noberto Milton Paiva. O titular de dados como sujeito de direito no capitalismo de vigilância e mercantilização dos dados na Lei Geral de Proteção de Dados. **Revista Direito e Práxis**, [s. l.], jun. 2020, p. 1006. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/46944/33907>. Acesso em: 30 jun. 2023.

Os titulares de dados, de maneira geral e incluindo neste recorte as crianças, possuem dificuldade de entendimento dos termos de uso de produtos e serviços digitais, seja pela complexidade dos termos ou pela extensão dos documentos. Schertel e Fonseca ratificam isto ao detalhar as limitações cognitivas dos titulares dos dados pessoais para avaliar os custos e os benefícios envolvidos quanto aos seus direitos de personalidade, sendo tais limitações uma das primeiras insuficiências do paradigma do consentimento como foco de regulação, como reproduzido a seguir:

Apesar da grande relevância dada à apresentação de informações pela entidade responsável pelo tratamento de dados, estudos têm indicado que, ao tomar decisões sobre sua privacidade e sobre seus dados, os indivíduos muitas vezes sequer leem regularmente as “*Políticas de Privacidade*” ou “*Informações sobre o Uso de Dados*” que lhe são apresentadas (MILNE; CULNAN, 2004), o que pode tornar a medida inócua. Mais do que isso, as informações disponibilizadas costumam ser de difícil compreensão, haja vista a complexidade e sofisticação do tratamento de dados na espécie, envolvendo vários conceitos técnicos e jurídicos ou até mesmo o tamanho das letras e a extensão do texto. Em verdade, o próprio excesso de informações pode ser prejudicial, sobrecarregando a cognição do titular dos dados acerca dos efeitos atinentes às questões apresentadas (MACEDO JUNIOR, 1999, p. 247). Além disso, até mesmo a maneira com que essas regras e essas escolhas são disponibilizadas (*framed*) pode influenciar sensivelmente o processo decisório de se consentir ou não (ACQUISITI, 2009, p. 83).⁶⁶

Desta maneira, a supervalorização da obtenção do consentimento expresso dos titulares dos dados se mostra descompassada com o objetivo de se conceder mais autonomia e proteção a esses indivíduos e aos seus direitos de personalidade, uma vez que nem sempre o consentimento individual equivale à vontade real dos titulares de dados, os quais comumente não entendem os efeitos de suas escolhas, a partir dos documentos supracitados, no espaço digital.

Em sequência a este ponto de insuficiência, Schertel e Fonseca sustentam que, somado ao fato de os termos das políticas de privacidade poderem ser muito complexos e abstratos, obstando a compreensão mais transparente a respeito do concreto emprego dos dados, muitos desses termos negociais utilizam a lógica binária “*take it or leave it*”, ou seja, a pessoa consente ou não com a cessão de dados, sem outras alternativas.⁶⁷

Na hipótese de não-consentimento, o indivíduo não desfruta do serviço ou do produto pretendido, o que gera uma genuína imposição de terceiros sobre a decisão individual: o “não

⁶⁶ MENDES, Laura Schertel; FONSECA, Gabriel C. Soares da. Proteção de dados para além do consentimento: tendências contemporâneas de materialização. **REI - Revista Estudos Institucionais**, 6(2), 2020, p. 515. Disponível em: <https://www.estudosinstitucionais.com/REI/article/view/521>. Acesso em: 05 jul. 2023

⁶⁷ Ibidem, p. 516.

consentir”, neste caso, interfere na liberdade e na autonomia decisórias, e pode repercutir na sociabilidade ou no acesso à informação das pessoas na era digital. Neste quadro, então, os usuários de serviços/produtos podem não avaliar satisfatoriamente os eventuais riscos e danos aos seus direitos fundamentais a fim de não serem excluídos dessa sociedade da informação.⁶⁸

Fornasier e Knebel aprofundam a análise dessa insuficiência do consentimento à luz da existência de diferenças, no capitalismo de vigilância, entre os usuários/titulares de dados e os controladores desses dados, consubstanciando a denominada “assimetria de poder” - o que agrava o cenário ora analisado.⁶⁹ O usuário, mediante o consentimento, entrega seus dados às instituições públicas ou privadas; no caso de coleta de dados pelas empresas, estas os analisam e “renderizam” no mercado de previsão de comportamento, ocorrendo, em tese, o melhoramento dos produtos ou dos serviços a serem retornados a estes usuários.⁷⁰

Ocorre na prática, no entanto, o desequilíbrio informacional entre instituições fornecedoras e usuários titulares de dados e, no sistema capitalista vigente, isto representa lucratividade para as citadas instituições, uma vez que:

é necessário retirar do usuário/ titular o poder de processar dados de forma complexa, restringindo assim seus domínios, ao aceite dos termos de serviço (consentimento), o qual, quando livre e devidamente informado, não sana a questão estrutural de estratificação, caracterizada, de um lado, pela capacidade de gerir inteligências artificiais complexas e em tempo real, além do contingente humano empregado; e de outro, um consumidor de produtos de uso final (como celulares e computadores pessoais). Portanto, esses dados não possuem qualquer valor relevante quando estão na posse exclusiva de seus titulares, tornando-se realmente rentáveis apenas após o seu processamento por complexos sistemas privados.⁷¹

Logo, a assimetria informacional funda-se em uma “abstração tecnológica indecifrável” na qual os usuários entregam dados comportamentais pessoais “em troca” do melhor uso de produtos ou serviços da era digital - os quais se afiguram cada vez mais como necessários para o cotidiano. Essa assimetria representa a discrepância entre os usuários e os entes coletores dos dados: aqueles só podem entregar os dados, enquanto os entes mencionados (as empresas, por

^{68 68} MENDES, Laura Schertel; FONSECA, Gabriel C. Soares da. Proteção de dados para além do consentimento: tendências contemporâneas de materialização. **REI - Revista Estudos Institucionais**, 6(2), 2020, p. 516. Disponível em: <https://www.estudosinstitucionais.com/REI/article/view/521>. Acesso em: 05 jul. 2023

⁶⁹ MORELLATO, Ana Carolina B.; SANTOS, André Filipe P. Reid dos. Capitalismo de vigilância e a Lei Geral de Proteção de Dados: perspectivas sobre consentimento, legítimo interesse e anonimização. **RBSD - Revista Brasileira de Sociologia do Direito**, v. 8, n. 2, maio/ago. 2021, p. 193. Disponível em: <https://revista.abrasd.com.br/index.php/rbsd/article/view/455>. Acesso em: 01 jul. 2023.

⁷⁰ FORNASIER, Mateus de Oliveira; KNEBEL, Noberto Milton Paiva. O titular de dados como sujeito de direito no capitalismo de vigilância e mercantilização dos dados na Lei Geral de Proteção de Dados. **Revista Direito e Práxis**, [s. I.], jun. 2020, p. 1021-1022. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/46944/33907>. Acesso em: 30 jun. 2023.

⁷¹ Ibidem, p. 1022.

exemplo) “conseguem interpretá-los devido ao aporte tecnológico do aprendizado profundo e das inteligências artificiais”.⁷² Os coletores de dados podem, ainda, extrair novas informações diferentes da finalidade original de coleta, o que gera novos valores (e ganhos) político-econômicos.

Esta assimetria, igualmente, é intensificada com as prerrogativas que “as corporações passam a deter sobre a coleta de dados e a formação de modelos de negócios no qual a própria experiência humana é um *commodity*”.⁷³ Morellato e Santos continuam este raciocínio:

O poder do mercado é consubstanciado na opacidade e nas vantagens competitivas baseadas no ocultamento das informações, através de operações. E mesmo quando temos acesso a uma parte ínfima dessas informações, operações secretas paralelas convertem o excedente em operações mercadológicas que vão além dos nossos interesses, e nós não temos o controle porque não somos essenciais para essas ações mercadológicas (ZUBOFF, 2019, p. 100).⁷⁴

Assim sendo, a vinculação da proteção de dados ao consentimento ínsito ao paradigma contratual clássico civilista equivale a dizer que os usuários de serviços/produtos “online” podem escolher pela cessão de seus dados conforme a autonomia privada, dispondo desses dados de forma livre. Nessa perspectiva, tal entrega de dados é atividade trivial, comum para acesso ao ambiente digital, sem maiores questionamentos.

O dilema dessa discussão emerge com a constatação até aqui explorada de que todos esses dados podem ser manipulados e trazer conteúdos que podem prejudicar a privacidade dos indivíduos, pois a destinação e a aplicação das informações obtidas não são integralmente conhecidas pelos usuários. O sistema jurídico, através da LGPD, reconhece tal assimetria e as novas relações sociais (e político-econômicas) da sociedade da informação, haja vista que ela tipifica os diferentes integrantes do tratamento de dados (figuras do titular dos dados, do controlador e do encarregado, no artigo 5º desta legislação).

Além disso, este regulamento trata da transferência internacional e do uso compartilhado de dados. E, embora a LGPD seja uma lei que nota a vulnerabilidade dos titulares de dados na condição de consumidores, por exemplo, ela não se afasta da constatação

⁷² FORNASIER, Mateus de Oliveira; KNEBEL, Noberto Milton Paiva. O titular de dados como sujeito de direito no capitalismo de vigilância e mercantilização dos dados na Lei Geral de Proteção de Dados. **Revista Direito e Práxis**, [s. l.], jun. 2020, p. 1025. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/46944/33907>. Acesso em: 30 jun. 2023.

⁷³ MORELLATO, Ana Carolina B.; SANTOS, André Filipe P. Reid dos. Capitalismo de vigilância e a Lei Geral de Proteção de Dados: perspectivas sobre consentimento, legítimo interesse e anonimização. **RBSD - Revista Brasileira de Sociologia do Direito**, v. 8, n. 2, maio/ago. 2021, p. 193. Disponível em: <https://revista.abrasd.com.br/index.php/rbsd/article/view/455>. Acesso em: 01 jul. 2023.

⁷⁴ Ibidem, p. 193-194.

de que é uma normativa inserida em um contexto histórico, econômico, social e político específico, enviesado pelo capitalismo, que não permite efetivamente a participação dos indivíduos na própria gestão dos seus dados de forma plena.⁷⁵

Reconhece-se com a norma, portanto, a problemática do extrativismo de dados; os usuários não ostentam condições fáticas para exercerem livremente a gestão de seus dados pessoais; o que lhes compete é apenas consentir com a obtenção desses dados pelos prestadores de serviços digitais. “A figura do titular como sujeito de direito na economia de dados é a afirmação histórica da atual economia política: o cidadão, pretensamente igual, que pode dispor de seus dados ao capitalista”.⁷⁶

A questão do consentimento parental torna-se objeto de maior problematização com esta abordagem. No caso de obtenção de dados de crianças no Brasil, a LGPD determina que, para estas pessoas de até 12 anos de idade incompletos⁷⁷, o tratamento de dados deverá ser realizado com o consentimento específico e feito por, pelo menos, um dos pais ou pelo responsável legal (artigo 14, §1º, da Lei nº 13.704/2018), devendo ser um ato livre, informado e direcionado a um tratamento de dados para finalidade determinada.⁷⁸

As crianças, de maneira geral, estão bastante inseridas no mundo digital. A internet tem possibilitado a elas e aos adolescentes maior participação em discussões e atividades criativas, além de acesso à informação e à educação.⁷⁹ Ilustram esse panorama de maior inserção infantil na sociedade conectada os dados da oitava edição da pesquisa TIC Kids Online Brasil do Comitê Gestor da Internet no Brasil, coletados em período imediatamente anterior à pandemia da Covid-19 (entre outubro de 2019 e março de 2020). De acordo com esse estudo, 89% da população entre 9 e 17 anos era usuária de Internet no Brasil em 2019, proporção que equivale a cerca de 24 milhões de crianças e adolescentes na faixa etária investigada.⁸⁰

⁷⁵ FORNASIER, Mateus de Oliveira; KNEBEL, Noberto Milton Paiva. O titular de dados como sujeito de direito no capitalismo de vigilância e mercantilização dos dados na Lei Geral de Proteção de Dados. **Revista Direito e Práxis**, [s. l.], jun. 2020, p. 1022-1023. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/46944/33907>. Acesso em: 30 jun. 2023.

⁷⁶ Ibidem, p. 1024.

⁷⁷ Conforme o texto do artigo 2º, “caput” da Lei nº 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA), no Brasil “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 junho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 16 jul. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8069.htm. Acesso em: 01 jun. 2023.)

⁷⁸ BRASIL. Lei 13.709, de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). **Diário Oficial da União**, Brasília, 15 ago. 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm. Acesso em: 01 jul. 2023.

⁷⁹ TEFFÉ, Chiara Spadaccini de. Proteção de dados de crianças e adolescentes. **Revista do Advogado**, nº 144, nov. 2018, p. 54-59.

⁸⁰ Ainda segundo este levantamento, as crianças brasileiras realizam expressivamente atividades multimídia, de educação e de comunicação no mundo virtual: considerando o total de usuários de 9 a 17 anos, 83% assistiram a

Essa maior participação virtual, no entanto, embute potenciais riscos aos infantes. Na leitura de Marc Prensky, as crianças são os denominados “nativos digitais”, pessoas nascidas desde o início do século XXI que dialogam por um idioma digital próprio do universo dos computadores, dos “*videogames*” e da Internet. As crianças representam, dessa maneira, a primeira geração que cresce envolta por essas novas tecnologias.⁸¹

Em que pese elas, muitas vezes, terem mais domínio sobre os recursos tecnológicos que seus pais ou responsáveis (tidos como “imigrantes digitais”⁸², pessoas que estão se adaptando a esta realidade), fato é que as crianças possuem pouco discernimento sobre o público e o privado, esferas mais conhecidas por adultos que vivenciaram as comunidades tradicionais (não virtuais), além de não terem ciência plena dos mecanismos de vigilância e controle da sociedade da informação.⁸³

As crianças, igualmente, não possuem ampla compreensão dos mecanismos de funcionamento de muitos produtos e serviços fornecidos virtualmente, passando muitas vezes despercebidos por elas, assim, o interesse comercial implícito na transação dos dados obtidos dos usuários.

Além da vigilância que os pais e outros responsáveis, como as escolas, podem empreender sobre as crianças via monitoramento delas por câmeras, por exemplo, o mercado também age nesse campo. A atuação mercadológica se direciona para o refinamento de técnicas antigas de oferta e desenvolvendo de objetos tecnológicos, tais como brinquedos conectados, cujos riscos “não podem ser totalmente neutralizados, agravando as violações à privacidade e agregando discussões éticas ao tema da coleta de dados pessoais das crianças”.⁸⁴

A privacidade infantil, portanto, deve ser protegida para evitar práticas de terceiros de má-fé - o que, por si só, justifica uma vigilância sobre o comportamento e as relações sociais das crianças⁸⁵ -, mas pela necessidade de garantir o desenvolvimento dessa população, bem

vídeos, programas, filmes ou séries na Internet; 76% pesquisaram na Internet para trabalhos escolares; e 68% utilizaram redes sociais. (BRASIL. Comitê Gestor da Internet no Brasil. **TIC Kids Online Brasil**: Pesquisa sobre o uso da internet por crianças e adolescentes no Brasil 2018. São Paulo: Comitê Gestor da Internet no Brasil, 2019. Disponível em: <https://cetic.br/publicacao/pesquisa-sobre-o-uso-da-internet-por-criancas-e-adolescentes-no-brasil-tic-kids-online-brasil-2018/>. Acesso em: 03 jun. 2023.)

⁸¹ PRENSKY, Marc. Digital Natives, Digital Immigrants Part I. **On The Horizon**, [s.l.], v. 9, n. 5, p. 1, set. 2001. Emerald. Disponível em: <https://www.marcprensky.com/writing/Prensky%20-%20Digital%20Natives,%20Digital%20Immigrants%20-%20Part1.pdf>. Acesso em: 30 mai. 2023.

⁸² Ibidem, p. 2.

⁸³ EBERLIN, Fernando Büscher von Teschenhausen. **Direitos da Criança na Sociedade da Informação**: Ambiente Digital, Privacidade e Dados Pessoais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 126.

⁸⁴ Ibidem, p. 127.

⁸⁵ No ano de 2017, em um estudo sobre participação infantil no mundo digital, pesquisadores do Fundo das Nações Unidas para a Infância (UNICEF, sigla em inglês) classificaram a grande variedade de riscos à infância no ambiente digital em três categorias: riscos de conteúdo, contato e conduta. Os de conteúdo ocorrem quando a

como os seus direitos de provisão e de participação em uma realidade digitalizada incontornável.⁸⁶ Diante dessa constatação, Fernando Eberlin colaciona quatro desafios principais para as normas protetivas de dados para os menores de 12 anos no Brasil.

O primeiro desafio abrange o reconhecimento da legitimidade das crianças no direito de privacidade e as suas limitações: elas são titulares dessa jusgarantia, contudo a fruição desse direito deve ser equilibrada com os interesses de proteção dessas pessoas em desenvolvimento. No âmbito do exercício do poder familiar, ainda cabe aos pais ou responsáveis da criança estipular o grau de independência, autonomia e privacidade dela, em consonância com seu nível de maturidade, sendo adequado assumir medidas cabíveis para a proteção dessas pessoas por conta de sua vulnerabilidade específica.⁸⁷

O segundo desafio concernente à proteção de dados e da privacidade de crianças se refere à exposição excessiva de suas informações pessoais, inclusive por pais ou responsáveis. A exposição desmedida de certos dados infantis, tais como informações médicas, infrações, dados de desempenho escolar, de processo de adoção e guarda, podem impactar até a vida adulta dos infantes, trazendo consequências negativas sobre suas possibilidades de desenvolvimento e comportamento. A mesma atenção deve ser destinada à exposição pública de fatos de caráter privado (como vídeos e fotos colocadas na Internet por terceiros)⁸⁸, que não possui interesse público, tampouco intenção da criança de dar publicidade ao fato.⁸⁹

criança está exposta a um conteúdo não desejado ou inapropriado à sua faixa etária, tais como imagens sexuais, pornográficas e violentas; algumas formas de publicidade; material racista, discriminatório ou de ódio, e “sites” defensores de comportamentos pouco saudáveis ou perigosos, como autolesões, suicídio e anorexia. Os riscos de contato, a seu turno, representam a situação na qual a criança participa de uma comunicação como a estabelecida com um adulto que busca contato inapropriado ou se dirige à criança para fins sexuais, ou com pessoas que intentam persuadi-la para que participe de condutas insalubres ou perigosas. Por fim, os riscos de conduta acontecem quando a criança se comporta de uma maneira que contribui para a produção de um conteúdo ou contato arriscado. São exemplos disso: crianças escrevendo ou elaborando materiais de conteúdo odioso sobre seus pares, com incitação ao racismo, ou publicação e distribuição de imagens sexuais, incluindo o material produzido pelo próprio menor de idade (UNICEF. **Estado Mundial de la Infancia 2017** – Niños em um Mundo Digital, p. 72. Disponível em: https://www.unicef.org/media/48591/file/SOWC_2017_SP.pdf. Acesso em: 05 out. 2021.)

⁸⁶ EBERLIN, Fernando Büscher von Teschenhausen. **Direitos da Criança na Sociedade da Informação:** Ambiente Digital, Privacidade e Dados Pessoais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 128-129.

⁸⁷ Ibidem, p. 128-129.

⁸⁸ A inserção de informações pessoais de crianças na internet realizada pelos seus pais recebe o nome de “*Sharetting*”, palavra da língua inglesa que vem da fusão de “*share*” (compartilhar) e “*parenting*” (cuidar, no sentido de exercer o poder familiar). Essa prática coloca em conflito o direito à privacidade das crianças, o direito à liberdade de expressão dos pais, de manifestar o seu 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 tems de vida digital, no melhor interesse da criança. (EBERLIN, Fernando Büscher von Teschenhausen. *Sharetting*, 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**, vol. 7, nº 3, dez-2017, p. 256-273 (Direito e Mundo Digital). Disponível em: <https://www.publicacoes.uniceub.br/RBPP/article/view/4821/0>. Acesso em: 20 jun. 2023.)

⁸⁹ EBERLIN, Fernando Büscher von Teschenhausen. **Direitos da Criança na Sociedade da Informação:** Ambiente Digital, Privacidade e Dados Pessoais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 130.

Como terceiro desafio tem-se estratégias de “*marketing*” que as empresas utilizam para convencimento de pais e responsáveis para aquisição de produtos de monitoramento dos filhos em idade infantil, tais quais, por exemplo, dispositivos de controle das atividades das crianças no celular.⁹⁰ O Google Family Link, ilustrativamente, é um aplicativo desta natureza e contém, em seus termos de uso, o alerta de que a criança “poderá compartilhar informações, como fotos, vídeos, áudios e locais, publicamente e com outras pessoas”, as quais “podem ser indexadas por mecanismos de pesquisa como a Pesquisa Google”.⁹¹

Além dos riscos de destinação futura desses dados colhidos na infância do indivíduo, o controle parental não pode configurar uma ferramenta de vigilância ilimitada. Relações mútuas de confiança entre pais e filhos precisam ser consolidadas e o referido mecanismo precisa ser utilizado em prol da criança, respeitando sua autonomia e conforme sua maturidade e particularidades, tendo preferencialmente a ciência do infante sobre esse uso.

O quarto desafio, conforme Eberlin, associa-se ao aprimoramento empresarial de coleta de dados infantis: o avanço da Internet e o desenvolvimento dos brinquedos conectados são expressivos e o monitoramento de crianças por empresas para fins publicitários é prática contínua. O tratamento dos dados pessoais das crianças, desse modo, precisa ser resguardado para “evitar manipulações de comportamento e outras condutas questionáveis do ponto de vista ético”.⁹² Fernando Eberlin assim obtempera:

A criança, ao interagir com empresas ‘on-line’, pode sujeitar-se a mecanismos que a estimulem a divulgar dados pessoais que, isoladamente ou em conjunto com dados gerados pela conduta dos pais e das instituições de ensino, forma robustas fontes de informação a seu respeito que podem ser utilizadas para finalidades comerciais ou para padronização e adequação de comportamentos. Nesse sentido, a voracidade das empresas com relação aos dados das crianças conduz ao desafio que é definir o melhor modelo econômico para produtos e serviços conectados voltados ao público infantil. Com efeito, um fator que estimula as crianças a compartilharem dados com empresas é a gratuidade dos produtos e serviços, o que conduz a uma interessante discussão relativa à imposição de restrições para a oferta de produtos e serviços gratuitos que coletam dados pessoais do público infantil.⁹³

⁹⁰ EBERLIN, Fernando Büscher von Teschenhausen. **Direitos da Criança na Sociedade da Informação: Ambiente Digital, Privacidade e Dados Pessoais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 132.

⁹¹ GOOGLE. **Aviso de privacidade para perfis e Contas do Google gerenciados com o Family Link para crianças menores de 13 anos ou a idade mínima no seu país ("Aviso de privacidade")**. Disponível em: https://families.google.com/familylink/privacy/child-policy?hl=pt_BR&hl=pt-br. Acesso em: 29 jul. 2023.

⁹² EBERLIN, Fernando Büscher von Teschenhausen. **Direitos da Criança na Sociedade da Informação: Ambiente Digital, Privacidade e Dados Pessoais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 136.

⁹³ Ibidem, p. 138.

A regulação dos dados pessoais infantis precisa, então, ser uma temática alvo de atenção jurídica e de toda a sociedade. Em concordância com Danilo Doneda e Carolina Rossini, entende-se que a normativa de proteção de dados deve estar à disposição do livre desenvolvimento da criança (e do adolescente), a fim de protegê-los dos riscos da utilização abusiva de seus próprios dados pessoais e lhes “proporcionar instrumentos para que eles próprios controlem, com maior proficiência, o destino de seus dados na rede”.⁹⁴

Destarte, o modelo regulatório não deve ser integralmente paternalista, no sentido de reduzir de forma drástica a autonomia da criança no ambiente digital, parte do enfoque deste estudo, por força de regras muito rígidas ou excludentes. Recomenda-se, na verdade, a aliança da responsabilidade parental sobre as crianças com a participação ativa delas na gestão de sua privacidade para fins de consentimento, conforme as capacidades intelectual e psicológica desses infantes.

Na vertente dos entes privados, as empresas, sobretudo, deveriam redigir regras claras sobre o uso de dados pessoais de crianças, bem como fomentarem processo de educação digital, entre outras medidas de inclusão no mundo virtual, para essa população e até para os pais ou responsáveis dessas pessoas.

A ação estatal adentraria neste campo ao possibilitar, por exemplo, a coleta de dados de crianças somente nos casos em que o tratamento lhes desse uma efetiva vantagem e que se mostre maior que a potencial ofensa ao seu direito de personalidade. O Estado também deve exercer atividades investigativas e punitivas contra condutas abusivas, além de garantir às crianças determinados direitos subjetivos.⁹⁵

O Direito não se descola, assim, da especificidade histórica atual⁹⁶, marcada por interesses econômicos que, não raramente, simulam uma igualdade jurídica entre os seres com institutos jurídicos conhecidos, como a autonomia privada e o consentimento. No caso da proteção de dados infantis, é primordial o estabelecimento de políticas e normas equilibradas

⁹⁴ DONEDA, Danilo; ROSSINI, Carolina. Proteção de dados de crianças e adolescentes na internet. In: COMITÊ GESTOR DA INTERNET NO BRASIL. **Pesquisa sobre o uso da internet por crianças e adolescentes no Brasil: TIC Kids Online Brasil 2014**. São Paulo: Comitê Gestor da Internet no Brasil, 2015, p. 39. Disponível em: https://cetic.br/media/docs/publicacoes/2/TIC_Kids_2014_livro_eletronico.pdf. Acesso em: 01 mai. 2023.

⁹⁵ EBERLIN, Fernando Büscher von Teschenhausen. **Direitos da Criança na Sociedade da Informação: Ambiente Digital, Privacidade e Dados Pessoais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 140-141.

⁹⁶ Ricardo Lorenzetti leciona que: “O direito privado atual deve admitir uma interrelação entre o marco institucional e os comportamentos individuais, e superar a noção de ‘sujeito ilhado’ para chegar à ideia de ‘sujeito situado’”. (LORENZETTI, Ricardo Luís. **Teoria da decisão judicial: fundamentos de direito**. Trad. Bruno Miragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 209.)

que zelem pelas crianças, no sentido de inibir riscos e danos, e, concomitantemente, facilitem o acesso dessa população às redes de maneira segura, responsável e ética.⁹⁷

Por esta razão, urge um olhar renovado sobre essa temática, o qual perpassa pela atenção com os mais vulneráveis, sobretudo no âmbito digital, e que esteja relacionada com uma interpretação atualizada dos direitos humanos no campo dos dados pessoais e dos direitos de personalidade, como será abordado no próximo subtópico.

1.3. Por uma nova interpretação dos dados pessoais na sociedade de informação: a análise do consentimento parental em um paradigma de direitos humanos fundamentais favorável ao melhor interesse (e desenvolvimento) infantil

Tradicionalmente, sob a ótica dos direitos humanos fundamentais, as liberdades civis e os direitos de personalidade - mormente o direito à privacidade, tão afeto ao presente tema - possuem caráter eminentemente privado, de viés liberal-contratualista. Certamente por esta característica é que se imprimiu à privacidade um valor monetário ou um potencial de monetização mediante a exploração dos dados pessoais captados no ciberespaço.

Ocorre que a privacidade é uma questão atrelada às relações dos indivíduos não somente na esfera íntima, mas, igualmente, na vida em sociedade e na interação com a burocracia pública e privada.⁹⁸ Por tais razões, as pessoas precisam participar do processo de coleta de dados com conhecimento real de como esses dados serão utilizados.

Para consentir com esse fornecimento de dados, portanto, a usual abordagem contratualista dos direitos de personalidade precisa ser revisitada por uma nova leitura de direitos fundamentais pautada na imperiosidade de uma construção ética no ambiente digital. No caso da proteção de dados pessoais infantis, acrescenta-se a necessidade de elaboração de um paradigma de direitos fundamentais calcado no melhor interesse e no melhor desenvolvimento das crianças.

Lênio Streck pontuou, por oportuno, que a dogmática jurídica brasileira está fundamentada em um paradigma liberal-individualista que sustenta essa desfuncionalidade. Para este jurista, não houve ainda, na seara hermenêutica, a devida filtragem desse “(velho/defasado) Direito, produto de um modo liberal-individualista-normativista de produção

⁹⁷ TEFFÉ, Chiara Spadaccini de. Proteção de dados de crianças e adolescentes. **Revista do Advogado**, nº 144, nov. 2018, p. 56.

⁹⁸ SOLOVE, Daniel J. **Digital person: technology and privacy in the information age**. New York: New York University Press, 2004, p. 90.

de direito” com a emergência de um novo modo de produção de Direito representado pelo Estado Democrático de Direito.⁹⁹

Gregorio Robles, citando Norberto Bobbio, afirmou que o problema dos direitos humanos, sobretudo na sociedade atual, não está em fundamentá-los, mas em realizá-los ou protegê-los. Os direitos humanos ora concebidos neste trabalho será entendido conforme o conceito de Antonio Pérez Luño como “conjunto de faculdades e instituições que, em cada momento histórico, concretizam as exigências da dignidade, da liberdade e da igualdade humana”, sendo que estas devem ser reconhecidas positivamente pelos ordenamentos jurídicos nacionais e internacionais.¹⁰⁰

De fato, o problema prático dos direitos humanos, muito pertinente à proteção dos dados pessoais na atualidade no citado Estado Democrático de Direito, é o de realização dessas jusgarantias - em específico, de resguardá-las. Entretanto, Robles recordou que o problema teórico de tais direitos, isto é, de sua fundamentação, também é basilar nesse debate.¹⁰¹

Destarte, existem, no mínimo, quatro razões que sustentam a necessidade de fundamentar os direitos humanos. A primeira razão é de ordem moral/ética: só é possível a defesa ou a realização dos direitos humanos se há o convencimento da bondade moral desses direitos ou a convicção de que a implantação deles melhora a humanidade ou torna a sociedade mais justa. Depois, sobrevém a razão lógica: a defesa dos direitos humanos enseja a defesa de determinadas ideias e valores que se exigem que se comece exatamente por seu fundamento - é este que delimita o conteúdo concreto dos direitos humanos.¹⁰²

A razão teórica, para Robles, consiste no conhecimento do teor dos direitos humanos, que invariavelmente passa pelo conhecimento de seus fundamentos - “Não há realização sem fundamentação como não há prática coletiva eficaz sem ideias elaboradas e coletivamente assumidas”. Por derradeiro, a razão de fundamentação dos direitos humanos é pragmática: é preciso lutar por algo sabendo o motivo pelo qual se luta. Desta feita, é necessário abandonar a estética da ação, um movimento como valor em si mesmo, desligado de fundamento, e partir para uma estética das concepções morais bem delineadas.¹⁰³

⁹⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 43.

¹⁰⁰ PÉREZ LUÑO, Antonio. **Derechos humanos, Estado de derecho y Constiución**. Madrid: Technos, 1984, p. 48.

¹⁰¹ ROBLES, Gregorio. **Os direitos fundamentais e a ética na sociedade atual**. Tradução de Roberto Barbosa Alves. Barueri: Manole, 2005, p. 1-2.

¹⁰² Ibidem, p. 2-3.

¹⁰³ Ibidem, p. 2-3.

Os direitos humanos são critérios morais, na perspectiva de Robles, porquanto são constituídos de pautas de deliberação de caráter moral que devem ser consideradas no momento da adoção de decisões políticas e jurídicas. O caráter moral desses direitos referencia aspectos transcendentais da vida dos indivíduos, alcançando sua dignidade e liberdade. Deste modo, Gregorio Robles ponderou que:

(...) o fundamento último dos direitos humanos tem de ser o fundamento moral. Ninguém pode proclamar como critérios de justiça ideias ou lemas que não sejam justificáveis com base em tal fundamento. Quando determinada coletividade exige como direitos humanos aspirações ou desejos não justificáveis do ponto de vista moral, está utilizando palavras dotadas de prestígio simbólico para defender aqueles que são seus meros interesses.¹⁰⁴

A construção de um novo paradigma que prime pelo zelo dos direitos humanos fundamentais revitalizados, assim, deve corresponder a uma base que ultrapasse o contratualismo convencional, correspondendo aos deveres e valores morais de um sistema axiológico coerente. Para melhor entendimento dos paradigmas já existentes e para estruturação desse arquétipo atualizado, é conveniente expor um conceito de paradigma de maneira preliminar e alinhar, ainda que sucintamente, a progressão deste termo a partir da modernidade, com o estabelecimento do Estado Liberal, perpassando pelo modelo de Estado Social de Direito, até a formação da atual sociedade pós-moderna, moldada no paradigma da diferença.

O conceito de paradigma em sentido denotativo significa “exemplo, modelo, padrão”. Para o físico e filósofo Thomas Kuhn, o conhecimento científico é definido, sinteticamente, pela adoção de um paradigma, que consiste em uma estrutura mental, formada por teorias, experiências, métodos e instrumentos, que permitem ao pensamento a organização da realidade e de seus eventos de determinado modo.¹⁰⁵

Na dicção desse autor, “um paradigma é aquilo que os membros de uma comunidade partilham e, inversamente, uma comunidade científica consiste em homens que partilham um paradigma”.¹⁰⁶ Sertório de Amorim e Silva Neto elucida esse conceito informando que o paradigma compõe uma estrutura que abarca fatores psicológicos e filosóficos e é acolhida e

¹⁰⁴ ROBLES, Gregorio. **Os direitos fundamentais e a ética na sociedade atual**. Tradução de Roberto Barbosa Alves. Barueri: Manole, 2005, p. 12.

¹⁰⁵ KUHN, Thomas Samuel. **A estrutura das revoluções científicas**. São Paulo: Perspectiva, 1998, p. 219.

¹⁰⁶ Ibidem, p. 219.

partilhada pelo conjunto dos membros da comunidade científica, disto emergindo “uma unidade social fundada numa visão de mundo consensual”.¹⁰⁷

Compreendida essa definição, aborda-se a evolução histórica dos Estados de Direito e os reflexos desses modelos estatais nas formas de regulação jurídica. A princípio, registrou-se o paradigma da igualdade formal nas relações intersubjetivas à época do denominado Estado Liberal, modelo próprio da modernidade. Este período foi assinalado pela racionalidade, pela universalidade e pelo desenvolvimento de tecnologias aptas ao desenvolvimento do conhecimento científico. Data dessa época, igualmente, a ideia do individualismo e da forte separação entre Direito Público e Direito Privado.¹⁰⁸

É possível aduzir que, nesse período histórico, a ampla manifestação de liberdade individual e a mínima intervenção estatal eram proeminentes, firmando-se o então paradigma da igualdade. Os códigos dessa época revelam a sobreposição do individual sobre o coletivo, com a predominância, outrossim, da propriedade e da autonomia da vontade, o que induziu à percepção de que “todos os indivíduos estavam na mesma situação econômica que a classe burguesa”.¹⁰⁹ Houve, então, a fixação do citado paradigma de igualdade formal.

Neste paradigma, o voluntarismo era marcante nas relações contratuais e de consumo, em um contexto no qual se concebia que os indivíduos estavam em idênticas condições de acumulação de riquezas, sob uma única ordem jurídica. Nessa circunstância, o Poder Judiciário apenas intervinha em aspectos formais dos negócios e não se cogitava a oferta de instrumentos normativos para maior equilíbrio negocial ou de justiça social para os partícipes das relações jurídicas, entendidos em suas peculiaridades.¹¹⁰

A promoção dos interesses desses grupos heterogêneos, com expectativas de superação desses contrastes liberais da economia e formação de igualdade substancial nas relações privadas - e, outrossim, maior participação política dos cidadãos ativos - caracterizaram a transição para o modelo de Estado Social de Direito no século XX.¹¹¹

O paradigma da igualdade material ou substancial despontou em um cenário no qual a política de Estado passou a ser de maior dirigismo contratual, com contratos estabelecendo

¹⁰⁷ SILVA NETO, Sertório de Amorim e. O que é um paradigma?. **Revista de Ciências Humanas**. Florianópolis, Volume 45, Número 2, p. 34, outubro de 2011.

¹⁰⁸ ROSA, Luiz Carlos Goiabeira; BERNARDES, Luana Ferreira; FÉLIX, Vinícius Cesar. O idoso como consumidor hipervulnerável na sociedade de consumo pós-moderna. **Revista Jurídica da Presidência**, Brasília, v. 18 n. 116 (2017), p. 537. Disponível em: <https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/1281>. Acesso em: 01 mai. 2023.

¹⁰⁹ Ibidem, p. 537-538.

¹¹⁰ Ibidem, p. 537-538.

¹¹¹ Ibidem, p. 537-538.

normas de ordem pública para maior equilíbrio nos negócios jurídicos e em prol de mais justiça social. Ademais, testemunhou-se um processo de decodificação da legislação privada, no sentido de se editar leis esparsas para atendimento de demandas de categorias jurídicas diferenciadas, menos favorecidas ou mais fracas, além de se ter o impulso à implementação de políticas públicas de equidade.¹¹²

A modificação do modelo de Estado Social com seu paradigma de igualdade substancial aconteceu, em linhas gerais, pelas seguintes questões:

(...) o Estado Social acabou por se contradizer em relação à proposta inicial: ao prover condições materiais iguais a todos no intuito de reduzir as desigualdades sociais, buscou os respectivos recursos por intermédio da abusiva e excessiva cobrança de tributos das classes mais abastadas sem nenhuma contrapartida, bem como concedia às classes mais pobres os mais variados direitos e os privilégios sem nenhum ônus, ou seja, para garantir liberdade a uns usava-se extrema coerção confiscatória contra outros, tendo-se por inexorável consequência a falência do programa de práticas assistencialistas – eis que para tal mister era necessária excessiva burocratização do aparelho estatal e elevados dispêndios para manutenção do bem-estar social. Reduzido a um ente de caráter meramente assistencialista, o Estado Social e seu establishment revelaram-se um erro.¹¹³

O cunho patrimonialista inserido no Estado Social precisou ser renovado por um viés de valorização da pessoa humana, isto é, com o advento de um novo paradigma: o da diferença. A pós-modernidade, por conseguinte, vem desse ensejo. Houve um desencantamento da política e da racionalidade burocratizada típicas da modernidade e um redirecionamento para o ser humano em si. Este olhar antropocêntrico reverberou em uma ordem social repleta de mudanças sociais, políticas e econômicas e observou a aproximação entre Direito Público e Direito Privado.¹¹⁴

Terry Eagleton trata a pós-modernidade como uma linha de pensamento que ameaça as noções clássicas de verdade, razão, identidade e objetividade. O pós-moderno, outrossim, questiona “a ideia de progresso ou emancipação universal, os sistemas únicos, as grandes narrativas ou os fundamentos definitivos de explicação”.¹¹⁵ Há a contingência, a diversidade, a instabilidade e a imprevisibilidade.

¹¹² ¹¹² ROSA, Luiz Carlos Goiabeira; BERNARDES, Luana Ferreira; FÉLIX, Vinícius Cesar. O idoso como consumidor hipervulnerável na sociedade de consumo pós-moderna. **Revista Jurídica da Presidência**, Brasília, v. 18 n. 116 (2017), p. 539-540. Disponível em: <https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/1281>. Acesso em: 01 mai. 2023.

¹¹³ Ibidem, p. 540-541.

¹¹⁴ Ibidem, p. 541-542.

¹¹⁵ EAGLETON, Terry. **As ilusões do pós-modernismo**. Tradução Elisabeth Barbosa. São Paulo: Zahar, 1998, p. 7.

Erik Jayme assevera que “a Pós-modernidade vive de antinomias, de pares contrapostos: ela se define justamente através da Modernidade, que ela não quer ser.”.¹¹⁶ O mesmo estudioso afirmou que o “princípio heurístico da pós-modernidade é a procura por diferenças, que se pressupõe que existam. O lema de Lyotard ‘suportar o incomensurável’ [...] se pode aqui utilizar positivamente. O incomensurável, o inconciliável não é aqui para ser suportado, mas sim transforma-se em fonte do conhecimento.”.¹¹⁷

Essa possível “nova fonte de conhecimento”, relacionada a um paradigma “pós-moderno”, demanda instrumentos teóricos, epistemológicos e políticos novos (pós-modernos). Isto porque os imperativos da razão da Modernidade que proporcionaram os meios para o livre desenvolvimento material e moral de todos - a liberdade, a igualdade e a fraternidade para o progresso social -, a partir do uso igualmente racional dos recursos naturais, indispensáveis a esse mesmo progresso, não foram cumpridos e se esgotaram.

Com esse esgotamento, os próprios meios, recursos e a racionalidade moderna em si não podem ajudar na transição paradigmática para a pós-modernidade. Uma outra racionalidade precisou (ou precisa) ser desenvolvida. Neste ponto assim escreveu Boaventura de Souza Santos:

A transição paradigmática tem vindo a ser entendida de dois modos antagônicos. Por um lado, há os que pensam que a transição paradigmática reside numa dupla verificação: em primeiro lugar, que as promessas da modernidade, depois que esta deixou reduzir as suas possibilidades às do capitalismo, não foram nem podem ser cumpridas; e, em segundo lugar, que depois de dois séculos de promiscuidade entre modernidade e capitalismo tais promessas, muitas delas emancipatórias, não podem ser cumpridas em termos modernos nem segundo os mecanismos desenhados pela modernidade. O que é verdadeiramente característico do tempo presente é que, pela primeira vez neste século, a crise de regulação social corre de par com a crise de emancipação social. Esta versão da transição paradigmática é o que designo por pós-modernismo inquietante ou de oposição. A segunda versão da transição é a dos que pensam que o que está em crise final é precisamente a ideia moderna de que há promessas, objetivos trans-históricos a cumprir e, ainda mais, a ideia de que o capitalismo pode ser um obstáculo à realização de algo que o transcende. As sociedades não têm de cumprir nada que esteja para além delas, e as práticas sociais que as compõem não tem, por natureza, alternativa nem podem ser avaliadas pelo que não são. Esta versão da transição paradigmática é o que designo por pós-modernismo reconfortante ou de celebração.¹¹⁸

Nessa perspectiva, tornou-se premente, no âmbito do Direito, a necessidade de efetivação do princípio da dignidade humana e da igualdade nas relações assimétricas

¹¹⁶ JAYME, Erik. Visões para uma teoria pós-moderna do direito comparado. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir./UFRGS**, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 115-131, mar. 2003b. p. 116.

¹¹⁷ Ibidem, p. 131.

¹¹⁸ SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade**. São Paulo: Cortez Editora, 1995, p. 35.

pactuadas entre os indivíduos - tais como de indivíduos inseridos em grupos mais vulneráveis e grupos empresariais - na ordem econômica pós-moderna com a consolidação de legislações minudentes sobre determinadas temáticas, como é a LGPD.

A privacidade e os demais direitos personalíssimos, portanto, ensejam uma interpretação jurídica de direitos humanos fundamentais que possua como diretriz esses vetores, tendo em vista a realidade digital factível de que tais dados podem ser “coletados, usados e abusados”.¹¹⁹

No caso do consentimento para a cessão dos dados pessoais, este instituto necessita ser manifestação específica fulcrada não só no princípio da dignidade da pessoa humana, mas, igualmente, na multidimensionalidade da autonomia informativa e no livre desenvolvimento da personalidade.¹²⁰ Danilo Doneda ressaltou que a questão do consentimento é uma das mais sensíveis sobre dados pessoais, pois deriva da autonomia da vontade do indivíduo em virtude dos seus direitos de personalidade e é fundamental.¹²¹

Em perspectiva internacional, o principal marco normativo para esta abordagem de dados pessoais à luz dos direitos humanos fundamentais foi a Convenção de Strasbourg. Em nota preambular, o texto da aludida Convenção expressou que a proteção de dados pessoais está vinculada de maneira direta à proteção dos direitos humanos e das liberdades fundamentais, sendo tal tutela pressuposto do Estado democrático, integrando-o.¹²²

A Diretiva 95/46/CE sobre proteção de dados pessoais na União Europeia prosseguiu com essa proteção jurídica ao estabelecer que as liberdades e os direitos fundamentais das pessoas singulares, nomeadamente o direito à vida privada e o tratamento de dados pessoais, seria preconizada.¹²³ A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, proclamada em 7 de dezembro de 2000, corroborou com esse cenário protetivo aos dados pessoais.¹²⁴

No ordenamento jurídico brasileiro, indubitavelmente a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/1988) possibilitou o valioso agrupamento de direitos e garantias favoráveis à proteção multinível da pessoa humana. Em que pese não ser

¹¹⁹ SARLET, Gabrielle Bezerra Sales; CALDEIRA, Cristina. O consentimento informado e a proteção de dados pessoais de saúde na internet: uma análise das experiências legislativas de Portugal e do Brasil para a proteção integral da pessoa humana. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 8, n. 1, 2019, p. 18-19. Disponível em: <https://run.unl.pt/handle/10362/94969>. Acesso em: 29 jul. 2023.

¹²⁰ Ibidem, p. 18-19.

¹²¹ DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 371.

¹²² DONEDA, Danilo. A proteção dos dados pessoais como um direito fundamental. **Espaço Jurídico Journal of Law [EJLL]**, v. 12, n. 2, p. 102, dez. 2011. Disponível em: <https://portalperiodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/article/view/1315>. Acesso em: 10 jun. 2023.

¹²³ Ibidem, p. 102.

¹²⁴ Ibidem, p. 102.

uma “Carta digital”, ela se atualiza perante à “realidade de privacidade hipercontextualizada” ao reverenciar e promover a centralidade da pessoa humana.¹²⁵ Nesse ínterim, a CRFB/ 1988 representa:

uma aposta na democracia, no Estado Democrático de Direito, na dignidade da pessoa humana, na garantia dos direitos fundamentais e dos direitos humanos, na tolerância, no pluralismo, na responsabilidade, no solidarismo e nas múltiplas formas de exercício da cidadania plena, inclusive a digital.¹²⁶

A CRFB/1988 inaugurou a intenção de construção de uma tradição democrática que visa a consagração da igualdade no País, afastando discriminações diversas e garantindo os direitos humanos, tendo como escopo principal emancipar e proteger, de modo integral, a pessoa humana, seja no ambiente cibernético ou não.¹²⁷ O consentimento, nessa conjuntura, deve refletir essas garantias para sua manifestação plena e válida, e isso perpassa por uma deliberação feita por uma pessoa informada e autônoma, o que lamentavelmente não corresponde à realidade muitas vezes, notadamente no campo da proteção de dados pessoais infantis.

Em que pese a magnitude jurídica da CRFB/1988, fato é que, antes da edição da Emenda Constitucional (EC) nº 115/2022, a qual acrescentou o inciso LXXIX ao artigo 5º da Constituição Federal de 1988, dispondo que "é assegurado, nos termos da lei, o direito à proteção dos dados pessoais, inclusive nos meios digitais"¹²⁸, a proteção de dados não representava um direito autônomo e fundamental.

Neste hiato temporal anterior à promulgação da EC nº 115/2022, cumpre recordar, todavia, que foi o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 6387 pelo Supremo Tribunal Federal (STF), que firmou o marco jurisprudencial brasileiro do referido direito ao declarar que o compartilhamento compulsório de dados pessoais determinado pela Medida Provisória nº 954 violava o direito fundamental à proteção de dados pessoais e à autodeterminação informativa, os quais poderiam ser vislumbrados a partir de uma

¹²⁵ SARLET, Gabrielle Bezerra Sales; CALDEIRA, Cristina. O consentimento informado e a proteção de dados pessoais de saúde na internet: uma análise das experiências legislativas de Portugal e do Brasil para a proteção integral da pessoa humana. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 8, n. 1, 2019, p. 18-19. Disponível em: <https://run.unl.pt/handle/10362/94969>. Acesso em: 29 jul. 2023.

¹²⁶ Ibidem, p. 18-19.

¹²⁷ Ibidem, . 18-19.

¹²⁸ BRASIL. Emenda Constitucional nº 115, de 10 de fevereiro de 2022. Altera a Constituição Federal para incluir a proteção de dados pessoais entre os direitos e garantias fundamentais e para fixar a competência privativa da União para legislar sobre proteção e tratamento de dados pessoais. **Diário Oficial da União**, Brasília, 11 fev. 2022. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc115.htm#art1. Acesso em: 25 jun. 2023.

interpretação dos incisos XII e X do artigo 5º da Constituição Federal com os fundamentos estabelecidos no artigo 2º, II da LGPD.¹²⁹

A Constituição brasileira cuidava da temática de proteção de dados, então, mediante a tutela da informação, assegurando a liberdade de expressão (artigo 5º, inciso IX; artigo 220 da CRFB/1988) e o direito à informação (artigo 5º, incisos XIV, XXXIII e XXXIV; artigo 220, também do texto constitucional), que deveriam ser confrontados com a proteção da personalidade de modo eventual, assim como com o direito à privacidade.¹³⁰

A norma constitucional versa sobre a inviolabilidade da vida privada e da intimidade (art. 5º, X) e estipula critérios para a interceptação de comunicações telefônicas, telegráficas ou de dados (artigo 5º, inciso XII), direitos estes que repercutiram no contexto de proteção de dados pessoais, porém de forma implícita. A ação de “*habeas data*” (art. 5º, inciso LXXII), regulamentada pela Lei nº 9.507/1997, determina uma modalidade de direito de acesso e retificação dos dados pessoais, mas prossegue apenas embutindo a tutela desses dados.¹³¹¹³²

¹²⁹ Contextualizando melhor a proposição da ADI 6387, Gabriel Rocha Furtado e Daniel Teixeira Bezerra explicam que a Medida Provisória nº 954, editada em 17 de abril de 2020, determinou que as empresas de telecomunicação prestadoras do serviço de telefonia teriam o dever de compartilhar com a Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), em meio eletrônico, a relação dos nomes, dos números de telefone e dos endereços de seus consumidores, pessoas físicas ou jurídicas, durante a situação de emergência de saúde pública impulsionada pela pandemia do novo coronavírus, com a finalidade de produção estatística oficial por meio de entrevistas em caráter não presencial. Como esta determinação representava grave risco de compartilhamento compulsório de dados pessoais de mais de duzentos milhões de usuários do serviço de telefonia no Brasil, no dia 20 de abril de 2020 foram propostas Ações Diretas de Inconstitucionalidade pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, Partido da Social-Democracia Brasileira, Partido Socialista Brasileiro e Partido Socialismo e Liberdade, atuadas, respectivamente, sob os números 6387, 6388, 6389, 6390. No dia 22 de abril de 2020 foi autuada sob o número 6393 a ADI do Partido Comunista do Brasil. Todas foram reunidas naquela que foi a primeira autuada, isto é, a ADI 6387. Em 07 de maio de 2020 o Plenário do Superior Tribunal Federal, por maioria, referendou a medida cautelar deferida para suspender a eficácia da Medida Provisória nº 954/2020, confirmando o entendimento de que o compartilhamento previsto na referida MP violava o direito constitucional à intimidade, à vida privada e ao sigilo de dados. “Percebe-se que à época do julgamento da ADI 6387 mesmo não estando em vigor o art. 2º, II da LGPD ele foi utilizado na fundamentação. Isto reforça o entendimento de que apesar da maior parte da lei só ter entrado vigor em agosto de 2020, desde a sua publicação o tema da proteção de dados pessoais passou a ter espaço dentro do debate jurídico nacional.” (FURTADO, Gabriel Rocha; BEZERRA, Daniel Teixeira. A (in)constitucionalidade da Medida Provisória nº 954/2020 no julgamento da ADI 6387: o marco jurisprudencial brasileiro do direito fundamental à proteção de dados pessoais. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a.12,n.1,p. 1-13, 2023.Disponível em: <https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/849>. Acesso em: 20 dez. 2023.)

¹³⁰ DONEDA, Danilo. A proteção dos dados pessoais como um direito fundamental. **Espaço Jurídico Journal of Law [EJLL]**, v. 12, n. 2, p. 103, dez. 2011. Disponível em: <https://portalperiodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/article/view/1315>. Acesso em: 10 jun. 2023.

¹³¹ *Ibidem*, p. 103.

¹³² “Mas, possivelmente, o fundamento constitucional direto mais próximo de um direito fundamental à proteção de dados seja mesmo o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, radicado diretamente no princípio da dignidade da pessoa humana e no direito geral de liberdade, o qual também assume a condição de uma cláusula geral de proteção de todas as dimensões da personalidade humana, que, de acordo com tradição jurídica já consolidada no direito constitucional estrangeiro e no direito internacional (universal e regional) dos direitos humanos, inclui o (mas não se limita ao!) direito à livre disposição sobre os dados pessoais, o assim designado direito à livre autodeterminação informativa.” (SARLET, Ingo Wolfgang. Proteção de dados pessoais como direito fundamental na Constituição Federal de 1988: contributo para a construção de uma

Historicamente, no bojo da legislação infraconstitucional, duas normativas assumiram papel de relevo no zelo com os dados pessoais: o Código de Defesa do Consumidor (CDC - Lei nº 8.078/1990) e o Marco Civil da Internet (MCI - Lei nº 12.965/2014). A princípio, destaque-se o CDC que, na Seção VI, especificamente no artigo 43, trata da privacidade na vertente da proteção dos bancos de dados e cadastros dos consumidores.

Nesse dispositivo legal é assegurado o acesso do consumidor às informações existentes em cadastros, fichas e registros e dados pessoais e de consumo arquivados sobre ele, assim como as suas respectivas fontes, e garante a possibilidade de o consumidor requerer alteração de eventuais dados incorretos.¹³³

O diploma consumerista também preserva os dados pessoais ao tratar em seu artigo 6º, inciso IV, o direito básico à proteção do consumidor contra “publicidade enganosa e abusiva”. O artigo 39, inciso III, do CDC veda ao fornecedor de produtos e serviços, dentre outras práticas abusivas, “enviar ou entregar ao consumidor, sem solicitação prévia, qualquer produto, ou fornecer qualquer serviço”, acompanhando essa tendência protetiva.¹³⁴

De fato, disposições sobre direitos fundamentais básicos como a liberdade de expressão, o acesso ao conhecimento e o direito à privacidade adveio com mais vigor com a promulgação do Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/2014 — MCI), que fixou princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da rede mundial de no Brasil.

Antes do MCI, havia maior dificuldade de aplicação dos regramentos vigentes, além de serem prolatadas várias decisões judiciais conflitantes para as mais diversas controvérsias envolvendo o uso da Internet.¹³⁵ A mencionada lei fomentou a intenção de construção de um ambiente saudável e seguro para “Internet das Coisas” (IoT) e para Inteligência Artificial ao assegurar direitos como acessibilidade, segurança dos dados e privacidade.¹³⁶

Inicialmente, o artigo 7º do MCI é de grande relevância por considerar o acesso à Internet como essencial ao exercício da cidadania. Ademais, o mesmo dispositivo do MCI assegura vários direitos aos usuários da Internet no Brasil e tutela expressamente a privacidade em suas diferentes vertentes. O próprio direito à privacidade e à liberdade de expressão são

dogmática constitucionalmente adequada. **Revista Brasileira De Direitos Fundamentais & Justiça**, ano 14, n.42, p. 186, jan./jun. 2020. Disponível em: <https://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/875>. Acesso em: 20 dez. 2023.)

¹³³ MAGRANI, Eduardo. **Entre dados e robôs: ética e privacidade na era da conectividade**. 2 ed. Porto Alegre: Arquipélago Editorial, 2019, p. 70.

¹³⁴ MAGRANI, Eduardo. **Entre dados e robôs: ética e privacidade na era da conectividade**. 2 ed. Porto Alegre: Arquipélago Editorial, 2019, p. 71.

¹³⁵ Ibidem, p. 73.

¹³⁶ Ibidem, p. 74.

previstos no MCI como condição para o pleno exercício do direito de acesso à Internet no artigo 8º desta normativa.¹³⁷

O MCI também garantiu a “inviolabilidade da intimidade e da vida privada, sua proteção e indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação” (inciso I), a inviolabilidade e o sigilo de comunicações pela Internet (inciso II) e das comunicações privadas armazenadas (inciso III), exceto por ordem judicial.¹³⁸

Os dados pessoais seguem como objeto de proteção no MCI no artigo 7º, inciso VII, que positiva o direito ao “não fornecimento a terceiros de seus dados pessoais, inclusive registros de conexão, e de acesso a aplicações de internet, salvo mediante consentimento livre, expresso e informado ou nas hipóteses previstas em lei”. O direito a informações claras e completas sobre coleta, uso, armazenamento, tratamento e proteção dos dados e suas finalidades (artigo 7º, inciso VIII) e o consentimento sobre a coleta e o uso dos dados (artigo 7º, inciso IX) são igualmente tutelados nesta legislação. A proteção aos dados pessoais é tratada de forma específica na Seção II do MCI.¹³⁹

Ocorreu que, embora o Marco Civil da Internet tenha assumido grande relevância nos tratamentos iniciais da proteção de dados pessoais no Brasil, como esposado alhures, essa legislação também apresenta limitações para a explicitação do direito a essa tutela como fundamental. Isto é perceptível porque o MCI não esgota a tutela geral do cidadão, “a priori”, por ser aplicável somente aos ambientes online, não sendo utilizado nas violações à privacidade que transcorrem no mundo físico.¹⁴⁰

Outra consideração importante é que o MCI não traz conceitos para a coibição da coleta, do tratamento abusivo e da monetização dos dados. O texto desta lei de 2014 não define conceitualmente, por exemplo, as expressões “dado pessoal” e “dados sensíveis”. Eduardo Magrani destacou que, sem a clareza dessa conceituação, “não há como limitar de maneira efetiva os abusos dos provedores e atribuir responsabilidade jurídica por coleta excessiva ou ilegal de dados”.¹⁴¹

Naquela ocasião já se problematizava o modelo de consentimento do usuário como elemento central para a permissão do uso de seus dados pessoais (“consentimento expresso, livre e informado sobre o tratamento dos dados pessoais”). Essa estrutura se apresentava como

¹³⁷ MAGRANI, Eduardo. **Entre dados e robôs: ética e privacidade na era da conectividade**. 2 ed. Porto Alegre: Arquipélago Editorial, 2019, p. 74-75.

¹³⁸ Ibidem, p. 75.

¹³⁹ Ibidem, p. 76.

¹⁴⁰ Ibidem, p. 78.

¹⁴¹ Ibidem, p. 78.

ineficaz frente os abusos reiterados listados nos termos de uso dos provedores, em desalinho com os direitos humanos.¹⁴²

Por estas razões entende-se que o plexo constitucional foi fortalecido com o reconhecimento da proteção de dados como um direito autônomo e fundamental¹⁴³ mediante a promulgação da EC nº 115/2022. Com esta providência legislativa, a mencionada proteção de dados não se baseia exclusivamente na prevenção de riscos atentatórios à proteção da personalidade que o tratamento automatizado apresenta “à luz das garantias constitucionais de igualdade substancial, liberdade e dignidade da pessoa humana, juntamente com a proteção da intimidade e da vida privada”¹⁴⁴: novos desdobramentos insurgem neste panorama de proteção de dados.

Esta tutela jurídica elevada constitucionalmente agrega de forma substancial sua defesa, pois endossa seu perfil de direito fundamental em sentido material e formal, que já tinha como base outras disposições previstas na Constituição brasileira de 1988, como referenciado anteriormente, além do respaldo da doutrina e da jurisprudência pátrias. A proteção de dados pessoais, assim, tem “status” normativo de superioridade no ordenamento jurídico brasileiro.

Como direito fundamental, a proteção de dados figura como limite material e formal à atuação do Poder Constituinte Derivado, de acordo com o artigo 60, §§ 1º a 4º, da CRFB/1988. De modo complementar, a citada tutela de dados tem aplicabilidade imediata (artigo 5º, § 1º, da CRFB/1988), vinculando entes públicos e privados. A proteção e a dimensão de direito fundamental da proteção de dados insculpido no texto constitucional também potencializam a integração dessa jusgarantia aos acordos e tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil, nos termos do artigo 5º, §§ 2º e 3º da CRFB/1988.¹⁴⁵

¹⁴² Ibidem, p. 78.

¹⁴³ Neste ponto cabe anotar a breve digressão histórica legislativa exposta por Danilo Doneda neste assunto: “A bem da verdade, pode-se encontrar uma menção ao caráter de direito fundamental da proteção de dados pessoais na Declaração de Santa Cruz de La Sierra, documento final da XIII Cumbre Ibero-Americana de Chefes de Estado e de Governo, firmada pelo Governo Brasileiro em 15 de novembro de 2003. No item 45 da referida Declaração lê-se que: ‘Estamos também conscientes de que a proteção de dados pessoais é um direito fundamental das pessoas e destacamos a importância das iniciativas reguladoras ibero-americanas para proteger a privacidade dos cidadãos, contidas na Declaração de Antigua, pela qual se cria a Rede Ibero-Americana de Protecção de Dados, aberta a todos os países da nossa Comunidade’” (DONEDA, Danilo. A proteção dos dados pessoais como um direito fundamental. **Espaço Jurídico Journal of Law [EJJL]**, v. 12, n. 2, p. 103, dez. 2011. Disponível em: <https://portalperiodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/article/view/1315>. Acesso em: 10 jun. 2023.)

¹⁴⁴ DONEDA, Danilo. A proteção dos dados pessoais como um direito fundamental. **Espaço Jurídico Journal of Law [EJJL]**, v. 12, n. 2, p. 103, dez. 2011. Disponível em: <https://portalperiodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/article/view/1315>. Acesso em: 10 jun. 2023.

¹⁴⁵ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2023]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 01 jun. 2023. Anota-se que, com a consagração do direito à proteção de dados no rol dos direitos fundamentais da CRFB/1988, esta jusgarantia passa a ter fundamentalidade formal, ou seja, está insculpida claramente no rol dos direitos fundamentais. Já a fundamentalidade material dos direitos fundamentais, que nem

Sarlet assegura que a compreensão, a interpretação e a aplicação constitucionalmente adequada do direito fundamental à proteção de dados deverá sempre estar calcada em uma perspectiva sistemática, mesmo com o caráter autônomo desse direito. O diálogo e a interação por vezes marcada por concorrências, tensões e colisões com outros princípios e direitos fundamentais devem existir, pois podem ajudar a determinar o âmbito de proteção dessa jusgarantia, até mesmo com o estabelecimento de limites diretos e indiretos.¹⁴⁶

A estatura legal-constitucional do direito à proteção de dados pessoais como direito fundamental, em combinação com os demais princípios e regras da Carta Maior de 1988, coaduna com o entendimento de Wolfgang Hoffmann-Riem aduziu sobre o arcabouço legal necessário para as reações aos desenvolvimentos. Para este autor esse estofo jurídico “é proporcionado pelos princípios constitucionais do Estado de direito e do Estado de bem-estar e, principalmente, pela proteção das liberdades civis”.¹⁴⁷

Para usufruir dessas garantias de liberdade, contudo, Hoffmann-Riem destacou que, além de previsão normativa sobre o tema, devem ser asseguradas oportunidades para o exercício de fato desse direito. Isto porque a proteção da liberdade envolve a garantia de requisitos extraleais para o uso desse direito.¹⁴⁸ É importante a tutela contra as consequências do uso da liberdade por outros, a proteção contra as consequências danosas do uso das liberdades individuais e o zelo contra a lesão de interesses legais coletivamente significativos. Sobre estes interesses, oportunos para este debate, este jurista registrou:

Estes últimos incluem o funcionamento da democracia, uma ordem de comunicação pluralista, proteção contra manipulação, prevenção de assimetrias de poder, mas também a prevenção de tipos indesejáveis de fragmentação social e efeitos de intimidação, que podem surgir da vigilância, por exemplo. Nesse sentido, o Estado tem o dever de garantir a possibilidade de realizar a liberdade.¹⁴⁹

Esse jurista reafirmou o conhecimento comum de que os direitos de liberdade existem há anos e são atinentes a todas as formas de comunicação, inclusive a digital. Os direitos humanos e as liberdades civis são, outrossim, aplicáveis à geração, análise e uso de dados, em

sempre acompanha a formal, refere-se à circunstância dos direitos fundamentais serem elementos constitutivos da Constituição material, possuindo decisões fundamentais sobre a estrutura básica do Estado e da sociedade.

¹⁴⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. Proteção de dados pessoais como direito fundamental na Constituição Federal de 1988: contributo para a construção de uma dogmática constitucionalmente adequada. **Revista Brasileira De Direitos Fundamentais & Justiça**, ano 14, n.42, p. 188, jan./jun. 2020. Disponível em: <https://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/875>. Acesso em: 20 dez. 2023.

¹⁴⁷ HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. **Teoria Geral do Direito Digital**: Transformação Digital: Desafios para o Direito. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 45.

¹⁴⁸ Ibidem, p. 45.

¹⁴⁹ Ibidem, p. 45-46.

especial na forma de “*Big Data*”. A proteção da dignidade humana, o princípio da igualdade, a liberdade de comunicação, a proteção da personalidade, a liberdade profissional, a liberdade de religião ou a garantia de propriedade possuem aplicabilidade transversal e não se limitam ao uso de tecnologias convencionais.¹⁵⁰

Os questionamentos que emergem na atual realidade tecnológica, como bem pontuado por Wolfgang Hoffmann-Riem nessa linha de raciocínio, são as seguintes: (i) se e que medida as áreas de proteção das liberdades civis, assim como as restrições à liberdade e seu uso, por exemplo, em leis, fazem justiça às novas possibilidades de digitalização ou exigem modificações?; (ii) em que medida as premissas empíricas e prescritivas em que se baseiam as liberdades civis continuam a ser decisivas diante das mudanças (no ambiente técnico, social ou econômico)?; e (iii) em que medida as mudanças nas premissas podem ou mesmo devem levar a ajustes na proteção dos direitos fundamentais?¹⁵¹

A última indagação é especialmente importante para a discussão acerca da proteção de dados pessoais em âmbito digital, pois é notória a transformação experimentada nesta área. Ocorre, como apontado nos subtópicos iniciais, mais exploração de dados, monitoramento e controle do comportamento humano, principalmente por empresas, que “podem exercer considerável influência sobre as liberdades de outros indivíduos privados e as condições reais de uso da liberdade, e que o fazem tendo em vista seus próprios interesses”¹⁵². Hoffmann-Riem sinalizou que “alguns autores (como os principais intermediários de informação) têm (também) poder de interferir nos direitos fundamentais de outros, o que pode ser funcionalmente comparável ao poder das instituições estatais”.¹⁵³

Considerando este contexto, concebe-se que os direitos de liberdade ostentam não apenas conteúdo subjetivo-jurídico para a proteção dos indivíduos, mas possuem, igualmente, mandados objetivos-jurídicos aos detentores do Poder Público para garantir a proteção específica da liberdade no aspecto de defesa contra a intervenção do Estado e no efeito horizontal das relações entre indivíduos privados “ou no que diz respeito ao desenvolvimento, quando apropriado, à formação da ordem social da realização da liberdade, mesmo em

¹⁵⁰ HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. **Teoria Geral do Direito Digital**: Transformação Digital: Desafios para o Direito. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 46.

¹⁵¹ Ibidem, p. 46-47.

¹⁵² Ibidem, p. 48.

¹⁵³ Ibidem, p. 48.

condições alteradas”.¹⁵⁴ Marcelo Schenk Duque assim sintetiza a ideia de eficácia horizontal dos direitos fundamentais:

O ponto central da análise é o reconhecimento de que determinados direitos fundamentais, em particular aqueles que possuem significado no tráfego jurídico privado, além de vincularem os poderes públicos, devem considerar-se direito vinculante nas relações jurídicas levadas a efeito entre sujeitos privados, no sentido de que as pessoas privadas, naturais ou jurídicas, devem observar os direitos fundamentais quando se colocam em contato jurídico com outros sujeitos de Direito Privado.¹⁵⁵

O conteúdo objetivo-jurídico dos direitos fundamentais e humanos e as abordagens sobre efeito horizontal possui franca expressão nas normas alemãs de direitos fundamentais e tem se irradiado por outros sistemas jurídicos internacionais. Os regramentos austríacos, a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, parte do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFEU) e a Convenção Europeia de Direitos Humanos já absorveram essa perspectiva.¹⁵⁶

O Regulamento Geral de Proteção de Dados (RGPD), de maio de 2018, e a Lei Federal Alemã de Proteção de Dados (BDSG), revisada em 2017 e aplicável a partir da mesma data que a RGPD, são normas deste tema com previsão de eficácia horizontal dos direitos fundamentais¹⁵⁷ - o que confirma a busca por regras, princípios e interpretações que reflitam o protagonismo desses direitos para a tutela de dados.

O tema da eficácia horizontal no Brasil, em específico, é controverso, pois muito se discute sobre a forma de penetração dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico privado

¹⁵⁴ Em complementação a esta colocação, Wolfgang Hoffmann-Riem expõe o seguinte trecho da decisão prolatada pelo Tribunal Constitucional alemão no final de 2019 acerca do setor de Tecnologia de Informação: “Os efeitos das possibilidades técnicas do processamento de dados estão se tornando cada vez mais importantes para o relacionamento entre os particulares. Em todas as áreas da vida, os serviços básicos para o público em geral estão sendo cada vez mais prestados por empresas privadas, muitas vezes poderosas, com base em extensas coletas de dados pessoais e medidas de processamento de dados. Essas empresas desempenham um papel decisivo na formação da opinião pública, na geração e restrição de oportunidades, na participação na vida social ou mesmo em tarefas elementares da vida diária. Os indivíduos dificilmente terão outra escolha senão a de revelar em grande medida seus dados pessoais para as empresas, caso não queiram ser excluídos desses serviços básicos. Diante da capacidade de manipulação, reprodução e das possibilidades de divulgação praticamente ilimitadas dos dados, tanto em termos de tempo como de espaço, bem como sua imprevisível capacidade de recombinação em procedimentos de processamento transparentes por meio de algoritmos incompreensíveis, os indivíduos podem ser expostos a dependências de longo alcance ou condições contratuais impositivas. Estes desenvolvimentos podem, portanto, representar uma profunda ameaça ao desenvolvimento da personalidade. O direito à autodeterminação informativa deve neutralizá-los.” (HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. **Teoria Geral do Direito Digital: Transformação Digital: Desafios para o Direito**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 50.)

¹⁵⁵ DUQUE, Marcelo Schenk. O significado da expressão eficácia horizontal dos direitos fundamentais. **Revista Novos Estudos Jurídicos** - Eletrônica, Vol. 26- n. 1 - Jan-Abr 2021, p. 252. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/17584/10060>. Acesso em: 05 jun. 2023.

¹⁵⁶ HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. **Teoria Geral do Direito Digital: Transformação Digital: Desafios para o Direito**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 51.

¹⁵⁷ Ibidem, p. 51.

e sobre a intensidade desta vinculação. Considerando principalmente as fontes alemãs de estudo desse assunto – que foram as fontes precursoras e que obtiveram mais sucesso na análise desse fenômeno¹⁵⁸ – tem-se o entendimento na obra “*Direitos Fundamentais e Direito Privado*”, de Claus-Wilhelm Canaris, de que os direitos fundamentais vinculam a legislação, o Poder Executivo e a Jurisdição como direito imediatamente vigente aplicando-se também às normas de direito privado, conforme se entende da leitura do art. 1º, nº 3 da Lei Fundamental Alemã.¹⁵⁹

Para Canaris, os direitos fundamentais têm eficácia imediata nas relações privadas: tais direitos vigoram imediatamente em face das normas de direito privado tendo funções de proibição de intervenção e de imperativo de tutela¹⁶⁰. Segundo esse jurista, os direitos fundamentais, por questões de ordem prática e de lógica normativa, vinculam o Estado e os sujeitos de direito privado em dois aspectos: proibição legal de restrição a direito fundamental por meio de negócio jurídico (§134 do BGB – Código Civil Alemão)¹⁶¹ e obrigação de indenizar os danos resultantes da ofensa a direitos fundamentais (§823 do BGB)¹⁶².

O problema desse entendimento é de que muitas partes do direito privado, sobretudo do direito dos contratos e da responsabilidade civil, perderam a sua autonomia ao serem elevadas a nível constitucional. Por tal razão dogmática, apenas o Estado e os seus órgãos seriam destinatários dos direitos fundamentais - os sujeitos do direito privado estariam excluídos desse rol¹⁶³. No tocante ao objeto de controle dos direitos fundamentais, este abrangeria apenas leis e decisões judiciais, visto que os sujeitos de direito privado não são destinatários desses direitos, portanto os negócios jurídicos e atos ilícitos não seriam aferidos nessa lógica¹⁶⁴.

¹⁵⁸ DUQUE, Marcelo Schenk. O significado da expressão eficácia horizontal dos direitos fundamentais. **Revista Novos Estudos Jurídicos** - Eletrônica, Vol. 26- n. 1 - Jan-Abr 2021, p. 251. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/17584/10060>. Acesso em: 05 jun. 2023.

¹⁵⁹ CANARIS, Claus- Wilhelm. **Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Tradução: Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2003, p. 23.

¹⁶⁰ Buscando entender se e como os sujeitos de direito privado estão vinculados aos direitos fundamentais, o mencionado autor (2003, p. 52) elenca três perguntas: (i) quem é destinatário dos direitos fundamentais - apenas o Estado e seus órgãos ou também os sujeitos de direito privado?; (ii) o objeto de controle dos direitos fundamentais é o comportamento de qual desses sujeitos?; (iii) em qual função são aplicados os direitos fundamentais, proibição de intervenção ou imperativo de tutela? (CANARIS, Claus- Wilhelm. **Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Tradução: Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2003, p. 36.)

¹⁶¹ CANARIS, Claus- Wilhelm. **Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Tradução: Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2003, p. 147.

¹⁶² CANARIS, Claus- Wilhelm. **Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Tradução: Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2003, p. 153.

¹⁶³ Ibidem, p. 54-55.

¹⁶⁴ Ibidem, p. 55-56.

Já no que se refere à função dos direitos fundamentais - proibição de intervenção e o imperativo de tutela – seria esta última função a relacionada com eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas. Isto porque se, a princípio, apenas o Estado é destinatário dos direitos fundamentais, pois é o ente estatal que os protege, por outro viés os cidadãos também são atingidos, ainda que indiretamente, tendo em vista que, na esfera jurídica privada, o Estado (ou a ordem jurídica), estão, inicialmente, vinculados na proteção de um cidadão perante o outro¹⁶⁵.

Marcelo Schenck Duque ponderou que, “enquanto no Brasil geralmente se defende uma eficácia geral e imediata da maioria dos direitos fundamentais nas relações privadas, os estudiosos alemães tendem a refutar essa possibilidade”¹⁶⁶. Isto porque faltam critérios consistentes capazes de definir os limites da liberdade de ação geral de cada particular e, por esse motivo, os autores da Alemanha costumam optar por uma mediação legislativa.

Nesse debate, convém a consideração da tese de convergência do direito privado para a Constituição esposado igualmente por Marcelo Schenk Duque, pensamento este que contribui para o reconhecimento da referida eficácia nos contratos de consumo e nos contratos privados em geral¹⁶⁷ – alcançando, assim, a esfera dos negócios jurídicos que envolvem dados pessoais¹⁶⁸.

Deste modo, os direitos fundamentais vinculam os sujeitos privados em situações nas quais as disposições negociais privadas ferem direitos fundamentais de um deles, ou quando não há o perfeito consentimento de uma das partes, ou na impossibilidade de reação fática ou de noção exata por parte do destinatário da lesão quanto aos danos provocados por uma violação geral ao livre desenvolvimento da personalidade do particular¹⁶⁹ - discussão esta que abrange a proteção de dados pessoais da infância na Internet, sendo cabível ao alinhavado nesta pesquisa.

O referido autor ainda obtempera sobre a necessidade de complementação recíproca entre o direito constitucional e o direito privado da seguinte forma:

¹⁶⁵ ¹⁶⁵ CANARIS, Claus- Wilhelm. **Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Tradução: Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2003, p. 58.

¹⁶⁶ DUQUE, Marcelo Schenk. O significado da expressão eficácia horizontal dos direitos fundamentais. **Revista Novos Estudos Jurídicos** - Eletrônica, Vol. 26- n. 1 - Jan-Abr 2021, p. 266. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/17584/10060>. Acesso em: 05 jun. 2023.

¹⁶⁷ DUQUE, Marcelo Schenk. **Direito Privado e Constituição: Drittwirkung dos direitos fundamentais**. Construção de um modelo de convergência à luz dos contratos de consumo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 101.

¹⁶⁸ Ibidem, p. 99-100.

¹⁶⁹ Ibidem, p. 101.

A norma constitucional, expressão de um ou mais valores, irradia um conteúdo indeterminado para uma norma de direito privado. Esse conteúdo indeterminado preenche valorativamente a norma privada, moldando a sua compreensão no sentido da constituição. Cria-se, aqui, a figura de uma simbiose entre a constituição e o direito privado: sem o direito privado, a norma constitucional pode pouco fazer, pelo fato de que a indeterminação de seu conteúdo não proporciona uma imposição concreta no ordenamento jurídico. A norma de direito privado, por sua vez, carece de valores constitucionais que guiem a sua interpretação e aplicação, a fim de que atinja a sua finalidade plena, de regulação do conjunto de fatos da vida, em harmonia com a unidade do ordenamento jurídico e no marco da constitucionalidade.¹⁷⁰

Nessa trilha, é compatível com esta ideia de estruturação atualizada de direitos humanos e de irradiação dos direitos fundamentais no direito privado a proposição de Eduardo Magrani de que o Direito pode reivindicar um papel de metatecnologia para orientar o desenvolvimento tecnológico tendo como premissas as regras e os princípios fixados em âmbito constitucional, estipulando formas jurídicas distintas das colocadas pela economia política do capitalismo de vigilância.¹⁷¹

Ainda acompanhando as reflexões de Magrani, o Direito, como metatecnologia, tem o dever de fomentar e regular artefatos técnicos sensíveis a valores. “Um artefato técnico dotado de imprevisibilidade e poder de agência significativo deve ser orientado por valores constitucionalmente garantidos”, sendo tais valores discutidos na esfera pública, no intuito de que seja considerado um artefato responsável e alinhado com o Estado Democrático de Direito”.¹⁷² Deste modo, a proteção de dados efetiva consegue ultrapassar a formalidade do consentimento individual e garantir os pressupostos materiais para a elaboração de um espaço de liberdade no qual a pessoa tem aptidão para gerir e controlar suas informações.

Capítulo 2. A TUTELA JURÍDICA DA INFÂNCIA NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO (DE VIGILÂNCIA): O ENTRELAÇAMENTO DE ELEMENTOS COMO AUTONOMIA, DIREITOS FUNDAMENTAIS, GARANTIAS CONSTITUCIONAIS, (HIPER)VULNERABILIDADE INFANTIL, TRANSVERSALIDADE E DIÁLOGO DAS FONTES

¹⁷⁰ DUQUE, Marcelo Schenk. **Direito Privado e Constituição**: Drittwirkung dos direitos fundamentais. Construção de um modelo de convergência à luz dos contratos de consumo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 99-100.

¹⁷¹ MAGRANI, Eduardo. **Entre dados e robôs**: ética e privacidade na era da conectividade. 2 ed. Porto Alegre: Arquipélago Editorial, 2019, p. 261.

¹⁷² Ibidem, p. 261.

O escopo deste capítulo é analisar o papel da criança no contexto da sociedade da informação (ou de vigilância, nos termos alinhados no Capítulo anterior), concebendo-a como sujeito de direitos e pessoa com vulnerabilidade agravada. Deste modo, no subcapítulo 2.1., serão brevemente abordadas as teorias do estudo da infância, no intuito de refletir sobre a autonomia progressiva da criança e a edificação da autodeterminação individual.

Depois, no subcapítulo 2.2., as conceituações de direitos fundamentais e de garantias individuais serão esposadas, a fim de se tratar das jusgarantias asseguradas a esta população, com maior explanação dos direitos garantidos a ela em âmbito internacional, com enfoque na Convenção sobre os Direitos da Criança, bem como na órbita constitucional brasileira e legislação pátria correlata, prezando pela transversalidade.

A partir deste alinhamento, será feita uma investigação hermenêutica pautada na consagração do princípio do melhor interesse da criança e na compreensão de sua hipervulnerabilidade, destacadamente no espaço digital, no intuito de elaborar o modo mais adequado de promover o consentimento e o uso de seus dados pessoais.

2.1 A abordagem da infância no contexto da sociedade de informação (de vigilância): apontamentos sobre os estudos acerca desta população e a com sua autonomia progressiva para a defesa dos direitos das crianças na ambiência virtual

Os estudos sobre a história da infância apontam que a inquietação científica sobre a população infantil e sua historiografia iniciaram-se, no Brasil e no mundo, apenas a partir do século XIX, mesmo que esta população já fosse objeto de questões sociais em séculos anteriores. Mariano Narodowski define a infância como um fenômeno histórico, não apenas natural, e sua caracterização se dá a partir da heteronomia, da dependência e da obediência ao adulto em troca de proteção, na perspectiva ocidental moderna.¹⁷³

Antes do século XVI, assim, a existência da criança com autonomia, sendo uma “categoria diferenciada do gênero humano”, não era vista pela sociedade. Após a fase de dependência física da mãe, as crianças eram inseridas nas vivências do mundo adulto. Na Idade Média, por exemplo, não havia a divisão territorial e de atividades segundo a idade das

¹⁷³ NARODOWSKI, Mariano apud NASCIMENTO, Cláudia Terra; BRANCHER, Vantoir Roberto; OLIVEIRA, Valeska Forte de. A Construção Social do Conceito de Infância: algumas interlocuções históricas e sociológicas. *Revista Contexto & Educação*, 23(79), 2013, p. 49. Disponível em: <https://revistas.unijui.edu.br/index.php/contextoeducacao/article/view/1051>. Acesso em: 08 jan. 2024.

pessoas, “não havia o sentimento de infância ou uma representação elaborada dessa fase da vida”.¹⁷⁴

Na Idade Moderna, a partir do século XVII, as crianças tornam-se objeto de proteção, tendo em vista que eram concebidas meramente como seres biológicos. O cuidado maior com esta população, bem como a necessidade de disciplina rígida para torná-las adultos socialmente aceitos, delinearão a percepção de infância daquele período. Com a Revolução Francesa, em 1789, as mudanças funcionais do Estado refletiram na responsabilidade para com a criança e o interesse por ela: o bem-estar e a educação infantis passaram a ser visados pelos governos.¹⁷⁵

O conceito de infância passa a ser vagarosamente modificado com a institucionalização da escola e a escolarização das crianças. A construção social da infância, então, tem também relação com a pedagogia.¹⁷⁶ Ampliando este espectro científico, outras áreas, como a psicologia, passaram a se dedicar a esta temática. Charles Darwin, na seara da teoria biológica evolucionista, buscava entendimentos sobre o desenvolvimento infantil.¹⁷⁷ As ideias darwinistas foram sequencialmente exploradas pela psicologia voltada à infância, que floresceu no final do século XIX, com teorias como as de Sigmund Freud e Jean Piaget sobre esta etapa da vida, compreendendo a infância como um estágio do desenvolvimento humano.

Freud estuda as fases de desenvolvimento infantil a partir da definição de estágios psicosssexuais. Jean Piaget, no estudo denominada Epistemologia Genética, por sua vez, perscrutou as origens dos diversos conhecimentos partindo de suas formas mais básicas, acompanhando o desenvolvimento desse conhecimento do nível mais elementar até a elaboração do pensamento científico.

¹⁷⁴ NASCIMENTO, Cláudia Terra; BRANCHER, Vantoir Roberto; OLIVEIRA, Valeska Forte de. A Construção Social do Conceito de Infância: algumas interlocuções históricas e sociológicas. **Revista Contexto & Educação**, 23(79), 2013, p. 51. Disponível em: <https://revistas.unijui.edu.br/index.php/contextoeducacao/article/view/1051>. Acesso em: 08 jan. 2024.

¹⁷⁵ Ibidem, p. 52.

¹⁷⁶ Ibidem, p. 54.

¹⁷⁷ “Darwin (1877) relata o desenvolvimento infantil, a partir da observação de um de seus filhos, que mantinha em um diário cujos estudos descreviam o momento em que a criança começa a apresentar reações e expressões que denotam sentimentos, como raiva, medo, prazer, afeto, timidez, bem como condutas relacionadas à associação de ideias, raciocínio e comunicação. O desenvolvimento da linguagem destacou-se como um fator marcante no desenvolvimento da criança, e o estudo empírico realizado por Darwin influenciou as primeiras ideias a respeito da psicologia infantil. O evolucionismo destacou-se por ser um dos primeiros movimentos a analisar o comportamento e o desenvolvimento específico da criança, mas logo deu lugar a novas linhas de análise a respeito da infância.” (EBERLIN, Fernando Büscher von Teschenhausen. **Direitos da Criança na Sociedade da Informação**: Ambiente Digital, Privacidade e Dados Pessoais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 144.)

Para este autor, o desenvolvimento humano, cognitivo e social, acontece em etapas sequenciais, com dependência e necessidade entre si, estando propenso a um equilíbrio cognitivo, lógico e social. O desenvolvimento social ocorre com interdependência deste desenvolvimento racional. Na realidade, os fatores sociais, mentais e orgânicos transcorrem mutuamente na origem individual do desenvolvimento.¹⁷⁸

Piaget detalhou o desenvolvimento do sujeito na fase inicial da vida em escalas diferentes de percepção, em contínua construção: a fase inicial de indiferenciação do sujeito frente ao mundo, até a fase de capacidade de operações formais. A cada etapa, o conhecimento é formado a partir da interação do sujeito com o objeto. São quatro níveis de desenvolvimento: o sensório-motor, o pré-operatório, o de operações concretas e o de operações formais, sendo cada uma das etapas a base para a fase seguinte. O transcurso por cada um desses estágios revela uma sequência e uma sucessão no desenvolvimento da inteligência.¹⁷⁹

No nível sensório-motor, compreendido de 0 (zero) a 2 (dois) anos, o sujeito não tem noção de si próprio e do objeto. O bebê relaciona tudo ao próprio corpo, em uma espécie de egocentrismo, mas no sentido de ignorar o que ultrapassa seu corpo e seus sentimentos. A diferenciação do bebê com os objetos ocorre de maneira gradual, com a interação desta pessoa com o mundo exterior e, de forma progressiva, ele se entende como integrante de um universo espaço-temporal e causal.¹⁸⁰

O desenvolvimento paulatino da compreensão de si, de suas ações e efeitos no mundo, na fase sensório-motora, ainda não tem o uso da linguagem. Aliás, esta depende desta primeira etapa do desenvolvimento infantil para ocorrer. Apenas com a aquisição da linguagem é que a socialização da inteligência se efetiva, mesmo que faltem características que permitam trocas equilibradas entre as crianças. A capacidade de adesão a uma escala comum de referência para um primeiro diálogo ainda é ausente para elas. Além disto, a criança pequena não consegue se colocar no ponto de vista alheio, impedindo o estabelecimento de relações de reciprocidade.¹⁸¹

¹⁷⁸ SILVEIRA, Ana Cristina de Melo. **A proteção da criança e do adolescente no mundo digital: o compliance como medida protetiva ao cyberbullying**. 1 ed. Belo Horizonte, São Paulo: D' Plácido, 2023, p. 51.

¹⁷⁹ PÁDUA, Gelson Luiz Daldegan de. A Epistemologia Genética de Jean Piaget. **Revista FACEVV**, São Paulo, n. 2, p. 22-35, 1º sem. 2009, p. 28. Disponível em: <https://maratavarespsictics.pbworks.com/f/A+EPISTEMOLOGIA+GENETICA.pdf>. Acesso em: 20 jan. 2024.

¹⁸⁰ PIAGET, Jean. **Epistemologia genética**. Tradução de Álvaro Cabral. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 8-12.

¹⁸¹ SILVEIRA, Ana Cristina de Melo. **A proteção da criança e do adolescente no mundo digital: o compliance como medida protetiva ao cyberbullying**. 1 ed. Belo Horizonte, São Paulo: D' Plácido, 2023, p. 54.

A fase seguinte a esta, que é a pré-operatória (dos 2 (dois) aos 7 (sete) anos), a pessoa passa da ação ao pensamento. Começa a capacidade de representação mental de objetos e ações na memória, sobretudo por simbologias como palavras e imagens, surgindo a capacidade de pensamento e de lembrança.

Mesmo que de modo simplório, a pessoa principia o processo de descentralização (percepção dos objetos). Este movimento viabiliza a descoberta de determinadas ligações objetivas que, por sua vez, induzem a criança ao desenvolvimento de operações concretas - ou desenvolvimento de conhecimentos lógicos. É nesta fase que a criança percebe valores, como “certo e errado”.¹⁸² Nota-se relativa indiferenciação entre o sujeito e o objeto, com socialização precária, e a criança ainda possui incapacidade de colocação no ponto de vista do outro.¹⁸³

No período compreendido entre os 7 (sete) e 8 (oito) anos de idade, a criança alcança o primeiro nível de operações “concretas”, tendo capacidade cognitiva de realização de operações que abarcam objetos e transformações reais no que se refere ao aspecto lógico. As ações mentais, correspondentes a julgamentos “intuitivos”, possuem equilíbrio estável, com reversibilidade, tendo início às operações lógicas, tais como reunião, dissociação e correspondência. Estas e outras ações mentais semelhantes permitem a antecipação e a reconstituição pela imagem, pela intuição, e, neste estágio de desenvolvimento, pela dedução. A criança passa a ter habilidade própria de pensamento e de reverter-lo.¹⁸⁴

O segundo nível das operações “concretas”, com equilíbrio geral no desenvolvimento progressivo, compreende a faixa etária de 9 (nove) a 10 (dez) anos, estendendo-se até por volta dos 12 (doze) anos. Neste período há constituição das operações formais, como operações por hipóteses e habilidade de abstração, além da construção das operações lógicas e matemáticas.¹⁸⁵

O princípio da etapa de desenvolvimento de operações formais coincide com o critério legal de criança definido pelo Estatuto da Criança e do Adolescente brasileiro, que assim define a pessoa de até 12 (doze) anos incompletos. Assim, para a legislação do Brasil,

¹⁸² PÁDUA, Gelson Luiz Daldegan de. A Epistemologia Genética de Jean Piaget. **Revista FACEVV**, São Paulo, n. 2, p. 22-35, 1º sem. 2009, p. 31. Disponível em: <https://maratavarepsictics.pbworks.com/f/A+EPISTEMOLOGIA+GENETICA.pdf>. Acesso em: 20 jan. 2024.

¹⁸³ SILVEIRA, Ana Cristina de Melo. **A proteção da criança e do adolescente no mundo digital: o compliance como medida protetiva ao cyberbullying**. 1 ed. Belo Horizonte, São Paulo: D' Plácido, 2023, p. 54-55.

¹⁸⁴ PÁDUA, Gelson Luiz Daldegan de. A Epistemologia Genética de Jean Piaget. **Revista FACEVV**, São Paulo, n. 2, p. 22-35, 1º sem. 2009, p. 32. Disponível em: <https://maratavarepsictics.pbworks.com/f/A+EPISTEMOLOGIA+GENETICA.pdf>. Acesso em: 20 jan. 2024.

¹⁸⁵ PIAGET, Jean. **Epistemologia genética**. Tradução de Álvaro Cabral. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 41.

a criança não tem plena capacidade de executar operações formais, o que, no âmbito da proteção de dados pessoais no espaço virtual, é relevante, tendo em vista que indica a autonomia ainda incipiente da infância.

Esta situação afeta a tomada de decisões de forma totalmente independente por parte desses sujeitos, demandando a colaboração dos pais e responsáveis neste processo, exigindo a construção de um modelo de obtenção de dados mais completo e responsável que o mero consentimento formal destes.

Em continuidade ao exposto na teoria de Jean Piaget, cumpre recordar que, para ele, o ser humano está em constante desenvolvimento, sendo a fase de operações formais apontada acima o momento do qual parte outros desenvolvimentos das pessoas, tendo estas mais capacidade de exercício de raciocínios formais e abstratos. Outro ponto a se lembrar é de que, na Epistemologia Genética Piagetiana, há o desenvolvimento cognitivo e, em paralelo, o desenvolvimento social. Essas duas vertentes são importantes porque, quando entrelaçados os fatores mentais e sociais, estes podem elucidar “as acelerações ou os atrasos do desenvolvimento”.¹⁸⁶

As interações entre sujeito e objeto modificam os dois e as relações interindividuais transformam o indivíduo na sua estrutura mental. Por tal razão, Jean Piaget também defendeu que os graus de socialização são compatíveis com o desenvolvimento do conhecimento. As fases iniciais (sensório-motora e operatória) ainda o egocentrismo narrado antes (pouco reconhecimento do ponto de vista próprio e baixa colocação no ponto de vista do outro). É a partir da fase operatória (7 (sete) anos de idade) que a criança passa a ser mais colaborativa, disposta a trocas e com mais coordenação de pontos de vista. Começa a capacidade de cooperação na ação, o que, para Piaget, corresponde ao equilíbrio das ações individuais e das interações interindividuais, igualmente importantes no desenvolvimento humano.¹⁸⁷

Piaget asseverou que, para a ocorrência do equilíbrio entre as ações individuais e as interindividuais, a cooperação é indispensável para a ação relativamente livre do indivíduo. Faz-se necessário, nesta conjuntura, a imposição de uma normatividade mínima que une os indivíduos nas suas ações, coordenando-os através da reciprocidade dos pontos de vista. Esta normatividade é um vínculo que se situa entre o agir egocêntrico e o agir subordinado pela coação. Este é um elo que possibilita aos interlocutores atualizarem os valores conjunta e

¹⁸⁶ SILVEIRA, Ana Cristina de Melo. **A proteção da criança e do adolescente no mundo digital: o *compliance* como medida protetiva ao *cyberbullying***. 1 ed. Belo Horizonte, São Paulo: D' Plácido, 2023, p. 57.

¹⁸⁷ Ibidem, p. 58-59.

livremente, com reciprocidade, retomando às proposições ou aos valores atuais para conciliá-las às anteriores.¹⁸⁸

A conclusão deste autor é a de que a troca de pensamento equilibrada entre os indivíduos gera o pensamento operatório, conduzindo à denominada autonomia. Este conceito, em Piaget, depende de um equilíbrio entre o agir que contém, nos vieses intelectual e social, a capacidade de interação recíproca e cooperativa com o outro, isto é, não pode ser um agir concentrado no próprio ponto de vista ou o agir que deriva da pura coação.¹⁸⁹ Autonomia equivale à ideia, portanto, de “ser capaz de se situar consciente e competentemente na rede dos diversos pontos de vista e conflitos presentes em uma sociedade”.¹⁹⁰

Os conceitos elencados acima integram o denominado construtivismo, isto é, corrente que apregoa que a criança aprende conforme as etapas de seu desenvolvimento. Posterior a esta vertente teórica está o social construtivismo, que se baseia na ideia de desenvolvimento infantil associado ao contexto social ao qual ela está inserida, Philippe Ariès, em 1960, foi um expoente dessa teoria, dispondo sobre a infância como uma construção social.¹⁹¹

A teoria social construtivista rebate as propostas de desenvolvimento propugnadas nas linhas freudianas e piagetianas, por estas sustentarem que são as estruturas internas das crianças que precipuamente induzem ao desenvolvimento delas, sem prezar mais pela parte social.¹⁹² Fiona Spotswood e Agnes Nairn explicam que o social construtivismo entende a infância como uma construção social, permeada por condições sociais e culturais específicas, isto é, não se restringem a etapas cronológicas e biológicas. Para esta teoria, as relações sociais das crianças devem ser analisadas sob as suas próprias perspectivas e a construção e determinação da vida da criança deve ser mais ativa.¹⁹³

Em que pese a argumentação sustentada pelo construtivismo social, a Teoria da Epistemologia Genética de Jean Piaget se mostra mais apropriada com a análise do

¹⁸⁸ SILVEIRA, Ana Cristina de Melo. **A proteção da criança e do adolescente no mundo digital: o compliance como medida protetiva ao cyberbullying**. 1 ed. Belo Horizonte, São Paulo: D' Plácido, 2023, p. 61-62.

¹⁸⁹ Ibidem, p. 62-63.

¹⁹⁰ LA TAILLE, Yves de apud SILVEIRA, Ana Cristina de Melo. **A proteção da criança e do adolescente no mundo digital: o compliance como medida protetiva ao cyberbullying**. 1 ed. Belo Horizonte, São Paulo: D' Plácido, 2023, p. 63.

¹⁹¹ EBERLIN, Fernando Büscher von Teschenhausen. **Direitos da Criança na Sociedade da Informação: Ambiente Digital, Privacidade e Dados Pessoais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 146.

¹⁹² EBERLIN, Fernando Büscher von Teschenhausen. **Direitos da Criança na Sociedade da Informação: Ambiente Digital, Privacidade e Dados Pessoais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 146.

¹⁹³ SPOTSWOOD, Fiona; NAIRN, Agnes. Children as vulnerable consumers: a first conceptualisation. **Journal Of Marketing Management**, [s.l.], v. 32, n. 3-4, p.219, 17 nov. 2015. Informa UK Limited. Disponível em: <https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/0267257X.2015.1107616>. Acesso em: 10 dez. 2023.

consentimento parental e a relação almejada com a criança estabelecida neste trabalho, qual seja, a condição de sujeito de direitos em desenvolvimento no campo do tratamento de dados pessoais destas na Internet.

Isto porque o desenvolvimento cognitivo e social na infância é fortificado com relações dialógicas - no caso do consentimento em termos de dados pessoais, as relações firmadas entre as crianças e seus pais ou responsáveis legais são fundamentais. Esta dialogicidade deve ser analisada considerando a possibilidade de exercício de autodeterminação da criança e a fixação de medidas de prevenção inibidoras de danos a ela. Ainda sobre essa autodeterminação, propulsora de autonomia progressiva da infância, Ana Cristina de Melo Silveira anota:

Com o ganho de discernimento ou, nas palavras piagetianas, com o ganho da capacidade de cooperação, reciprocidade e reversibilidade, a pessoa em desenvolvimento, paralelamente, deve ter sua possibilidade de autonomia amplificada. Ao mesmo tempo em que há ganho de autonomia para efetivar seus direitos e realizar sua autodeterminação, a criança e o adolescente adquirem aptidão para o diálogo democraticamente mais amplo no âmbito de suas relações familiares e sociais. O agir democrático também exige agir ético. Enfim, desenvolvimento cognitivo, social e ético caminham juntos.¹⁹⁴

Deste modo, o “lócus” social da criança no meio digital - ou na própria cibercultura - deve se afastar dos paradoxos sinalizados por Rita Ribes de a criança ser “uma quase inata expertise” neste universo virtual ou de serem consideradas totalmente frágeis e desprotegidas.¹⁹⁵ A tutela dos dados pessoais da infância na sociedade de informação deve se equilibrar entre estes polos ao reverenciar o desenvolvimento progressivo da criança e enfatizar as relações dialógicas supracitadas.

Neste sentido, a instauração de relações familiares mais democráticas, mormente no que tange à autoridade parental, é salutar, entendendo também que esta autoridade precisa respeitar o nível de discernimento da criança. A autonomia resta prejudicada em um cenário no qual os pais ou responsáveis impõem valores ou escolhas às crianças sem a participação infantil nesta comunicação e desvalorizando o patamar de desenvolvimento que a criança se encontra.¹⁹⁶

¹⁹⁴ SILVEIRA, Ana Cristina de Melo. **A proteção da criança e do adolescente no mundo digital: o compliance como medida protetiva ao cyberbullying**. 1 ed. Belo Horizonte, São Paulo: D' Plácido, 2023, p. 67.

¹⁹⁵ RIBES, Rita. O (en)canto e o silêncio das sereias: sobre o (não)lugar da criança na (ciber)cultura. **Childhood & Philosophy**, Rio de Janeiro, v. 9, n. 18, p.338, 2013. Disponível em: <https://www.redalyc.org/pdf/5120/512051609006.pdf>. Acesso em: 05 dez. 2023.

¹⁹⁶ A autonomia parental, nessa linha de pensamento, não possui caráter estritamente voluntarista: ela representa um agrupamento de posições jurídicas em prol do desenvolvimento dos filhos. A criação e educação das crianças

Na sociedade de informação, o papel dos responsáveis legais é de mediar a atividade das crianças para o uso de serviços e produtos, educando-as para lidar com as benesses e os eventuais riscos que podem encontrar neste ambiente. Nas palavras de Ana Cristina de Melo Silveira, a integração da criança às decisões pertinentes à sua personalidade “é aspecto esperado para o seu natural e saudável desenvolvimento e fomenta uma relação mais segura no mundo digital”.¹⁹⁷

No campo jurídico, a concepção renovada e que vincula a criança à figura de sujeito de direitos, partícipe ativo na elaboração e no exercício de seus interesses¹⁹⁸, esteve presente a partir da promulgação da Convenção sobre os Direitos da Criança, de 1959, ratificada no Brasil pelo Decreto nº 99.710/1990. Esta Convenção fixou princípios para a proteção do melhor interesse das crianças, assim consideradas as pessoas menores de 18 anos de idade.¹⁹⁹

Especificamente no Brasil, além da ratificação da aludida Convenção, a proteção à criança representa um direito constitucional (artigo 227 da Constituição brasileira de 1988) e regulamentado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/1990), que reconheceu expressamente a criança como sujeito de direitos (artigo 15), como será pormenorizado em tópico específico. O ordenamento jurídico pátria, portanto, acompanha as alterações jurídicas do conceito de infância vivenciadas no mundo, e relega claramente esse caráter em diversos procedimentos jurídicos, como os previstos no Código Civil brasileiro (Lei nº 10.406/2002).

No âmbito do Direito Civil brasileiro, por oportuno, a doutrina majoritária e os tribunais têm compreendido a Teoria das Incapacidades como um instrumento de proteção das pessoas vulneráveis que não possuem aptidão integral para a prática dos atos da vida civil por si mesmos, como são as crianças, consideradas legalmente como absolutamente

precisa possibilitar o exercício de uma autonomia cunhada na paternidade/maternidade responsáveis e na proteção integral da infância. Como pontuado por Ana Carolina Brochado Teixeira, “por estarem construindo sua maturidade e discernimento, [as crianças] não podem usufruir completamente de seu direito fundamental à liberdade, pois ainda não têm condições de exercê-la. Para seu bem-estar, vivem uma fase de liberdade vigiada, cujo raio de amplitude de seu exercício aumenta à medida que cresce seu discernimento”. A autoridade dos pais (ou dos responsáveis), desta forma, deve ser instrumento de promoção da personalidade dos filhos, sendo as ingerências na privacidade deles apenas para praticar o dever de cuidado e de segurança. (TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Família, guarda e autoridade parental**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 130-131.)

¹⁹⁷ SILVEIRA, Ana Cristina de Melo. **A proteção da criança e do adolescente no mundo digital: o compliance como medida protetiva ao cyberbullying**. 1 ed. Belo Horizonte, São Paulo: D’ Plácido, 2023, p. 68.

¹⁹⁸ HOF, Simone Van Der. I agree... or do I? A right-based analysis of the law on children’s consent in the digital world. **Wisconsin International Law Journal**, [s.l.], v. 34, n. 2, p. 426, 2016. Disponível em: <https://scholarlypublications.universiteitleiden.nl/access/item%3A2944101/view>. Acesso em: 05 dez. 2023.

¹⁹⁹ BRASIL. Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990. Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. **Diário Oficial da União**, Brasília, 22 nov. 1990. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm. Acesso em: 25 jun. 2023.

incapazes (artigo 3º do Código Civil)²⁰⁰. Deste modo, a aplicação e a interpretação dos dispositivos de lei atinentes à incapacidade almejam a realização da pessoa com o máximo de autonomia possível.²⁰¹

Amostra disto é o conteúdo do Enunciado nº 138 da Jornada de Direito Civil, pelo qual o legislador expressa o entendimento da doutrina jurídica de que a vontade dos absolutamente incapazes é juridicamente relevante na concretização de suas situações existenciais na medida de seus discernimentos.²⁰²

Esta perspectiva de autonomia progressiva das crianças coaduna com a deste trabalho e, partindo desses pressupostos teóricos e jurídicos, passa-se a discorrer sobre a construção dos direitos fundamentais e garantias constitucionais reservadas à infância internacionalmente e no ambiente doméstico, realizando distinções conceituais sobre esses institutos, a fim de delinear o que deve ser protegido no tratamento de dados dessas pessoas e como estes serão melhor obtidos, sem violar suas jusgarantias.

2.2. Aplicação dos direitos fundamentais na tutela jurídica infantil: distinções conceituais e garantias asseguradas a estas pessoas em desenvolvimento

Preliminarmente, antes da abordagem acerca dos direitos fundamentais voltados à infância, cumpre distinguir conceitualmente - ainda que de maneira sucinta - o que são os direitos humanos, os direitos fundamentais e o papel das garantias constitucionais para preservação e promoção da infância, enfatizadas neste trabalho no campo digital.

Norberto Bobbio ponderou que os direitos humanos (Direitos do Homem) “são aqueles que pertencem, ou deveriam pertencer, a todos os homens, ou dos quais nenhum homem pode ser despojado”.²⁰³ Já os direitos fundamentais, construídos continuamente, perpassam por vários contextos históricos da Humanidade, partindo da elevação da centralidade da pessoa humana nas ordens jurídicas. Marcelo Schenk Duque assim obtempera:

²⁰⁰ “Art. 3º -São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesseis) anos.”(BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, 10 jan. 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 01 jun. 2023.)

²⁰¹ SILVEIRA, Ana Cristina de Melo. **A proteção da criança e do adolescente no mundo digital: o compliance como medida protetiva ao cyberbullying**. 1 ed. Belo Horizonte, São Paulo: D’ Plácido, 2023, p. 49.

²⁰² BRASIL. Conselho da Justiça Federal. **Enunciado nº 138 da III Jornada de Direito Civil**. A vontade dos absolutamente incapazes, na hipótese do inc. I do art. 3º é juridicamente relevante na concretização de situações existenciais a eles concernentes, desde que demonstrem discernimento bastante para tanto. Brasília, DF: CJF. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/215>. Acesso em: 05 dez. 2023.

²⁰³ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**, trad. Carlos Nelson Coutinho. Nova ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 13.

A unidade do ordenamento jurídico é estabelecida a partir do momento em que todos os âmbitos jurídicos são reconduzidos a um princípio fundamental comum que, no caso, decorre da exaltação da pessoa como valor, expressão da sua dignidade, que origina as linhas valorativas e de conformação previstas na constituição. Trata-se, em última instância, do *Leitmotiv* da cultura jurídica contemporânea, que é exatamente o papel primordial dos direitos humanos, em um cenário onde a pessoa humana está focada no centro do direito.²⁰⁴

Neste sentido, Fernando Rodrigues Martins discorreu que a expressão “direitos fundamentais” é distinta da ideia de direitos humanos. Prelecionou o autor que os direitos fundamentais são categorias que formam internamente, no âmbito das Constituições democráticas emergentes e em cada Estado, as novas dimensões de direitos humanos fundadas através de variados tratados internacionais.

Desta maneira, os direitos humanos estão relacionados às declarações de cunho social oriundas do direito internacional, cujo conteúdo são proposições jurídicas atribuídas aos seres humanos independentemente da ordem constitucional, sendo, a outro giro, direitos fundamentais os direitos da pessoa reconhecidos e consagrados na esfera do direito constitucional de determinado estado.²⁰⁵

Em definição clássica, José Afonso da Silva trata os direitos fundamentais como prerrogativas e instituições que o ordenamento jurídico concretiza em garantia de uma convivência digna, livre e igual a todas as pessoas. O termo “fundamentais” aponta que os direitos supracitados são situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, não sobrevive.²⁰⁶

Os fluxos (e os influxos) da elaboração dos direitos fundamentais, portanto, são reafirmações dos direitos humanos, que precedem os primeiros direitos mencionados. Isto porque, inicialmente e como asseverou Norberto Bobbio, o problema filosófico dos direitos do homem não se afastam do estudo dos problemas históricos, sociais e econômicos, psicológicos, inerentes à sua realização.²⁰⁷ Estes dilemas ao longo dos tempos, em seguida, também

²⁰⁴ DUQUE, Marcelo Schenk. O transporte da teoria do diálogo das fontes para a teoria da constituição. In: MARQUES, Claudia Lima (Coord.). **Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 130.

²⁰⁵ MARTINS, Fernando Rodrigues. **O princípio da justiça contratual**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 226-227.

²⁰⁶ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 163-164.

²⁰⁷ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**, trad. Carlos Nelson Coutinho. Nova ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 16.

conduzem à ideia de que a compreensão dos direitos humanos foi amadurecida para sua consolidação como direitos fundamentais, que não são idênticos em todas as épocas.²⁰⁸

Na filosofia clássica, especialmente a greco-romana, e no pensamento cristão as ideias de dignidade da pessoa humana, liberdade e igualdade já estavam presentes. A democracia ateniense vislumbrava o homem dotado de individualidade e o estoicismo e o cristianismo apregoavam a igualdade de todos os homens em dignidade. A Idade Antiga foi concebida como a “pré-história” dos direitos fundamentais, nas palavras de Ingo Wolfgang Sarlet, a história destes direitos de fato se inicia com a limitação do poder.²⁰⁹

George Marmelstein também compreende os direitos fundamentais como possibilidade de limitação jurídica do poder político. Logo, o desenvolvimento da ideia de direitos fundamentais na condição de normas jurídicas de hierarquia constitucional destinadas à limitação supramencionada somente ocorreu em meados do século XVIII, com o surgimento do modelo político do Estado Democrático de Direito, sendo resultante das revoluções liberais ou burguesas.²¹⁰

Sarlet discorre, a partir de uma síntese feita por K.Stern, que o devir histórico dos direitos fundamentais até o seu reconhecimento nas primeiras Constituições escritas poderia ser dividido em três etapas: a) uma pré-história, já aludida, que se estende até o final do século XVI; b) uma fase intermediária, correspondente ao período de elaboração da doutrina jusnaturalista e da afirmação dos direitos naturais do homem; c) a fase de constitucionalização, começada em 1776, com as sucessivas declarações de direitos dos novos Estados americanos.²¹¹

A progressiva recepção dos direitos, liberdades e deveres individuais por estas declarações podem ser considerados os antecedentes dos direitos fundamentais. A “Magna Charta Libertatum”, de 1215, na Inglaterra, serviu de parâmetro para alguns direitos e liberdades civis clássicos., embora fosse válida para determinados estamentos sociais. Os efeitos da Reforma Protestante e consequentes guerras religiosas contribuíram para a estabilização dos estados nacionais modernos e do absolutismo monárquico. Este regime, a seu

²⁰⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p.127.

²⁰⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11 ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 38.

²¹⁰ MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**, 8 ed. São Paulo: Grupo GEN, 2019. *E-book*. ISBN 9788597021097. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597021097/>. Acesso em: 06 fev. 2024.

²¹¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11 ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 37.

turno, predispôs as revoluções burguesas do século XVIII, reverberando no pensamento filosófico da época, conduzindo à laicização da doutrina do direito natural e a produção teórica do individualismo liberal burguês.²¹²

As declarações de direitos inglesas do século XVII (“Petition of Rights”, de 1628; “Habeas Corpus Act”, de 1679; “Bill of Rights”, de 1689; e Establishment Act”, de 1701) foram marcantes porquanto representaram a evolução das liberdades genéricas do plano do direito público, ampliando o conteúdo das liberdades reconhecidas e a extensão da titularidade dessas liberdades à todos os cidadãos ingleses.²¹³

A doutrina diverge acerca do primeiro documento que sinaliza a transição dos direitos de liberdade legais ingleses para os direitos fundamentais constitucionais. Entre a Declaração do Povo da Virgínia, de 1776, e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 na França, autores como Ingo Wolfgang Sarlet indicam a primeira.²¹⁴ José Afonso da Silva afirma que a Declaração Francesa possuía caráter mais abstrato e “universalizante”, enquanto a Declaração Americana estava concretamente “preocupada com a situação particular que afligia aquelas comunidades”.²¹⁵

Este avanço rumo à positivação dos direitos fundamentais, traçados ainda que sumariamente, resultou na afirmação do Estado de Direito, ainda que não de forma definitiva. A concepção liberal-burguesa inicia-se neste momento histórico, modelo este que foi determinante para a concepção clássica dos direitos fundamentais, sendo a primeira geração (ou dimensão) desses direitos.²¹⁶

Os direitos fundamentais de primeira dimensão decorrem da dinâmica de transição do Estado Absolutista para o Estado de Direito (Liberal). Esta dimensão pode ser representada pelo valor “liberdade”, uma vez que consagra os intitulados direitos de liberdade, o quais sejam,

²¹² Ibidem, p. 41-42.

²¹³ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11 ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 42.

²¹⁴ Ibidem, p. 43.

²¹⁵ SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 161-162.

²¹⁶ Ingo Wolfgang Sarlet prefere o uso da expressão “dimensões” por força da complementaridade e não da superação de direitos (em uma teoria dimensional dos direitos fundamentais). (SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11 ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 45.). O mesmo posicionamento de Sarlet é adotado por José Joaquim Gomes Canotilho (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2006, p. 386-387, nota 2.). Outros autores, como George Marmelstein Lima, são críticos tanto da ideia de gerações quanto de dimensões de direitos fundamentais (LIMA. “Crítica à teoria das gerações (ou mesmo dimensões) dos direitos fundamentais”. in *Revista Opinião Jurídica*, Fortaleza, v. 2, n. 3, p. 171-182, 2004.).

liberdades públicas e direitos políticos.²¹⁷ Já os direitos de segunda dimensão simbolizam a passagem gradativa do Estado Liberal para o Estado Social. A Revolução Industrial europeia, a partir do século XIX, é o marco histórico desta dimensão, pautada pelos direitos de igualdade (direitos sociais, econômicos e culturais).²¹⁸

Os direitos de terceira dimensão, a seu turno, consagram o princípio da solidariedade, englobando os direitos difusos e coletivos, os quais foram consolidados no final do século XX.²¹⁹ Os direitos de quarta dimensão correspondem aos direitos de democracia, informação, pluralismo e aos direitos de minoria e biogenética. Fernando Rodrigues Martins assegura que os direitos de quarta dimensão são os direitos de minoria e biogenética²²⁰. A outro giro, Paulo Bonavides defende que os direitos da dimensão mencionada são o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo.²²¹ Este mesmo autor defende a existência de uma quinta dimensão, na qual está o direito à paz.²²²

A consolidação desses direitos fundamentais nas Constituições e na essência dos Estados (em especial o modelo de Estado Democrático de Direito) exige, como bem salientado por Ingo Wolfgang Sarlet, uma postura ativa e responsável de todos para a afirmação e a efetivação de tais direitos de todas as dimensões, em sentido a um direito constitucional verdadeiramente “altruísta” e “fraterno”.²²³

Este destaque de Sarlet é plausível ao se compreender que as funções dos direitos fundamentais cresceram em prol da cidadania e da dignidade da pessoa humana. Com a

²¹⁷ Ingo Wolfgang Sarlet indica que integram esta dimensão os direitos à vida, à liberdade, à propriedade e a igualdade perante à lei. As liberdades de expressão coletiva e os direitos de participação política são pronunciados nesta dimensão, igualmente. A igualdade formal e as garantias processuais também são estatuídas. (SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11 ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 46-47.)

²¹⁸ As prestações sociais do Estado são prementes nesta dimensão, com o movimento das liberdades formais abstratas para as liberdades materiais concretas. A igualdade em sentido material está fixada nas Constituições do segundo pós-guerra e pactos internacionais. As liberdades sociais, como os direitos de socialização e de greve, e os direitos trabalhistas, revelando o maior cunho prestacional estatal, são assegurados. Os direitos emergem como densificação do princípio da justiça social. (SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11 ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 48.)

²¹⁹ Em um contexto histórico marcado por impactos tecnológicos, estado crônico de beligerância e processo de descolonização do segundo pós-guerra, os direitos em voga eram o direito à paz, à autodeterminação dos povos, ao desenvolvimento, ao meio ambiente e qualidade de vida, bem como o direito à conservação e utilização do patrimônio histórico e cultural e o direito à comunicação. (SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11 ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 48-49.)

²²⁰ MARTINS, Fernando Rodrigues. **Princípio da justiça contratual**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 226.

²²¹ BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 27. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 590.

²²² Ibidem. p. 609-613.

²²³ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11 ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 48-49.

transição do Estado Liberal para o Estado Social, foi perceptível a modificação valorativa do papel dos direitos fundamentais, o que implica, outrossim, na demanda de maior responsabilidade do Estado por prestações positivas de bens e serviços.

Compete então ao Estado os deveres precípuos de defesa, de prestação de serviços a toda a coletividade, de acordo com as necessidades sociais e econômicas apresentadas, e por derradeiro e com relação intrínseca com este trabalho, é dever/função do Estado proteger os indivíduos, amparar, fomentar e preservar os seus direitos fundamentais, mormente em relação aos particulares.²²⁴

Por estas razões é que a conceituação dos direitos fundamentais, em um espectro histórico, se faz importante, justamente para embasar o entendimento de que a proteção à criança, sujeito de direitos vulnerável - e vulnerabilizado ao longo dos tempos -, representa um direito fundamental passível de maior violação quando o tratamento de dados pessoais das crianças está sob ingerência exclusiva dos interesses do mercado, sendo objeto, ainda, de uma concessão de coleta e uso pouco fortalecida, como é o consentimento parental. Para tratar dos direitos fundamentais específicos das crianças estabelecidos, inicialmente, na comunidade internacional, passa-se para esta análise no subcapítulo a seguir.

2.2.1. Os direitos fundamentais da criança protegidos no plano internacional: a Convenção sobre os Direitos da Criança, os direitos de provisão, participação e proteção e sua relação com o melhor interesse da criança no ambiente digital

A proteção especial à criança foi erigida em diversos instrumentos normativos internacionais desde o início do século XX: em 1924, a Liga das Nações adotou a Declaração de Genebra sobre os Direitos da Criança, elaborada por Eglantyne Jebb, fundadora do fundo "Save the Children".²²⁵ Em 1948, foi aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas a Declaração Universal dos Direitos Humanos, que dispunha sobre "cuidados e assistência especiais" e "proteção social" para mães e crianças (artigo 25).

Em 1959, este mesmo órgão internacional adotou a Declaração dos Direitos das Crianças. A normativa mais ampla sobre os direitos infantis veio com a edição da Convenção sobre os Direitos da Criança, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas no dia 20 de

²²⁴ MARTINS, Fernando Rodrigues. Princípio da justiça contratual. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 232.

²²⁵ UNICEF. **História dos direitos da criança**. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/historia-dos-direitos-da-crianca>. Acesso em: 05 dez. 2023.

novembro de 1989.²²⁶ Esta Convenção reconheceu as crianças como atores sociais, econômicos, políticos, civis e culturais, no que foi seguida nos textos do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais - com ratificação brasileira pelo Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992 (artigo 10)²²⁷ e do Pacto Internacional Sobre Direitos Civis e Políticos - ratificado no Brasil mediante promulgação do Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992 (artigos 23 e 24)²²⁸.

Como observado a partir da descrição dos estudos sobre a infância do subcapítulo 2.1, a criança foi considerada juridicamente incapaz, inapta para o exercício de atos autônomos - ou seja, com dependência dos adultos - no decurso do século XX. A titularidade de direitos e deveres por ela ocorreria com o início da vida adulta, para a qual estaria sendo “preparada” pelos processos de educação, sendo objeto de proteção de pessoas mais velhas.

Ao final do século XX, a ideia de proteção dos interesses típicos da infância - isto é, não somente os interesses de suas famílias ou da vida adulta em geral - deveria ser promovida. Um novo paradigma jurídico foi sendo consolidado para as crianças nas décadas de 1980 e 1990, com base na teoria social-construtivista, já mencionada. Na década de 90, a criança passou a ser considerada um ator efetivo e ativo, com direito de participação e de escuta na

²²⁶ Ibidem.

²²⁷ “ARTIGO 10. Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem que: 1. Deve-se conceder à família, que é o elemento natural e fundamental da sociedade, as mais amplas proteção e assistência possíveis, especialmente para a sua constituição e enquanto ela for responsável pela criação e educação dos filhos. O matrimônio deve ser contraído com o livre consentimento dos futuros cônjuges. 2. Deve-se conceder proteção especial às mães por um período de tempo razoável antes e depois do parto. Durante esse período, deve-se conceder às mães que trabalham licença remunerada ou licença acompanhada de benefícios previdenciários adequados. 3. Devem-se adotar medidas especiais de proteção e de assistência em prol de todas as crianças e adolescentes, sem distinção alguma por motivo de filiação ou qualquer outra condição. Devem-se proteger as crianças e adolescentes contra a exploração econômica e social. O emprego de crianças e adolescentes em trabalhos que lhes sejam nocivos à moral e à saúde ou que lhes façam correr perigo de vida, ou ainda que lhes venham a prejudicar o desenvolvimento normal, será punido por lei. Os Estados devem também estabelecer limites de idade sob os quais fique proibido e punido por lei o emprego assalariado da mão-de-obra infantil.” (BRASIL. Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Promulgação. **Diário Oficial da União**, Brasília, 06 jul. 1992. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm. Acesso em: 25 jun. 2023.)

²²⁸ “ARTIGO 23. 1. A família é o elemento natural e fundamental da sociedade e terá o direito de ser protegida pela sociedade e pelo Estado. 2. Será reconhecido o direito do homem e da mulher de, em idade núbil, contrair casamento e constituir família. 3. Casamento algum será celebrado sem consentimento livre e pleno dos futuros esposos. 4. Os Estados Partes do presente Pacto deverão adotar as medidas apropriadas para assegurar a igualdade de direitos e responsabilidades dos esposos quanto ao casamento, durante o mesmo e por ocasião de sua dissolução. Em caso de dissolução, deverão adotar-se disposições que assegurem a proteção necessária para os filhos. ARTIGO 24. 1. Toda criança terá direito, sem discriminação alguma por motivo de cor, sexo, língua, religião, origem nacional ou social, situação econômica ou nascimento, às medidas de proteção que a sua condição de menor requerer por parte de sua família, da sociedade e do Estado. 2. Toda criança deverá ser registrada imediatamente após seu nascimento e deverá receber um nome. 3. Toda criança terá o direito de adquirir uma nacionalidade.” (BRASIL. Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação. **Diário Oficial da União**, Brasília, 06 jul. 1992. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em: 25 jun. 2023.)

sociedade. A criança começa a ser vista como pessoa em desenvolvimento “que, embora possua uma vulnerabilidade acentuada, manifesta suas vontades, necessidades e desejos e realiza ações com autonomia”.²²⁹

A promulgação da Convenção sobre os Direitos da Criança de 1959, destarte, consagrou este reconhecimento da população infantil como titular de direitos físicos, sociais e econômicos na comunidade jurídica internacional e, embora tenha recebido críticas²³⁰, ela foi ratificada por diversos países, inclusive o Brasil, que endossou essa adesão ao efetivar em sua legislação a concepção histórica de que a criança passou de “sujeito teoricamente igual ao adulto na Idade Média, de sujeito passivo identificado e segregado na modernidade, a sujeito de direitos (ativos) incluído na pós-modernidade”.²³¹

A Convenção sobre os Direitos da Criança, assim, se sustenta nos fundamentos da não discriminação (artigo 2), do direito à vida e ao desenvolvimento (artigo 6), do direito de ser ouvido (artigo 12) e o melhor interesse da criança (artigo 3). Os direitos desta Convenção são agrupados como direitos de provisão, de participação e de proteção, norteados pelo último fundamento citado (melhor interesse da criança).²³²

Os direitos de provisão consistem em assegurar às crianças o acesso a meios para o seu desenvolvimento. Neste agrupamento constam os direitos à vida, à provisão de alimentos, à educação, a bens materiais e quaisquer outros elementos que sejam necessários à infância. Na sociedade da informação, os direitos de provisão são observáveis com a possibilidade de acesso de criança aos meios digitais, com a utilização de ferramentas virtuais para fins de entretenimento, aprendizado e socialização.²³³

²²⁹ EBERLIN, Fernando Büscher von Teschenhausen. **Direitos da Criança na Sociedade da Informação: Ambiente Digital, Privacidade e Dados Pessoais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 148.

²³⁰ “A CNUDC foi transposta para o direito interno de vários países, com algumas exceções importantes como os EUA, não ficando, contudo, isenta de críticas referentes ao seu formato e efetividade. Uma das críticas mais agudas à CNUDC diz respeito ao fato de os direitos de autonomia e independência das crianças refletirem ideias e valores da cultura ocidental, os quais não seriam necessariamente aplicáveis a todas as culturas, que, de certo modo, estariam sendo impostos para países não industrializados (FORTIN, 2009, p. 45).” (EBERLIN, Fernando Büscher von Teschenhausen. **Direitos da Criança na Sociedade da Informação: Ambiente Digital, Privacidade e Dados Pessoais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 148-149.)

²³¹ MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 138.

²³² EBERLIN, Fernando Büscher von Teschenhausen. **Direitos da Criança na Sociedade da Informação: Ambiente Digital, Privacidade e Dados Pessoais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 150.

²³³ Neste interim, o artigo 17 da Convenção sobre os Direitos da Criança dispõe que os Estados reconhecem o papel dos meios de comunicação em massa para garantia do acesso das crianças a informações e materiais provenientes das diferentes fontes nacionais ou internacionais, mormente aquelas que tenham como escopo a promoção do desenvolvimento social, espiritual e moral, assim como o bem-estar e a saúde psicológica da criança. A mesma Convenção prevê, igualmente, que deve ser assegurado a esta população o direito à educação e ao desenvolvimento (artigo 28), formando as crianças para uma sociedade livre de preconceitos (artigo 29), sem olvidar da promoção do descanso, lazer, divertimento, atividades recreativas, livre participação na vida cultural e artística por estas pessoas (artigo 31). (EBERLIN, Fernando Büscher von Teschenhausen. **Direitos da Criança na**

O acesso à Internet e a outros recursos que permitam este uso da rede mundial de computadores, bem como o conhecimento da utilização produtiva dessas ferramentas, representa um mecanismo de inclusão digital²³⁴ que é importante para as crianças na atualidade, tendo em vista a realidade da sociedade de informação na qual estão inseridas. Isto igualmente justifica o acesso à Internet representar um direito constitucional em muitos países, como a Estônia, a França e a Grécia²³⁵, e, no Brasil, figurar como um dos objetivos da disciplina do uso da internet no País, conforme disposto no artigo 4º do Marco Civil da Internet (MCI)²³⁶.

Para as crianças, o acesso ao mundo digital, por um lado, eleva o grau de autonomia ao propiciar maior liberdade a elas, que passam a ter acesso direto a certos materiais, e, por consequência, acessam produtos e serviços sem tanta mediação adulta. Contudo, o simples acesso à Internet não efetiva os direitos de provisão: os “sites” e aplicativos para a população infantil precisam ser aperfeiçoados a favor de seu desenvolvimento.

Como afirmou Simone Hof, tal aprimoramento é mais relevante porque a exploração pelas crianças do ambiente “on-line” faz com que elas tenham menos contato com ambientes físicos criados para contribuir com seu desenvolvimento, como as escolas e os parques.²³⁷ A provisão a um acesso ao mundo virtual qualificado, que auxilie na aprendizagem e no desenvolvimento de capacidades e maior autossuficiência para a infância é essencial até mesmo para a efetivação prática dos direitos de participação.

Os direitos de participação correspondem à necessidade de integração das crianças à vida social e familiar, prezando por suas opiniões e demais manifestações volitivas, bem como o incentivo à atuação ativa delas nos processos de tomada de decisão que afetam suas existências. Alguns autores estudiosos do tema alertam que, para concretizar estes direitos, as

Sociedade da Informação: Ambiente Digital, Privacidade e Dados Pessoais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 150.)

²³⁴ FUENTE-COBO, Carmen. Públicos vulnerables y empoderamiento digital: el reto de una sociedad e-inclusiva. **El Profesional de La Información**, [s.l.], v. 26, n. 1, p. 8, 4 jan. 2017. Ediciones Profesionales de la Informacion SL. Disponível em: <https://revista.profesionaldelainformacion.com/index.php/EPI/article/view/epi.2017.ene.01>. Acesso em: 05 jan. 2024.

²³⁵ EBERLIN, Fernando Büscher von Teschenhausen. **Direitos da Criança na Sociedade da Informação:** Ambiente Digital, Privacidade e Dados Pessoais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 151.

²³⁶ “Art. 4º A disciplina do uso da internet no Brasil tem por objetivo a promoção: I - do direito de acesso à internet a todos;(…)”. (BRASIL. Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. **Diário Oficial da União**, Brasília, 24 abr. 2014. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm. Acesso em: 03 jul. 2023.)

²³⁷ HOF, Simone Van Der. I agree... or do I? A right-based analysis of the law on children’s consent in the digital world. **Wisconsin International Law Journal**, [s.l.], v. 34, n. 2, p. 432, 2016. Disponível em: <https://scholarlypublications.universiteitleiden.nl/access/item%3A2944101/view>. Acesso em: 05 dez. 2023.

crianças precisam ter acesso a uma pluralidade de mídias e o direcionamento da Convenção é o de autorizar maior autonomia e poder da infância neste aspecto participativo.²³⁸

A idade e a maturidade da criança são critérios definidos legalmente no artigo 12. 1 da Convenção sobre os Direitos da Criança para a consideração da expressão livre da opinião infantil. Em virtude disto, nem todas as crianças conseguirão exercer os direitos de participação em sua plenitude. Como a Convenção concebe como criança a pessoa menor de 18 anos de idade, especialistas compreendem que aquelas que estão na faixa etária de 0 a 06 anos não conseguirão formular ou expressar devidamente suas opiniões, enquanto as que estão entre 06 e 12 anos (período etário considerado como infância na legislação brasileira) terão maior facilidade neste quesito - diferenciado-se, ainda, das pessoas entre 12 e 18 anos, com maior capacidade expressiva.²³⁹

As crianças pertencentes à faixa etária entre 06 e 12 anos, desta maneira, conseguem exprimir melhor suas próprias opiniões, a depender do nível de maturidade e da complexidade da situação à qual cada uma está exposta, logicamente. No espaço virtual, Livingstone, Lansdown e Third indicam que, na percepção infantil, o uso das mídias digitais amplia seus horizontes e favorecem a conexão interpessoal e com outras culturas, informando-as e preparando-as para participação nas vidas das suas comunidades, além de permitir maior liberdade de expressão. Os mesmos autores apontam que o uso da Internet pelas crianças em países mais pobres pode beneficiá-los por conta das informações obtidas e da integração de pessoas que vivem nessas regiões ou na área rural.²⁴⁰

Diante deste cenário, é cediço o entendimento de que a Internet e as novas tecnologias amplificam as oportunidades de estudo, de alcance de informações e de socialização das crianças, mas, na mesma medida, elevam os potenciais riscos às integridades física e psicossocial dessas pessoas em estágio de desenvolvimento, além de violações a outros direitos, como o da privacidade. Neste ínterim, os direitos de proteção são direitos cujo escopo

²³⁸ EBERLIN, Fernando Büscher von Teschenhausen. **Direitos da Criança na Sociedade da Informação: Ambiente Digital, Privacidade e Dados Pessoais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 152.

²³⁹ ARCHARD, David apud EBERLIN, Fernando Büscher von Teschenhausen. **Direitos da Criança na Sociedade da Informação: Ambiente Digital, Privacidade e Dados Pessoais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 152.

²⁴⁰ LIVINGSTONE, Sonia; LANSDOWN, Gerison; THIRD, Amanda. **The Case for a UNCRC General Comment on Children's Rights and Digital Media**. Londres: Children's Commissioner, 2017, p. 15-19. Disponível em: <https://www.childrenscommissioner.gov.uk/resource/the-case-for-a-uncrc-general-comment-on-childrens-rights-and-digital-media/>. Acesso em: 10 jan.. 2024.

é o de preservar a criança de riscos que “possam afetar sua liberdade, saúde, segurança ou quaisquer outros de seus interesses”.²⁴¹

As tecnologias, sendo bem utilizadas, podem intensificar as habilidades linguísticas, cognitivas, sociais e culturais da criança, como declarado acima. Entretanto, o uso demasiado e sem controle dos recursos tecnológicos podem expor as crianças a conteúdos impróprios, instigar práticas escusas como as de violência e racismo, e viabilizar outras agressões, isolamento social e baixo desempenho escolar.^{242,243}

Os direitos de proteção garantidos à infância exigem, deste modo, a atuação de outros atores externos a ela, mas com dever de cuidado com a criança, tais como os pais e o Estado. Livingstone e Bulger acompanham este raciocínio ao destacarem que os riscos aos quais as crianças estão expostas são manejados pela sociedade, mediante o ajuste feito entre regulação, educação e poder familiar, e de acordo com o contexto socioeconômico, igualmente.²⁴⁴

Neste ponto, insta recordar que, tradicionalmente, a proteção das crianças contra os riscos implica na maior vigilância e em mais imposição de restrições a elas em suas atividades pelos pais ou responsáveis, o que seria uma vertente protetiva de natureza mais paternalista. O que não convém ocorrer é o excesso nesse viés de proteção, o qual desequilibre a relação entre pais/responsáveis e crianças e afete os direitos de provisão e de participação delas.

Como a Convenção sobre os Direitos da Criança alinha normas de liberdade para a infância e o direito de proteção a ela concomitantemente, os eventuais atritos dessa dinâmica

²⁴¹ EBERLIN, Fernando Büscher von Teschenhausen. **Direitos da Criança na Sociedade da Informação: Ambiente Digital, Privacidade e Dados Pessoais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 154.

²⁴² FELICE, Deborah de. The Right to Security of Online Childhood. **The International Journal Of Children's Rights**, [s.l.], v. 25, n. 3-4, p. 592, 17 nov. 2017. Brill. Disponível em: https://brill.com/view/journals/chil/25/3-4/article-p573_573.xml. Acesso em: 22 dez. 2023.

²⁴³ Ainda no âmbito de discussão de violações repercutidas no ambiente digital, pesquisas apontam que a discriminação social e a violência contra mulheres passaram a ocorrer de forma adaptada neste espaço “online”. Essas transgressões, que reproduzem as relações de poder do “mundo real”, bem como o machismo e a estrutura patriarcal, são expressivas nas redes, sendo as meninas entre 11 a 17 anos as maiores vítimas. A pesquisa TIC Kids Online Brasil de 2019 identificou que 31% das meninas de 13 a 14 anos vivenciaram situações ofensivas na Internet, enquanto 24% dos meninos viveram esse tipo de experiência. A motivação relacionada à aparência física foi a mais mencionada pelo grupo pesquisado - 26% das meninas citaram este fator e 15% dos meninos também. A cor ou a raça foi indicada como motivo de violência por 33% das meninas, enquanto a proporção entre os meninos foi de 20%. O maior contato com conteúdos sexuais virtuais vem dos meninos, sendo eles os maiores solicitantes desse tipo de material para as meninas. (COMITÊ GESTOR DA INTERNET NO BRASIL. **Pesquisa sobre o uso da internet por crianças e adolescentes no Brasil: TIC Kids Online Brasil 2019**. São Paulo: Comitê Gestor da Internet no Brasil, 2020, p. 75. Disponível em: https://cetic.br/media/docs/publicacoes/2/20201123093344/tic_kids_online_2019_livro_eletronico.pdf. Acesso em: 10 dez. 2023.). Esses tipos de violências, que podem levar a exposições pornográficas e a outras maneiras de “cyberbullying”, são riscos que não podem ser ignorados. .

²⁴⁴ LIVINGSTONE, Sonia; BURGER, Monica E.. A global research agenda for children's rights in the digital age. **Journal Of Children An Media**, [s.l.], v. 8, n.4, p. 323, 2014. Disponível em: https://eprints.lse.ac.uk/62130/1/Livingstone_Global_Research_Agenda_Childrens_Right_Digital_Age.pdf. Acesso em: 10 jan. 2024.

normativa - em especial em países de cultura paternalista em relação às crianças, como é o Brasil - precisam ser avaliados, mormente na ambiência digital.

Simone Hof assertivamente ponderou que a legislação sobre privacidade e proteção de dados perde a visibilidade sobre a importância de emancipação, participação e desenvolvimento da criança, que devem ser equilibradas com o paradigma da proteção.²⁴⁵ Essas reflexões, indubitavelmente, devem estar presentes no debate sobre a figura do consentimento parental dos dados da criança no mundo virtual.

Nesta discussão há de se primar pela compreensão de que a criança é, de fato, um ser humano vulnerável em determinadas situações - não um “mini adulto”, na esteira do que foi abordado historicamente sobre a infância neste trabalho -, não figurando, outrossim, como mero objeto de proteção. Simultaneamente, a criança é um indivíduo, uma pessoa com potencial autonomia e sujeito de direitos, precisando ser formada - e educada digitalmente - para a realidade, o que requer a exploração de suas liberdades.²⁴⁶

Este entendimento deve ser notado com o equilíbrio entre os interesses envolvidos casuisticamente, mas sempre priorizando o princípio do melhor interesse da criança. Este princípio é norteador da Convenção sobre os Direitos da Criança, aplicando-se aos direitos de provisão, participação e proteção infantil narrados, e é explicitado no preâmbulo e no artigo 21 desta normativa, que versa sobre a adoção.²⁴⁷ Todavia, este princípio pode ser empregado em diversos casos que envolvam o interesse infantil, o que passa pela experiência da criança no ambiente digital.

Idealmente, para a efetivação do melhor interesse da criança - que é um interesse individual e inserido no contexto cultural que ela vive -, os pais ou responsáveis precisam participar ativamente do processo de escolha das ferramentas tecnológicas ou digitais que a criança deseja utilizar, respeitando a privacidade e a autodeterminação infantis, no âmbito de um processo educativo e construtivo. Ocorre que esta perspectiva ideal não é frequente na prática: percebe-se uma atuação mais restritiva de acesso às mídias digitais por parte dos

²⁴⁵ HOF, Simone Van Der. I agree... or do I? A right-based analysis of the law on children's consent in the digital world. **Wisconsin International Law Journal**, [s.l.], v. 34, n. 2, p. 443, 2016. Disponível em: <https://scholarlypublications.universiteitleiden.nl/access/item%3A2944101/view>. Acesso em: 05 dez. 2023.

²⁴⁶ “Por um lado, nós temos que proteger as crianças contra a exploração e manipulação; por outro, temos que estender seus direitos para que alcancem o poder de autodeterminação e autonomia.” (BUCKINGHAM, David. Repensando a Criança-consumidora: Novas Práticas, Novos Paradigmas. **Comunicação, Mídia e Consumo**, São Paulo, V. 9, n. 25, p. 49, ago 2012. Disponível em: <http://revistacmc.espm.br/index.php/revistacmc/article/view/311>. Acesso em: 02 out. 2023.)

²⁴⁷ BRASIL. Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990. Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. **Diário Oficial da União**, Brasília, 22 nov. 1990. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm. Acesso em: 25 jun. 2023.

adultos responsáveis, assim como o monitoramento do comportamento virtual das crianças, com uso de filtros e rastreamento de navegação, por exemplo, sem maior debate entre as duas partes sobre essas medidas.²⁴⁸

Fernando Eberlin prenuncia um processo, composto por três etapas, que pode auxiliar no cumprimento do melhor interesse da criança no ambiente digital e, complementarmente, ajudar no procedimento de consentimento de dados pessoais dela. A primeira etapa consiste na compreensão, por parte dos pais e dos responsáveis, de qual tipo de mídia as crianças estão utilizando e as finalidades dessa utilização (entretenimento, educação, socialização).²⁴⁹

A segunda etapa deste processo é de entender as consequências do uso das mídias digitais. Muitas vezes as ferramentas disponibilizadas para as crianças possuem benefícios e riscos. Os jogos eletrônicos, por exemplo, podem trazer mais isolamento, mas, a outro giro, podem permitir maior socialização com os colegas que estão no ambiente “online” e ajudar no desenvolvimento infantil.²⁵⁰

Nesta fase, ainda e principalmente, os pais e responsáveis das crianças precisarão conhecer os impactos e as consequências possíveis da utilização dos dados pessoais infantis. Saber quais dados são coletados e identificar se a criança está disposta e/ou tem discernimento para aceitar essa coleta são aspectos essenciais para o adequado consentimento de concessão desses dados.²⁵¹

Ademais, outros riscos podem ser deflagrados contra as crianças e os pais ou responsáveis podem sinalizar isto. É possível questionar se o uso das mídias digitais pode induzir a comportamentos perigosos inclusive para a integridade física infantil, como foi o caso do jogo “Baleia Azul” (uma série de desafios macabros cuja etapa final é o autoextermínio). A participação adulta pode ajudar a identificar outros danos, como a pedofilia, o vício em jogos e o “bullying”.²⁵²

A terceira etapa deste processo em prol do melhor interesse da criança no espaço virtual é o de explicação e orientação da criança, a fim de que ela efetue escolhas e decisões com certa autonomia e de acordo com seu nível de maturidade. As crianças possuem, consoante o disposto no artigo 12 da Convenção sobre os Direitos da Criança, o direito de ser

²⁴⁸ EBERLIN, Fernando Büscher von Teschenhausen. **Direitos da Criança na Sociedade da Informação: Ambiente Digital, Privacidade e Dados Pessoais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 157.

²⁴⁹ Ibidem, p. 158.

²⁵⁰ EBERLIN, Fernando Büscher von Teschenhausen. **Direitos da Criança na Sociedade da Informação: Ambiente Digital, Privacidade e Dados Pessoais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 158,

²⁵¹ Ibidem, p. 158-159.

²⁵² Ibidem, p. 159.

capacitada a formular seus próprios juízos.²⁵³ Tal previsão, entretanto, não afasta o dever parental de intervir em atividades que exponham essas pessoas, de forma exacerbada, a riscos que podem ser evitados ou até por ameaças que não são controladas por elas mesmas em razão da falta de maturidade ou discernimento.²⁵⁴

Destarte, subentende-se que o controle dos pais e responsáveis sobre as crianças e o papel deles no consentimento de dados pessoais deve ocorrer com atenção à etapa de desenvolvimento físico, psicológico e emocional destas pessoas, prezando pelo melhor interesse infantil e cientes de que cabe responsabilização na hipótese de não observância de regras de prevenção. Ainda segundo Ana Elizabeth Cavalcanti:

[...] se o pai ou a mãe impede de forma absoluta o acesso do filho à internet, tal atitude pode violar os direitos personalíssimos do filho, podendo, inclusive, resultar na sua exclusão digital, retirando-lhe, possivelmente, melhores condições para se enquadrar no mercado de trabalho no momento da busca pela sua profissionalização. Sob outro aspecto, se deixa o acesso à internet de forma livre, sem qualquer cuidado ou limitação adequada para a idade do filho, poderá incorrer em violação aos direitos do menor por falta de cuidado e descumprimento do seu dever, caso o filho seja alvo de violência. E, do mesmo modo, se não fiscalizar o que seu filho anda fazendo na rede, poderá ser responsável pelo ato praticado pelo mesmo, em caso de violação a direitos de terceiros.²⁵⁵

As crianças, portanto, precisam ter oportunidades para aprender a tomar suas próprias decisões e para desenvolver sua personalidade, e isso hoje atravessa a vivência digital. No entanto, sendo pessoas em desenvolvimento, elas igualmente necessitam de orientação e cuidados específicos para suas vulnerabilidades.²⁵⁶ O Direito brasileiro se filiou a estes ditames da Convenção sobre os Direitos da Criança, absorvendo o princípio do melhor interesse na infância no corpo da doutrina da proteção integral, em uma arcabouço normativo que será mais detidamente explorado no subcapítulo a seguir.

2.2.2. Alguns direitos fundamentais da criança no ordenamento jurídico brasileiro: das primeiras legislações à Constituição Federal de 1988 e a elaboração de uma nova

²⁵³ BRASIL. Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990. Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. **Diário Oficial da União**, Brasília, 22 nov. 1990. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm. Acesso em: 25 jun. 2023.

²⁵⁴ EBERLIN, Fernando Büscher von Teschenhausen. **Direitos da Criança na Sociedade da Informação: Ambiente Digital, Privacidade e Dados Pessoais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 159.

²⁵⁵ CAVALCANTI, Ana Elizabeth Lapa Wanderley. O exercício do poder familiar e a Sociedade da Informação. In: PAESANI, Liliana Minardi. **O Direito na Sociedade da Informação II**. São Paulo: Atlas, 2009. Cap. 5. p. 103.

²⁵⁶ Ibidem, p. 101.

hermenêutica sobre a infância à luz das garantias constitucionais, da transversalidade legislativa e do diálogo das fontes

Nota-se que a construção legislativa em prol da infância constitui objeto recente no contexto internacional, haja vista que a consideração das crianças como pessoas e sujeitos de Direito (ou titulares de direitos) representa uma elaboração consagrada apenas na segunda metade do século XX. Na realidade brasileira, determinados elementos da História nacional, tais como o passado escravagista e colonial e a pequena tradição democrática, marcada por fases de autoritarismo político, igualmente influenciaram a produção normativa nesta área, sendo esta mais contemporânea no País.

A fraca experiência democrática brasileira justifica, ainda, o fato da cultura jurídica do Brasil possuir marcas de legislações editadas em épocas autoritárias que, se não estão em vigência, persistem, produzindo efeitos nessa cultura que são vivenciados pelos atores do sistema de justiça. O próprio vácuo histórico-cultural de reconhecimento de todos os indivíduos como pessoas e como cidadãos titulares de direitos alcança grupos socialmente vulneráveis e politicamente minorizados, tais como as crianças.²⁵⁷

Por esta razão, é válido compreender que, mesmo tendo hodiernamente uma Constituição que prima pela consagração de diversos direitos fundamentais e que haja uma legislação específica sobre os direitos das crianças e dos adolescentes no Brasil, muitos desses direitos não estão devidamente implementados na prática e isto recai, outrossim, no exercício de direitos das crianças e proteção desta população no ambiente digital. Em virtude disto entende-se que é relevante observar as normas constitucionais e outras legislações atinentes à temática da infância no País a fim de obter melhor entendimento da situação fática das crianças brasileiras, em especial no campo virtual e de uso de seus dados pessoais neste espaço cibernético.

Ângela de Alencar Araripe Pinheiro escreveu que quatro representações gerais sobre a infância e a adolescência no Brasil podem ser tracejadas a partir da história social pátria, correspondendo, cada uma delas, a certos cenários sociais e históricos específicos que podem ter refletido na produção normativa - e, por isto, é importante nesta abordagem.

A criança e o adolescente eram considerados, inicialmente, como grupo objeto de proteção social no Brasil Colônia. Depois, na era republicana, esta população era objeto de

²⁵⁷ ZAPATER, Maíra C. **Direito da criança e do adolescente**. São Paulo: Editora Saraiva, 2023, p. 14. E-book. ISBN 9786553624603. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553624603/>. Acesso em: 15 dez. 2023.

controle e disciplinamento. Em meados do século XX até os anos 1980, essas pessoas eram reprimidas socialmente. Já na fase de redemocratização, as crianças e os adolescentes são identificados como sujeitos de direitos.²⁵⁸ Maíra Cardoso Zapater assim infere sobre essas representações:

É o conhecimento desses contextos que permitirá compreender por que as primeiras crianças e adolescentes a terem previsão legal para si foram os denominados “abandonados” e “delinquentes”: para estes, que juntos compunham a categoria “menor”, havia leis que visavam o controle dessas populações, com ênfase em modalidades de institucionalização. Já às crianças e adolescentes provenientes das classes economicamente dominantes, por não serem representadas no imaginário social como potenciais delinquentes ou vítimas de abandono moral ou material, restava o limbo da invisibilidade jurídica. Em comum a todas as crianças e adolescentes, independentemente de classe, havia o status de não pessoa, de incapacidade e de necessidade de tutela do mundo adulto.²⁵⁹

Partindo dessas ponderações, é que se principia a averiguação da construção dos direitos assegurados à população infantil no Brasil. A primeira Constituição brasileira, datada de 1824, é do período monárquico e, como reflexo dessa época, está eivada das exclusões sociais e políticas: não somente as crianças, mas parte expressiva da sociedade, tais como mulheres e escravos, não eram reconhecidos como pessoas ou sujeitos de direitos. Crianças e adolescentes somente são mencionadas no tocante à regência no caso de menoridade do imperador (artigos 121 e 122). Nesse período histórico, crianças são consideradas adultos em miniatura e o termo “menores” era empregado para a responsabilidade penal.²⁶⁰

Em 1889 o Império foi destituído em um golpe militar e, em 1891, foi outorgada uma nova Constituição, com a forma de governo republicana (Primeira República). A igualdade formal bem como a laicidade do Estado foram instituídas, porém poucos direitos políticos foram estabelecidos e a tutela jurídica da infância, da adolescência e da juventude também restou esvaziada.²⁶¹

Foram outras questões sociais emergentes, como o fim legal da escravidão, o crescimento do processo de urbanização irregular e o aumento de mão-de-obra migrante para trabalho nas cidades agora mais industrializadas, que instigaram a edição de normas

²⁵⁸ PINHEIRO, Ângela de Alencar Araripe. A criança e o adolescente, representações sociais e processo constituinte. **Psicologia em estudo**, Maringá, v. 9, n. 3, p. 345, 2004. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-73722004000300003&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 15 dez. 2023.

²⁵⁹ ZAPATER, Maíra C. **Direito da criança e do adolescente**. São Paulo: Editora Saraiva, 2023, p. 15. E-book. ISBN 9786553624603. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553624603/>. Acesso em: 15 dez. 2023.

²⁶⁰ Ibidem, p. 15.

²⁶¹ Ibidem, p. 17.

importantes na seara infanto-juvenil, que foram o Decreto n. 5.083, promulgado em 1926, tornando vigente o primeiro Código de Menores, e o Decreto n. 17.943-A, de 12 de outubro de 1927, que instituiu o Código Mello Mattos, estabelecendo a categoria jurídica “menor”, subdividindo-a em “menores abandonados” e “menores delinquentes”.²⁶²

Em 1934 foi promulgada uma outra Constituição durante o governo de Getúlio Vargas, constituindo esta uma norma constitucional pioneira a versar sobre a ordem econômica e social, os direitos sociais e a instituição “família”, sendo, ainda, a primeira Carta Magna a tratar da infância e da juventude, a exemplo do art. 147, que citou a igualdade formal entre os filhos. Embora represente avanços formais legislativos significativos, Maíra Cardoso Zapater assim criticou:

Em que pese a inspiração na Constituição de Weimar e seus aspectos social-democratas, é perceptível nos excertos da Constituição Brasileira de 1934 transcritos acima a preocupação com o “resguardo moral” das crianças e adolescentes, o que é indicativo do avanço do regime autoritário de Getúlio Vargas, que assumiria traços fascistas a partir de 1937 com a ditadura do Estado Novo. A análise desses elementos históricos é relevante em razão do impacto que esse tipo de mentalidade exercerá sobre a produção normativa referente a crianças e adolescentes (em especial àqueles pertencentes às camadas mais pobres da população), bem como sobre a atuação dos membros dos poderes públicos responsáveis pela aplicação de tais normas. São esses os dados que permitem pensar as realidades de exclusão e injustiça social na gênese da legislação brasileira e os obstáculos até hoje enfrentados nesse campo.²⁶³

A Constituição de 1937 foi outorgada durante o período do Estado Novo do governo de Getúlio Vargas, de forte inspiração fascista, e apresentava disposições acerca da infância e da juventude, mas como objetos de tutela e de regulação moral, intelectual e de sua saúde, com ideais de higiene e controle social.

A Carta de 1937 trazia previsões relativas à família, seus deveres em relação aos seus filhos e qual o âmbito de interferência do Estado no caso das famílias pobres e/ou numerosas (artigos 124 e 125). Ademais, a educação estava centralizada na formação “moral” e “saúdável” de crianças e jovens - em um controle característico de regimes totalitários - “e não de proteção de situação de risco para evitar a violação de direitos fundamentais, como se concebe hoje”.²⁶⁴

No ano de 1946, ocorreu a promulgação de uma nova Constituição, em uma fase de democratização após a ditadura do Estado Novo. O texto constitucional manteve os direitos

²⁶² Ibidem, p. 17.

²⁶³ ZAPATER, Maíra C. **Direito da criança e do adolescente**. São Paulo: Editora Saraiva, 2023, p. 19. E-book. ISBN 9786553624603. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553624603/>. Acesso em: 15 dez. 2023.

²⁶⁴ Ibidem, p. 20.

sociais previstos desde 1934, reincorporando os direitos civis e políticos suprimidos pela Carta de 1937. O viés assistencialista permanece em relação às crianças e adolescentes, sendo o termo “adolescência” mencionado pela primeira vez em uma Constituição (artigo 164).²⁶⁵

O assistencialismo estatal segue direcionado a crianças e adolescentes pertencentes às classes sociais mais vulneráveis e o Código Mello Mattos prossegue como norma central nesta temática. Algumas mudanças de relevo acontecem no cenário internacional da época (fundação da Organização das Nações Unidas (ONU) em 1945, publicação da Declaração Universal de Direitos Humanos em 1948 e fundação do Fundo das Nações Unidas para a Infância (UNICEF) em 1946), mas efetivamente pouco atingem o Brasil, em virtude de um novo golpe de Estado civil-militar, em 1964.²⁶⁶

Os Atos Institucionais (AIs) desse período foram, gradativamente, revogando direitos civis e políticos dispostos formalmente na Constituição de 1946 até a edição da Constituição de 1967, ainda mais restritiva no âmbito dos direitos fundamentais. Esta Carta Magna vigorou de 1964 a 1985, fase de graves transgressões aos direitos fundamentais, mormente com a edição do Ato Institucional n. 5, em dezembro de 1968. As previsões legais destinadas às crianças e aos adolescentes, portanto, foram incipientes, absorvidas nas normas relacionadas ao instituto da família e sendo grandemente assistencialistas.²⁶⁷

A “questão dos menores”, assim, será enfrentada como problema de “segurança nacional” pelo regime militar, figurando o Estado como instrutor da menoridade. Maria Regina Fay de Azambuja pontua, desta forma, que dois momentos principais referentes à infância e à adolescência são perceptíveis: em um primeiro instante, firma-se a “Doutrina Penal do Menor”, com o advento da Lei n. 5.258, de 10 de abril de 1967, que dispunha sobre as “medidas aplicáveis aos menores de 18 anos pela prática de fatos definidos como infrações penais”.²⁶⁸

Depois, desenvolve-se a “Doutrina da Situação Irregular”, com a edição do Código de Menores (Lei n. 6.697, de 10 de outubro de 1979), que dispôs sobre a “assistência, proteção e vigilância a menores” (art. 1º), assim entendidas as pessoas com menos de 21 anos. Esta codificação se aplicava a menores até 18 anos de idade em situação “irregular” e

²⁶⁵ Ibidem, p. 21.

²⁶⁶ Ibidem, p. 21.

²⁶⁷ ZAPATER, Maíra C. **Direito da criança e do adolescente**. São Paulo: Editora Saraiva, 2023, p. 21. E-book. ISBN 9786553624603. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553624603/>. Acesso em: 15 dez. 2023.

²⁶⁸ AZAMBUJA, Maria Regina Fay de. A publicidade e seus reflexos no desenvolvimento da criança : o papel da família na educação. In: PASQUALOTTO, Adalberto; ALVAREZ, Ana Maria Blanco Montiel. **Publicidade e proteção da infância**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. Cap. 4, p. 72.

a “menores” entre 18 e 21 anos nos casos expressos em lei. De todo modo, este regramento não referencia a necessidade de desenvolvimento da criança; esta legislação apenas estabelece obrigações para o Estado e para a família em relação aos “menores” que, nessa conjuntura legal, são objeto de proteção e não sujeitos de direito.²⁶⁹

O reconhecimento legal dos direitos fundamentais e, sobretudo das garantias e da demanda de proteção à infância, passou a se concretizar com o processo de redemocratização do País após a ditadura civil-militar, em especial com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/1988), diante das lutas dos diferentes grupos e movimentos sociais e políticos em efervescente cenário social, como alinhavado por Ângela de Alencar Araripe Pinheiro:

A abrangência das práticas de afirmação de direitos permite constatar que a vida social brasileira, nos anos 1970 e 80, viu firmar-se o movimento de defesa dos direitos da criança e do adolescente, com a atuação de novos atores políticos, empenhados na (re)construção da cidadania desses sujeitos sociais. Tais práticas foram favorecidas, à época, por uma conjunção de fatores: as precárias condições de vida da maioria das crianças e dos adolescentes; as contundentes críticas às diretrizes e ao conjunto de práticas governamentais de assistência; o acentuar-se das discussões sobre direitos da criança e do adolescente, formalizadas na CNUDC; o contexto sociopolítico propício à reivindicação e reconhecimento legal de direitos; e a articulação de setores da sociedade civil, concretizada no movimento em defesa da criança e do adolescente. Iniciativas de afirmação de direitos também emergiram no espaço governamental. É exemplo a campanha Criança e Constituinte, desencadeada no Ministério da Educação e Cultura (MEC), em 1986, presente na ANC, através das possibilidades de participação de que dispunham outros atores sociais, além dos Parlamentares.²⁷⁰

Desta feita, a concepção constitucional da criança e do adolescente como sujeitos de Direito rompe juridicamente com o paradigma da infância e da adolescência como objeto de intervenção e tutela do mundo adulto, dando margem à adoção da ideia de proteção integral dessa população, sem distinção entre “menores em situação irregular” e os “regulares”

A CRFB/1988 inovou, no histórico de Constituições brasileiras, ao dispor, em seu Título VII (“Da Ordem Social”), Capítulo VII, sobre a família, a criança, o adolescente, o jovem e o idoso. Neste íterim, os artigos 227 a 229 explicitam os direitos fundamentais de crianças e adolescentes e os respectivos deveres da família, da sociedade e do Estado com essas pessoas em desenvolvimento. No “caput” do artigo 227, assim está preconizado:

²⁶⁹ Ibidem, p. 72.

²⁷⁰ PINHEIRO, Ângela de Alencar Araripe. A criança e o adolescente, representações sociais e processo constituinte. **Psicologia em estudo**, Maringá, v. 9, n. 3, p. 346, 2004. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-73722004000300003&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 15 dez. 2023.

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.²⁷¹

Ainda no artigo 227, §1º, incisos I e II, e §7º, o texto constitucional apresenta parâmetros orçamentários para o cumprimento das obrigações estatais perante os direitos sociais de crianças e dos adolescentes. A vedação ao trabalho infantil, bem como o fornecimento de critérios para a proteção especial laboral do adolescente a partir dos 14 anos, está disposta no §3º deste artigo, nos incisos I a III.²⁷²

Outro avanço foi o estabelecimento de procedimento para apuração de ato infracional e a imposição de medidas de privação de liberdade com observância do devido processo legal e da ampla defesa no artigo 227, §3º, incisos IV e IV, revogando o Código de Menores de 1979. Ainda no âmbito penal, é com a CRFB/1988 que se inaugura o fundamento constitucional para a inimputabilidade penal de crianças e adolescentes (artigo 228).²⁷³

No campo do Direito de Família, na CRFB/1988 há a garantia dos mesmos direitos entre filhos biológicos e adotivos e entre os concebidos na constância do casamento ou não (artigo 227, §6º), assim como assistência à adoção pelo Poder Público (artigo 227, §5º). Fixa-se, também em sede constitucional, o dever de reciprocidade de cuidados entre pais e filhos (artigo 229).²⁷⁴ O direito à assistência social para crianças oriundas de classes economicamente vulneráveis é assegurado na Constituição de 1988 (art. 203, inciso I e II; art. 208, inciso V) e outras situações de vulnerabilidade infantil são vislumbradas e amparadas constitucionalmente no §3, incisos VI e VII, e §4º do art. 227 da CRFB/1988.²⁷⁵

Estas jusgarantias fundamentais do texto constitucional sustentam as regras e os princípios constantes na Lei nº 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA)²⁷⁶,

²⁷¹ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/_arquivos/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 01 jun. 2023.

²⁷² BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/_arquivos/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 01 jun. 2023.

²⁷³ Ibidem.

²⁷⁴ Ibidem.

²⁷⁵ Ibidem.

²⁷⁶ “Além da publicação do Estatuto da Criança e do Adolescente em 1990, outras leis preverão direitos específicos com base no texto constitucional: em 2006, o Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (Conanda) emitiu a Resolução n. 119/2006, instituindo pela primeira vez o Sistema Nacional Socioeducativo, que em 2007 foi apresentado como projeto de lei (PL n. 1.627/2007) ao Plenário da Câmara dos Deputados, tendo sido

e coadunam ainda, com a Convenção sobre os Direitos da Criança, promulgada no Brasil pelo Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990, analisada em tópico anterior.

Insta recordar que o ECA dispõe que criança é a pessoa de até 12 (doze) anos incompletos - critério etário diferente da Convenção sobre os Direitos da Criança, que considera como criança a pessoa menor de 18 (dezoito) anos. O Estatuto citado consagrou alguns princípios jurídicos que direcionam o Direito da Criança e do Adolescente e que são de bastante relevância para a temática deste trabalho.

Entre estas normas, estão os princípios da dignidade da pessoa em desenvolvimento, o da proteção integral, o da prioridade absoluta e o do interesse superior da criança e do adolescente. O primeiro princípio mencionado desdobra-se do “reconhecimento de crianças e adolescentes como pessoas enquanto categoria política, o que implica a consideração de seu valor inato pelo fato de serem humanos”.²⁷⁷

Já a norma da proteção integral configura uma doutrina composta por um conjunto de enunciados lógicos, que exprimem um valor ético maior, “organizado por meio de normas interdependentes que reconhecem criança e adolescente como sujeitos de direito”.²⁷⁸ Esta norma, ainda, traz a responsabilidade solidária existente entre a família, a sociedade e o Estado no dever de proteção às crianças e aos adolescentes, a fim de que eles possam exercer plenamente seus direitos.²⁷⁹

convertido na Lei n. 12.594/2012, que ficaria conhecida como Lei do Sistema Nacional Socioeducativo, responsável pela regulação legal da execução das medidas socioeducativas. A Lei n. 13.257/2016, que ficou conhecida como Marco Legal da Primeira Infância, é uma legislação multidisciplinar, que tem por objetivo assegurar direitos de crianças de zero a seis anos, por meio da formulação e implementação de políticas públicas específicas. A nova lei alterou textos de outras legislações, como o Estatuto da Criança e do Adolescente, a Consolidação das Leis do Trabalho e até mesmo o Código de Processo Penal, além de leis referentes a registro civil e a incentivos a empresas para concessão de licença maternidade e paternidade. Trata-se, portanto, de uma lei referente a direitos econômicos, sociais e culturais – ou seja, é uma legislação que tem por objetivo ampliar o alcance e o exercício de direitos humanos das crianças.” (ZAPATER, Máira C. **Direito da criança e do adolescente**. São Paulo: Editora Saraiva, 2023, p. 24. E-book. ISBN 9786553624603. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553624603/>. Acesso em: 15 dez. 2023.)

²⁷⁷ ZAPATER, Máira C. **Direito da criança e do adolescente**. São Paulo: Editora Saraiva, 2023, p. 28. E-book. ISBN 9786553624603. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553624603/>. Acesso em: 15 dez. 2023.

²⁷⁸ AMIN, André Rodrigues. Doutrina da proteção integral. In: MACIEL, Kátia (coord.). **Curso de Direito da Criança e do Adolescente: Aspectos Teóricos e Práticos**. - 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2010. Com

²⁷⁹ “Diz-se da tutela integral da criança e do adolescente que ela é antes uma doutrina do que um princípio. Justamente como doutrina, a tutela integral representa um princípio hermenêutico relevante para a compreensão do sentido dos direitos da criança e do adolescente. Nesta conotação específica, o que se determina é justamente a consideração da condição social da criança e do adolescente em suas dimensões concretas: a criança situada no tempo e no espaço. Isso é feito, principalmente, pelo estabelecimento de um conjunto de pressupostos de entendimentos que são sintetizados pelas noções de vulnerabilidade e desenvolvimento como caracterizadores da peculiaridade do estado infantil”. (SÊCO, Thaís Fernanda Tenório. Por uma nova hermenêutica do direito da criança e do adolescente. **civilistica.com**, v. 3, n. 2, p. 10-11, 10 dez. 2014. Disponível em: <https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/185>. Acesso em: 15 dez. 2023.)

O princípio da prioridade absoluta, a seu turno, está disposto no artigo 4º do Estatuto em análise, é consectário da proteção integral e se relaciona à obrigação da família, da sociedade e do Estado de garantir o tratamento prioritário à criança e ao adolescente no atendimento individual dessas pessoas e na formulação e no financiamento de políticas públicas.²⁸⁰

O princípio do interesse superior ou do melhor interesse da criança não está explicitado no ECA (nem na CRFB/1988), mas pode derivar de uma interpretação teleológica do conjunto normativo em prol da infância, além de constar claramente na Declaração de Direitos da Criança (1959) e na Convenção dos Direitos da Criança (1989), ambos documentos ratificados pelo Brasil.

Tal princípio pode ser visualizado como uma cláusula inspiradora dos direitos fundamentais das crianças e dos adolescentes que estão dispostos constitucionalmente, servindo, igualmente, como parâmetro interpretativo em casos fáticos de conflitos que envolvam a infância. É possível consignar que a definição dos limites do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente se relaciona à construção da progressiva autonomia da criança, compatível com sua idade e condição,²⁸¹ como abordado anteriormente neste capítulo.

O Comentário Geral nº 14, de 2013, do Comitê dos Direitos da Criança da ONU sustenta que o conceito do melhor interesse da criança é de natureza tripla, sendo um direito subjetivo, um princípio jurídico fundamentalmente interpretativo e uma regra processual.²⁸²

²⁸⁰ “Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária. Parágrafo único. A garantia de prioridade 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.” (BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de junho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 16 jul. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8069.htm. Acesso em: 01 jun. 2023.)

²⁸¹ ZAPATER, Máira C. **Direito da criança e do adolescente**. São Paulo: Editora Saraiva, 2023, p. 29. E-book. ISBN 9786553624603. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553624603/>. Acesso em: 15 dez. 2023.

²⁸² “a) Um direito substantivo: o direito das crianças a que o seu interesse superior seja avaliado e constitua uma consideração primacial quando estejam diferentes interesses em consideração, bem como a garantia de que este direito será aplicado sempre que se tenha de tomar uma decisão que afete uma criança, um grupo de crianças ou as crianças em geral. b) Um princípio jurídico fundamentalmente interpretativo: se uma disposição jurídica estiver aberta a mais do que uma interpretação, deve ser escolhida a interpretação que efetivamente melhor satisfaça o interesse superior da criança. Os direitos consagrados na Convenção e nos seus Protocolos Facultativos estabelecem o quadro de interpretação. c) Uma regra processual: sempre que é tomada uma decisão que afeta uma determinada criança, um grupo de crianças ou as crianças em geral, o processo de tomada de decisão deve incluir uma avaliação do possível impacto (positivo ou negativo) da decisão sobre a criança ou das crianças envolvidas. A avaliação e a determinação do interesse superior da criança requerem garantias processuais. Para além disso, a fundamentação de uma decisão deve indicar que direito foi explicitamente tido em conta. A este respeito, os

O Comentário Geral nº 25, de 2021, emitido pelo mesmo Comitê, trata deste princípio com esta mesma lógica no ambiente digital:

12. O melhor interesse da criança constitui um conceito dinâmico que exige uma avaliação adequada em cada contexto específico. O ambiente digital não foi originalmente concebido para crianças e, no entanto, desempenha um papel importante nas vidas destas. Os Estados Partes devem garantir que, em todas as ações relativas à disponibilização, regulação, design, gestão e utilização do ambiente digital, o melhor interesse da criança constitui uma consideração primordial.

13. Os Estados Partes devem envolver em tais ações os organismos nacionais e locais que supervisionam a realização dos direitos da criança. Ao considerar o interesse superior da criança, devem ter em conta todos os direitos da criança, incluindo os seus direitos a procurar, receber e partilhar informação, a ser protegidas de danos e a que as suas opiniões sejam devidamente consideradas, e garantir transparência no processo de avaliação do melhor interesse da criança e critérios aplicados.²⁸³

Outros regramentos infraconstitucionais dispõem sobre normas para a infância acompanhando a primazia da proteção integral e de seu melhor interesse - o Código Civil brasileiro (Lei nº 10.406/2002), por exemplo, apresenta normas sobre filiação, poder familiar e capacidade civil, institutos que absorvem a transição da concepção de criança para sujeito de direitos. Impende frisar, contudo, que, mais que objeto de normativas consolidadas no ordenamento jurídico, a tutela da população infantil e a proteção do tratamento de dados pessoais das crianças equivalem a direitos transversais dentro de um paradigma inclusivo.

Tal paradigma insere a pessoa natural em duas tutelas fundamentais: inicialmente, impede as tentativas de “coisificação” e “redução” da pessoa a arquétipos jurídicos, econômicos, culturais, políticos e digitais de sistemas fechados que negam a necessária “centralidade”, “dignidade” e “humanidade” (tutela negativa e limitativa). Depois, esse mesmo paradigma age na garantia do livre desenvolvimento da personalidade, na promoção da igualdade sem discriminações, com o reconhecimento da “diversidade individual”, em cotejo com as “relações de socialidade” (tutela positiva e expansiva).²⁸⁴

Estados-partes deverão explicar como é que o direito foi respeitado na decisão, ou seja, o que foi considerado como sendo do interesse superior da criança; em que critérios se baseia a decisão; e como se procedeu à ponderação do interesse superior da criança face a outras considerações, sejam estas questões gerais de políticas ou casos individuais.” (BRASIL. Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD). **Estudo Preliminar** - Hipóteses legais aplicáveis ao tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes. Set. 2022, p. 7. Disponível em: <https://www.gov.br/anpd/pt-br/documentos-e-publicacoes/estudo-preliminar-tratamento-de-dados-crianca-e-adolescente.pdf>. Acesso em: 15 jan. 2024.).

²⁸³ MARTINS, Fernando Rodrigues; FERREIRA, Keila Pacheco. Verticalidade digital e direitos transversais: positivismo inclusivo na promoção dos vulneráveis. **Revista de Direito do Consumidor**. vol. 147. ano 32. p. 8. São Paulo: Ed. RT, mai./jun. 2023. Disponível em: <http://revistadostribunais.com.br/maf/app/document?stid=st-rql&marg=DTR-2023-5259>. Acesso em: 10 jan. 2024.

²⁸⁴ Ibidem, p. 10.

A transversalidade, moldada na globalidade, multidisciplinaridade e efetividade, se apoia na qualidade do tratamento normativo cuja finalidade é a promoção da pessoa humana. Nas palavras de Fernando Rodrigues Martins e Keila Pacheco Ferreira:

Os “direitos transversais” devem ser caracterizados não simplesmente como novos direitos (muito embora, com eles, tenham correspondência), senão como direitos a tratamento metodológico diferenciado, dada a relevância valorativa e a imprescindível exigência de efetividade. Referem-se e se qualificam, portanto, para consecução de vários temas normativos. Por isso, o enfoque à transversalidade pela perspectiva da teoria do direito não se dá “apenas” quanto ao conteúdo disposto, merecendo destaque preponderante as abordagens metodológicas com vistas à finalidade, funcionalidade e realizabilidade dos interesses envolvidos. Podem, por isso, ser subjetiva ou objetivamente tratados.²⁸⁵

Em termos subjetivos, os direitos são transversais quando versam sobre sujeitos reais de direito identificados normativamente, tais como são as crianças. Neste ínterim, a ordem jurídica cria distinções para promover a igualdade entre os sujeitos, “adotando identidades e estatutos dignatários próprios a grupos historicamente excluídos ou em clara desvantagem setorial”.²⁸⁶

Os direitos transversais podem ser objetivos, como nos casos daqueles que se remeterem a bens ou institutos jurídicos que exigem proteção e restauração pela sua própria natureza de bens fundamentais, com clara correlação com a sustentabilidade, a sociabilidade e a pessoa natural. Exemplo disto é a proteção ao meio ambiente.²⁸⁷ Entende-se que a proteção de dados pessoais se enquadraria, outrossim, neste rol.

Nesse desiderato, os direitos transversais possuem maior elasticidade de conteúdo, “com maior vinculação de órgãos públicos e entidades privadas no tratamento e vinculação, com aplicações interdisciplinares, sem prejuízo de coordenação sistêmica”. Sendo globais, esses direitos são incluídos no sistema jurídico mediante posições ou situações jurídicas ativas, com reconhecimento pela ordem internacional (direitos humanos) ou interna (direitos fundamentais e direitos da personalidade), na defesa da dignidade humana.²⁸⁸

Em sua estruturação, os direitos transversais podem ser referidos como multidisciplinares, dialógicos, plurissetoriais, policêntricos e imputativos. Tais direitos são,

²⁸⁵ MARTINS, Fernando Rodrigues; FERREIRA, Keila Pacheco. Verticalidade digital e direitos transversais: positivismo inclusivo na promoção dos vulneráveis. **Revista de Direito do Consumidor**. vol. 147. ano 32. p. 10. São Paulo: Ed. RT, mai./jun. 2023. Disponível em: <http://revistadoatribunais.com.br/maf/app/document?stid=st-rql&marg=DTR-2023-5259>. Acesso em: 10 jan. 2024.

²⁸⁶ Ibidem, p. 10.

²⁸⁷ Ibidem, p. 10.

²⁸⁸ Ibidem, p. 10.

a princípio, multidisciplinares, porquanto oferecem ampla abertura para dialeticidade e para a conjugação com outras disciplinas internas e externas ao Direito, mesmo que sejam direitos com legislações e codificações próprias e autonomia quanto aos institutos.²⁸⁹ No caso do Direito da Infância e da Adolescência este atributo é visível, pois há relação deste campo e de seus institutos com outras normativas brasileiras e internacionais sobre o tema, sendo atinente com o Direito Digital (em específico com o tratamento de dados pessoais), à luz da Constituição.

A dialogicidade também cinge os direitos transversais. Isto se deve ao fato de os direitos transversais não serem puramente estatais e serem decorrentes, sobretudo, de manifestações e posições normativas internacionais e transnacionais. Deste modo, o controle de conflitos normativos tem que “superar as inconsistências sem gerar desgastes de validade, respeitando as posições diferentes”.²⁹⁰

Como os direitos transversais trazem impactos a setores diversos, eles são universais e alcançam “temas como meio ambiente, consumidor, acessibilidade de pessoas com deficiência, proteção de dados, desenvolvimento sustentável (entre outros)”, realizando “recortes funcionais” nas estruturas e finalidades de domínios como o político e econômico, “de forma a exigir consideração, reconhecimento e justificação nos arranjos decisórios, fortalecendo a ordem de valores”.²⁹¹

Por se vincularem ao Estado, às diferentes entidades públicas e ao mercado, os direitos transversais são plurissetoriais, uma vez que a concretização de direitos humanos, fundamentais e direitos da personalidade “exige ampla interlocução de diversos nichos decisórios que operam sobre as pessoas e a comunidade”.²⁹² Estes direitos também se caracterizam por serem “policêntricos”, como esclarecem Fernando Rodrigues Martins e Keila Pacheco Ferreira:

²⁸⁹ Em complementaridade, Fernando Rodrigues Martins e Keila Ferreira Pacheco elucidam este conceito: “Multidisciplinaridade corresponde ao aumento da amplitude do conhecimento. O compartilhamento de saberes é essencial para evitar os efeitos deletérios das fragmentações proporcionadas pelos apanhados científicos que a tudo soluciona como unicidade de fenômenos. Pluralismo que supera o campo tecnológico para reposicionar o fato na contextualização necessária e situar o humano na humanidade.” (MARTINS, Fernando Rodrigues; FERREIRA, Keila Pacheco. Verticalidade digital e direitos transversais: positivismo inclusivo na promoção dos vulneráveis. **Revista de Direito do Consumidor**. vol. 147. ano 32. p. 11. São Paulo: Ed. RT, mai./jun. 2023. Disponível em: <http://revistadoatribunais.com.br/maf/app/document?stid=st-rql&marg=DTR-2023-5259>. Acesso em: 10 jan. 2024.)

²⁹⁰ MARTINS, Fernando Rodrigues; FERREIRA, Keila Pacheco. Verticalidade digital e direitos transversais: positivismo inclusivo na promoção dos vulneráveis. **Revista de Direito do Consumidor**. vol. 147. ano 32. p. 11. São Paulo: Ed. RT, mai./jun. 2023. Disponível em: <http://revistadoatribunais.com.br/maf/app/document?stid=st-rql&marg=DTR-2023-5259>. Acesso em: 10 jan. 2024.

²⁹¹ Ibidem, p. 11.

²⁹² Ibidem, p. 11.

É que, em grande parte, há instituições e organizações especializadas quanto a determinado e exclusivo tema transversal, contudo, com exercícios, funcionalidades e misteres divergentes a partir de estruturas constitucionais com natureza, escopos e competências diversas. São direitos multitutelados com titularidade disjuntiva, onde o protagonismo cabe à relevância social.²⁹³

A última característica dos direitos transversais - o de serem imputáveis - se relaciona ao potencial de “responsabilização quando não observados, quando não cumpridos, quando prevaricados, na medida da estatura constitucional que os caracterizam”.²⁹⁴ Evidencia-se, assim, que a proteção de dados pessoais, direito fundamental no ordenamento jurídico brasileiro, e a tutela das jusgarantias da infância no ambiente virtual especialmente representam não apenas direitos positivados, com segurança jurídica por consequência, mas direitos transversais que se encaixam em um “positivismo inclusivo”. Este positivismo deve trazer regulação, limitações e melhorias para o espaço digital, “retirando as verticalidades, as notórias relações de sujeição-subordinação, apegando ódios disruptivos e promovendo a pessoa humana”.²⁹⁵

Outra teoria relevante para interligar as normas protetivas da infância tanto ao texto constitucional quanto às convenções e pactos internacionais que versam sobre os direitos fundamentais das crianças, em um novo perfil de exercício hermenêutico das regras e princípios, é a teoria do diálogo²⁹⁶ das fontes.

Cláudia Lima Marques, a quem se deve o avanço desta tese desenvolvida por Erik Jayme no Brasil, explica que o diálogo das fontes “significa a aplicação simultânea, coerente e coordenada das plúrimas fontes legislativas”²⁹⁷, sendo um método de interpretação por se

²⁹³ Ibidem, p. 11.

²⁹⁴ MARTINS, Fernando Rodrigues; FERREIRA, Keila Pacheco. Verticalidade digital e direitos transversais: positivismo inclusivo na promoção dos vulneráveis. **Revista de Direito do Consumidor**. vol. 147. ano 32. p. 12. São Paulo: Ed. RT, mai./jun. 2023. Disponível em: <http://revistadoatribunais.com.br/maf/app/document?stid=st-rql&marg=DTR-2023-5259>. Acesso em: 10 jan. 2024.

²⁹⁵ Ibidem, p. 12.

²⁹⁶ “[...] ‘diálogo’ porque há influências recíprocas, ‘diálogo’ porque há aplicação conjunta das duas normas ao mesmo tempo e ao mesmo caso, seja complementariamente, seja subsidiariamente, seja permitindo a opção voluntária das partes sobre a fonte prevalente (especialmente em matéria de convenção internacional e leis modelos) ou mesmo permitindo uma opção por uma das leis em conflito abstrato. Uma solução flexível e aberta, de interpenetração ou mesmo a solução mais favorável aos mais fracos da relação (tratamento diferente dos diferentes).” (MARQUES, Claudia Lima. Diálogo entre o código de defesa do consumidor e o novo código civil: do “diálogo das fontes” no combate às cláusulas abusivas. **Revista de direito do consumidor**, São Paulo, ano 12, v. 45, p. 71-99, jan./mar. 2003b. p. 74-75.)

²⁹⁷ MARQUES, Claudia Lima. O “diálogo das fontes” como método da nova teoria geral do direito: um tributo à Erik Jayme. In: MARQUES, Claudia Lima (Coord.). **Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 19-20.

tratar de “um dos instrumentos mais importantes e sensíveis aos desafios dos novos tempos”²⁹⁸.

Fernando Rodrigues Martins e Keila Pacheco Ferreira anotam que, no âmbito do direito interno, por vezes os direitos humanos são abstraídos e não são aplicados em razão de outro direito, geralmente subjetivo, e de menor densidade valorativa. A teoria do diálogo das fontes, assim, com seus elementos atrelados à pós-modernidade e globalização (pluralismo, normas narrativas, autonomia individual e direitos humanos), “representa excelente eixo de ligação entre as normativas internacionais de direitos humanos e o direito interno”.²⁹⁹

Na verdade, a teoria do diálogo das fontes é compatível com todos os ramos do Direito³⁰⁰ e, no contexto da pós-modernidade, contribui para a garantia da unidade e da funcionalidade do ordenamento jurídico. A Constituição, em sua supremacia normativa, dialoga com as demais legislações infraconstitucionais, que possuem interlocução entre si. Destarte, a teoria do diálogo das fontes tem aplicação na concreção dos direitos fundamentais, o que é relevante para a presente discussão, que visa articular os referidos direitos das crianças ditados constitucionalmente com o ECA e a Convenção sobre os Direitos da Criança, vinculando esta linha protetiva ao tratamento de dados pessoais infantis.

Retomando a argumentação dos últimos autores citados, existem três formas de diálogos: i) coerência; ii) complementariedade; iii) coordenação e adaptação sistemática.³⁰¹ A primeira modalidade de diálogo (diálogo de coerência) refere-se “ao empréstimo de bases

²⁹⁸ Ibidem, p. 22.

²⁹⁹ MARTINS, Fernando Rodrigues; FERREIRA, Keila Pacheco. Diálogo de fontes e governança global: hermenêutica e cidadania global na concretude dos direitos humanos. **Revista de Direito do Consumidor**, vol. 117/2018, p. 6, Maio-Jun/2018.

³⁰⁰ “A Tese de Jayme voltou-se inicialmente para os reflexos da pós-modernidade no Direito Internacional Privado, como ramo mais sensível aos contatos humanos internacionais de nosso tempo e as mudanças nos valores e modelos da sociedade. Mas a hipótese de trabalho de Jayme, qual seja de que o direito, como expressão cultural de um povo, sofre reflexos maiores ou menores das mudanças valorativas, econômicas, históricas, éticas e mesmo religiosas de seu tempo, é válida também para outros ramos do direito. Assim, em um tempo conhecido como pós-industrial, com uma filosofia pós-estruturalista e discursiva, uma era do vazio e de caos, de desregulamentação, de privatizações, de forte exclusão social, da “euforia do individualismo e do mercado”, era de globalização, de radicalismo tribal, de convivência e intolerância, de antinomias tão fortes que já se prevê o fim da história, a morte da ciência, o fim dos valores e outras catastróficas previsões para a nova era, em resumo, em uma época de crise pós-moderna, também o direito, como ciência próxima da realidade social e voltada para a sociedade, estaria em crise e deve evoluir. Uma crise de mudança, uma crise de crescimento. Identificar esta nova fase do direito e ajudar na reconstrução da ciência do Direito é o escopo da larga obra de Erik Jayme. Segundo o mestre, quatro seriam as características da cultura pós moderna que têm reflexos no direito: o Pluralismo, a Comunicação, a Narração, o que Erik Jayme denomina de “le retour des sentiments” e a valorização dos direitos humanos.” (MARQUES, Claudia Lima. Ata da 987ª sessão solene do conselho universitário. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir./UFRGS**, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 37-52, mar. 2003a. p. 40.)

³⁰¹ MARTINS, Fernando Rodrigues; FERREIRA, Keila Pacheco. Diálogo de fontes e governança global: hermenêutica e cidadania global na concretude dos direitos humanos. **Revista de Direito do Consumidor**, vol. 117/2018, Maio-Jun/2018, p. 6.

conceituais entre os modelos normativos”.³⁰² As Constituições democráticas, situadas no topo do ordenamento jurídico, demandam coerência do sistema de direito interno,. Neste sentido, a Constituição “reflete o prumo de que há escala de justificação hierárquica, tanto estruturante (regras, subsunção, suporte fático e antinomias) como axiomática (princípios, valores, argumentação jurídica)”.³⁰³ Assim Fernando Rodrigues Martins e Keila Pacheco Ferreira elucidam:

As Constituições são providas de força geradora e normativa quanto a diversos tipos de direitos, tanto de natureza pública como de natureza privada. Não se perde de vista, ademais, que na maioria delas se estabelece a aplicação imediata dos direitos fundamentais em todo o sistema jurídico. Ocorre que determinada Constituição pode tratar certo direito fundamental (que também é direito humano) contrariamente a algum tratado ou convenção de direitos humanos já internalizado. Neste caso, a teoria do diálogo das fontes permitiria aplicação daquele dispositivo que mais favorável fosse à pessoa humana. O tratado não vai ensejar a invalidade da Constituição e nem mesmo a Constituição retirará a eficácia do tratado. Ambos passam a conviver pacificamente.³⁰⁴

Já o diálogo de complementaridade contempla hipóteses de compartilhamento de princípios de modo integrativo entre os sistemas normativos interno e internacional de direitos humanos nos casos sob apreciação judicial. A insuficiência de garantia de determinado direito fundamental pelo direito interno pode ser complementada por tratado de direitos humanos pertinente, sem qualquer tensão entre ambos.³⁰⁵ Por fim, o diálogo de coordenação e adaptação sistemática permite direito interno e direito internacional o intercâmbio de experiências dogmáticas e jurisprudenciais no aprofundamento humanitário.

306

Apresentadas esta conceituação e as modalidades da teoria do diálogo das fontes, ratifica-se o entendimento de que tal teoria se revela como base para a possibilidade de um

³⁰² Ibidem, p. 6.

³⁰³ Ibidem, p. 6.

³⁰⁴ MARTINS, Fernando Rodrigues; FERREIRA, Keila Pacheco. Diálogo de fontes e governança global: hermenêutica e cidadania global na concretude dos direitos humanos. **Revista de Direito do Consumidor**, vol. 117/2018, Maio-Jun/2018, p. 7.

³⁰⁵ “No Brasil tem-se exemplo importante: o Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei Federal 13.146/15) ao retirar a incapacidade das pessoas com deficiência emancipando-as, não trouxe regras de promoção à situação patrimonial dos emancipados. Entretanto, a Convenção dos Direitos da Pessoa com Deficiência mantém salvaguardas essenciais à proteção econômica da pessoa tutelada e, nesse caso, deve ser aplicada diretamente pelo juiz no caso concreto, até porque a interpretação a ser feita é *pro homine*.” (MARTINS, Fernando Rodrigues; FERREIRA, Keila Pacheco. Diálogo de fontes e governança global: hermenêutica e cidadania global na concretude dos direitos humanos. **Revista de Direito do Consumidor**, vol. 117/2018, Maio-Jun/2018, p. 7.)

³⁰⁶ MARTINS, Fernando Rodrigues; FERREIRA, Keila Pacheco. Diálogo de fontes e governança global: hermenêutica e cidadania global na concretude dos direitos humanos. **Revista de Direito do Consumidor**, vol. 117/2018, Maio-Jun/2018, p. 7.

desenvolvimento hermenêutico que proteja a pessoa humana e que traga encaminhamentos mais justos - ou mais ajustados aos direitos fundamentais - na pós-modernidade.

A hermenêutica dialógica desta teoria pode, desta maneira, oportunizar ao intérprete da norma a consideração do sistema jurídico de modo integral e coerente sistematicamente com a pluralidade de fontes existentes. A supremacia constitucional é mantida, bem como há a primazia dos direitos fundamentais. Com esta teoria de Erik Jayme, ainda, eventuais conflitos entre regras ou colisões entre os princípios jurídicos, sobretudo em casos mais complexos, poderão ser superados, pois a maleabilidade advinda com a aplicação desta teoria assim permite.

Constata-se, então, que, no âmbito jurídico, a tutela dos direitos das crianças precisa estar comprometida com a implementação de espaços e mecanismos de desenvolvimento desses sujeitos, assim como deve preservar a vulnerabilidade infantil por meio de interpretações normativas balizadas por critérios mais éticos e transversais, com diálogo das fontes internas do Direito e as normas internacionais. O uso das normas de tratamento de dados pessoais da infância na LGPD precisará, por conseguinte, ter interlocuções com as jusgarantias dispostas na CRFB/1988, no ECA e na Convenção sobre os Direitos da Criança, entre outras legislações cabíveis.

Prezando por estas constatações e com a perspectiva da situação de vulnerabilidade agravada (ou hipervulnerabilidade) das crianças, sobretudo no meio digital de uso e compartilhamento de dados pessoais, é que este princípio será analisado no subcapítulo seguinte, no intuito de se erigir marcos legais e interpretativos coerentes com essa utilização adequada de dados.

2.3. A hipervulnerabilidade da criança no mundo virtual: a busca por marcos jurídicos protetivos em prol da infância conectada

Conforme pontuado no âmbito dos direitos e garantias fundamentais, o art. 3º, inciso III, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 consagrou a cláusula geral de tutela da pessoa humana, o que permitiu o reconhecimento da pluralidade ínsita à dignidade do indivíduo. Neste viés, as vicissitudes e as singularidades de cada ser humano foram abarcadas nesta cláusula, sendo a vulnerabilidade especialmente protegida ao se autorizar tratamento diferenciado a determinados grupos e indivíduos por circunstâncias distintas que possam

comprometer a possibilidade de exercício da autodeterminação individual nas diferentes áreas da vida, de maneira integral e de forma livre.³⁰⁷

Nas lições de Cláudia Lima Marques e Guilherme Mucelin, a vulnerabilidade traduz a ideia de fragilidade e necessidade de proteção. “Vulnus” significa “ferida”; “vulnerare” é ferir. Disto decorre que vulnerabilidade (“vulnerabilis”) é a situação, a possibilidade ou o “status” daquele que tem uma fraqueza, susceptibilidade e pode ser ferido. A pessoa vulnerável é a mais fraca, a que perdeu ou nunca teve a possibilidade de se defender.³⁰⁸

O vocábulo “vulnerabilidade” evoca, assim, a suscetibilidade de ser ferido - tendo, portanto, acepção existencial. Ocorre que, no período do Estado Liberal, a vulnerabilidade foi remetida a situações de inferioridade contratual em aspecto estritamente patrimonial. A busca era a de tutela da autonomia da vontade nos negócios entre particulares, com ênfase na liberdade negocial.³⁰⁹

A mudança deste paradigma foi experimentada com a ascensão do modelo de Estado de Bem Estar Social (*Welfare State*), com o aumento das hipóteses de intervenção jurídica para equilíbrio nas relações privadas, primeiramente por força da elevação do fundamento da igualdade substancial nessas relações; depois, pela consolidação da dignidade da pessoa humana na centralidade dos ordenamentos jurídicos, destacando elementos existenciais nos negócios jurídicos para suas adequações.³¹⁰

Desta feita, Carlos Nelson Konder alega que a vulnerabilidade é uma categoria jurídica que exprime diretamente o empenho pela satisfação de imperativos de solidariedade social e reverência à dignidade da pessoa humana, ou seja, é um instituto reconstruído em prol da adaptação da dogmática tradicional do Direito Privado aos ditames constitucionais, centralizando a pessoa humana nesta ordem legal.³¹¹³¹²

³⁰⁷ Ana Cristina de Melo Silveira assim exemplifica: “Há vulneráveis identificados por circunstâncias sociais, como ocorre com mulheres, idosos e indígenas; por questões técnicas e econômicas, como ocorre com o consumidor; por razões cognitivas, como se observa em crianças, adolescentes e pessoas com deficiências psíquicas.” (SILVEIRA, Ana Cristina de Melo. **A proteção da criança e do adolescente no mundo digital: o compliance** como medida protetiva ao *cyberbullying*. 1 ed. Belo Horizonte, São Paulo: D’ Plácido, 2023, p. 37.)

³⁰⁸ MARQUES, Claudia Lima; MUCELIN, Guilherme. Vulnerabilidade na era digital: um estudo sobre os fatores de vulnerabilidade da pessoa natural nas plataformas, a partir da dogmática do Direito do Consumidor. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 11, n. 3, 2022, p. 2. Disponível em: <http://civilistica.com/vulnerabilidade-na-era-digital/>. Acesso em: 18 dez. 2023.

³⁰⁹ KONDER, Carlos Nelson. Vulnerabilidade patrimonial e vulnerabilidade existencial: por um sistema diferenciador. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 99, p. 101-123, maio/jun. 2015.

³¹⁰ Ibidem.

³¹¹ Ibidem.

³¹² Cumpre registrar que a vulnerabilidade é distinta da hipossuficiência. Na verdade, a hipossuficiência é a perspectiva processual da vulnerabilidade fática: “é a versão processual de toda e qualquer vulnerabilidade no plano material, onde enquanto esta noção legitima todas as normas protetivas do CDC quanto à relação de consumo, aquela é o fundamento para que o consumidor, desprovido da técnica (vulnerabilidade técnica), do

Neste sentido. Cláudia Lima Marques e Bruno Miragem aprofundam esta compreensão de vulnerabilidades ao sustentarem que, atualmente, há a necessidade de não apenas se proteger o interesse do indivíduo, mas, igualmente, é preciso ter um olhar para o outro.³¹³ A leitura dessa reconstrução histórica é assim sintetizada por Ana Cristina de Melo Silveira:

O reconhecimento legal da vulnerabilidade representa a superação da noção abstrata de sujeito de direitos construída na Era Moderna, como categoria unitária e generalista, em que todos se encaixariam indistintamente. Transpõe-se a noção de sujeito para se alçar a concepção de pessoa, buscando-se a sua tutela, compreendida em caráter concreto, acompanhada de sua inevitável multiplicidade. Por isso, na própria produção legislativa, a proteção do sujeito de direitos, prevista de forma abstrata, geral e formalmente isonômica, tem cedido passagem à proteção do idoso, da criança e do adolescente, do consumidor, dentre outros. Há crescente atenção aos diferentes personagens em que se fragmenta, na realidade concreta, o outrora monolítico sujeito de direitos.³¹⁴

Colocada essa transição de sujeito para pessoa no âmbito jurídico das vulnerabilidades, convém anotar que, doutrinariamente, então, é empreendida uma distinção entre vulnerabilidade existencial e patrimonial. Esta vulnerabilidade, como indicado alhures, se restringe a uma inferioridade de natureza contratual, em uma posição que o titular de direitos sofre ameaça ao seu patrimônio, com consequências indiretas à sua personalidade. A ordem jurídica intervém na regulação desse desequilíbrio com mecanismos próprios, tais como a determinação de invalidade de disposições contidas no negócio jurídico celebrado ou imposição da obrigação de indenizar.³¹⁵

Em que pese a observação de que, muitas vezes, as duas instâncias se permeiam entre si, fato é que esta separação enfatiza aspectos relevantes da construção da dignidade da pessoa humana - e, para este trabalho, cujo tema consiste na proteção de dados pessoais infantis no mundo virtual, antecipa-se que será priorizada a vulnerabilidade existencial.

A vulnerabilidade existencial vincula-se à situação jurídica subjetiva na qual o titular de direitos está mais suscetível a ser prejudicado em sua esfera extrapatrimonial, o que demanda a aplicação de normas jurídicas de tutela diferenciada destinadas à efetivação da dignidade da

conhecimento jurídico e econômico (vulnerabilidade jurídica), vítima de publicidades abusivas (vulnerabilidade informacional e psíquica), tolhido no seu poder de escolha frente a um monopólio (vulnerabilidade fática), entre outros, tenha a seu favor normas e presunções processuais, que visam conferir a “paridade de armas” no processo. (ROSA, Luiz Carlos Goiabeira; BIZELLI, Rafael Ferreira, FÉLIX, Vinícius Cesar. Vulnerabilidade e hipossuficiência no contrato existencial de consumo. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 21, n. 1, p.172, mar. 2017.)

³¹³ MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 109.

³¹⁴ SILVEIRA, Ana Cristina de Melo. **A proteção da criança e do adolescente no mundo digital: o compliance como medida protetiva ao cyberbullying**. 1 ed. Belo Horizonte, São Paulo: D’ Plácido, 2023, p. 39.

³¹⁵ KONDER, Carlos Nelson. Vulnerabilidade patrimonial e vulnerabilidade existencial: por um sistema diferenciador. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 99, p. 101-123, maio/jun. 2015.

pessoa humana. Este status de vulnerável não é igual para todas as pessoas: ainda que estejam em mesma situação jurídica, certas circunstâncias pessoais podem agravar o estado de suscetibilidade que lhe é típico.³¹⁶

Deste modo, sendo nítido que a vulnerabilidade interfere na possibilidade de determinação e de realização de escolhas individuais que direcionam a esfera existencial da pessoa, o reconhecimento jurídico dela é indispensável no ambiente democrático. O papel do Direito neste caso é o de fixar normas que assegurem a possibilidade de autodeterminação nas relações intersubjetivas, na medida das peculiaridades individuais e sociais.³¹⁷

O princípio da vulnerabilidade está explicitado no ordenamento jurídico brasileiro no artigo 4º, inciso I, do Código de Defesa do Consumidor (CDC)³¹⁸ e, além de subsidiar a aplicação da legislação consumerista, contribui, de forma geral, para a proteção conferida a determinados sujeitos de direitos em situação de desigualdade.³¹⁹ No campo da doutrina jurídica, são pontuados quatro tipos de vulnerabilidade: a técnica, a jurídica, a fática e a informacional³²⁰, sendo esta mais recente e pertinente às considerações ora tecidas sobre a presença infantil e a utilização de seus dados pessoais no mundo digital.

A vulnerabilidade técnica consiste na ausência de conhecimentos específicos ou especializados dos consumidores acerca dos produtos e serviços objetos da relação de consumo. Nota-se o grau elevado de “expertise” e de profissionalidade do fornecedor, nível este que determinará a assimetria na relação consumerista por força do “know-how” e das habilidades necessárias desde a concepção do produto ou serviço até os métodos de “marketing” - e, por conseguinte, propagação da produção ao mercado consumidor.³²¹

³¹⁶ Ibidem, p. 40-41.

³¹⁷ KONDER, Carlos Nelson. Vulnerabilidade patrimonial e vulnerabilidade existencial: por um sistema diferenciador. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 99, p. 42, maio/jun. 2015.

³¹⁸ “Art. 4º 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; (...)”. (BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 12 set. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm. Acesso em: 01 jun. 2023.)

³¹⁹ MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

³²⁰ MARQUES, Claudia Lima; MUCELIN, Guilherme. Vulnerabilidade na era digital: um estudo sobre os fatores de vulnerabilidade da pessoa natural nas plataformas, a partir da dogmática do Direito do Consumidor. **Civilitica.com**. Rio de Janeiro, a. 11, n. 3, 2022, p. 2. Disponível em: <http://civilitica.com/vulnerabilidade-na-era-digital/>. Acesso em: 18 dez. 2023.

³²¹ Ibidem, p. 7-8.

Na realidade virtual, entende-se que o meio eletrônico, automatizado e telemático, substrato para oferta de produtos e serviços, reforça a vulnerabilidade técnica.³²² Mesmo que alguns autores sustentem que a verificação da vulnerabilidade técnica para crianças possa ocorrer casuisticamente, dependendo da idade delas e do conhecimento possuído sobre o objeto de consumo³²³, considera-se que o consumidor não é especialista em computadores, em sistemas de internet ou ciência de dados, por exemplo.³²⁴

A franca utilização de plataformas, com maior fluxo de dados e o uso da inteligência artificial, recrudescem esta vulnerabilidade. A relação de consumo firmada entre o provedor de aplicações (o fornecedor) e o consumidor que se utiliza desses serviços prestados, ainda que ocorra um simples acesso e navegação, e o tratamento de dados pessoais - incluídos o da população infantil - podem ser alvo de decisões automatizadas, perfilização, entre outras formas desviadas de uso, em um sistema digital que é, igualmente, bastante vulnerável estruturalmente, tendo em vista os constantes riscos de segurança, como exposição a ataques e demais invasões ilícitas.³²⁵

Em continuidade, a vulnerabilidade jurídica consubstancia-se na falta de conhecimento jurídico do consumidor pelos seus direitos e obrigações que caracterizam e qualificam a relação de consumo, o que igualmente se aplica ao não saber as condições e os efeitos jurídicos do conteúdo do contrato celebrado. Na ambiência digital, essa vulnerabilidade é exponencial, uma vez que é sabido que muitos consumidores não leem efetivamente os termos e condições de uso e demais documentos pertinentes, assim como não observam com atenção as políticas de privacidade e de coleta e tratamento de dados, o que pode viabilizar eventuais abusos.³²⁶

Compactua com essa afirmação os dados do relatório da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OECD) que já apontava, em 2012, a tendência de crianças e muitos adultos em não ler as informações, as cláusulas e as condições de privacidade em documentos digitais, em especial as escritas em linguagem de difícil compreensão, além da

³²² Ibidem, p.8.

³²³ EBERLIN, Fernando Büscher von Teschenhausen. **Direitos da Criança na Sociedade da Informação: Ambiente Digital, Privacidade e Dados Pessoais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 163.

³²⁴ MARQUES, Claudia Lima; MUCELIN, Guilherme. Vulnerabilidade na era digital: um estudo sobre os fatores de vulnerabilidade da pessoa natural nas plataformas, a partir da dogmática do Direito do Consumidor. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 11, n. 3, 2022, p. 8. Disponível em: <http://civilistica.com/vulnerabilidade-na-era-digital/>. Acesso em: 18 dez. 2023.

³²⁵ Ibidem, p. 8-10.

³²⁶ Ibidem, p. 10.

propensão a concordarem com políticas de privacidade apenas para obterem rápido acesso aos sítios eletrônicos desejados.³²⁷

A vulnerabilidade científica se associa à jurídica, mas está relacionada à falta de conhecimento de outras ciências, como a economia e a contabilidade,³²⁸ noções estas que seriam importantes para celebração de contratos de crédito, cálculo de juros e financiamentos de bens de consumo, por exemplo. A situação vulnerável das crianças nestes casos é evidente, visto que carecem de maior maturidade e experiência.

Sequencialmente, trata-se da vulnerabilidade fática, espécie que abarca situações diversas “de reconhecimento da fragilidade do consumidor por conta de suas qualidades subjetivas, as quais denotam uma subordinação estrutural ao fornecedor”.³²⁹ Neste tipo, de vulnerabilidade, que alcança a esfera existencial, os direitos da criança no ambiente digital devem ser tutelados, uma vez que essas pessoas são autoras e protagonistas de seu desenvolvimento e, concomitantemente, estão em condição de vulnerabilidade por serem sujeitos em formação, às quais o Direito deve conferir proteção, inclusive no tratamento de dados pessoais. O estado de vulnerabilidade da infância reflete, ainda,

a condição de um indivíduo ou de um grupo que enfrenta algum tipo de barreira no acesso a determinados recursos sem razão de alguma característica pessoal, que pode ser relacionada a sexo, idade, saúde, etnia, pertencimento a um grupo social e tantas outras.^{330 331}

Resta claro, com esta ponderação que a população infantil é um grupo vulnerável faticamente, pois se torna imperioso reconhecer a vulnerabilidade das futuras gerações, uma vez que elas não podem reivindicar hoje a proteção de seus próprios direitos, o que requer um

³²⁷ OECD. **The Protection of Children Online**: Report on risks faced by children online and policies to protect them. [s.l]: Oecd, 2012, p. 34. Disponível em: https://www.oecd-ilibrary.org/science-and-technology/the-protection-of-children-online_5kgcjf71pl28-en. Acesso em: 20 dez. 2023.

³²⁸ MARQUES, Claudia Lima; MUCELIN, Guilherme. Vulnerabilidade na era digital: um estudo sobre os fatores de vulnerabilidade da pessoa natural nas plataformas, a partir da dogmática do Direito do Consumidor. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 11, n. 3, 2022, p. 11. Disponível em: <http://civilistica.com/vulnerabilidade-na-era-digital/>. Acesso em: 18 dez. 2023.

³²⁹ Ibidem, p. 12.

³³⁰ DONEDA, Danilo; ROSSINI, Carolina. Proteção de dados de crianças e adolescentes na internet. In: COMITÊ GESTOR DA INTERNET NO BRASIL. **Pesquisa sobre o uso da internet por crianças e adolescentes no Brasil**: TIC Kids Online Brasil 2014. São Paulo: Comitê Gestor da Internet no Brasil, 2015, p. 38. Disponível em: https://cetic.br/media/docs/publicacoes/2/TIC_Kids_2014_livro_eletronico.pdf. Acesso em: 01 mai. 2023.

³³¹ Corroboram com este raciocínio as ideias de Claudia Lima Marques e Bruno Miragem de que a criança, na condição de consumidora, se insere no conceito de hipervulnerável, atinente aos grupos de pessoas que têm a sua condição de vulnerabilidade agravada por situações permanentes (prodigalidade, incapacidade, deficiência física ou mental) ou temporária (doença, gravidez, analfabetismo, e, para o presente estudo, idade). (MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 202.)

“comportamento ativo das gerações atuais na preservação desses interesses”.³³² Ademais, por força das disposições do artigo 227 da CRFB/1988 e do artigo 6º do ECA, mencionados anteriormente, esses indivíduos figuram como pessoas em desenvolvimento, as quais necessitam dessa tutela específica.

A doutrina consumerista aponta, ainda, a existência da vulnerabilidade informacional. A falta de informação ou o excesso dela culmina na dificuldade do consumidor em considerar e entender o conjunto informativo a ele apresentado, o que prejudica a extração de dados importantes por esta parte para a aquisição de um produto ou a contratação de um serviço.

As informações repassadas mediante as comunicações existentes, bem como a confiança na marca anunciada, estimulam a confiança do consumidor, mas esta credibilidade não pode ser plenamente averiguada por esta parte hipossuficiente da relação de consumo. No campo das novas tecnologias, “a comunicação, facilitada pelas redes globais, determina uma maior vulnerabilidade daqueles que se comunicam”.³³³ No âmbito do Direito do Consumidor, Claudia Lima Marques e Guilherme Mucelin explicam da seguinte forma este dever de informar:

Posto de outra forma, a falta e/ou o excesso de informação se constituem em novos riscos, cujos teores serão preenchidos em acordo com o bem de consumo em si considerado, com as características próprias de determinada relação ou do próprio contrato. Informar significa colaborar, compartilhar, tornar comum, situar e, como consequência, empoderar o consumidor para que sua vontade seja realmente refletida acerca das decisões de consumo: é uma forma de manutenção e de criação de confiança e é alicerçada na boa-fé objetiva e na transparência que deve reger as relações de consumo – é uma forma de responsabilidade e de responsabilização.³³⁴

A informação disposta da maneira acima em muito é aplicável ao campo do tratamento de dados pessoais das crianças, a partir da premissa de que o consentimento parental necessita de ser adequadamente informado. Todo titular de dados, na realidade, precisa receber informações claras e consistentes sobre a coleta, uso e armazenamento de seus dados, sobretudo

³³² MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 179.

³³³ JAYME, Erik. O direito internacional privado do novo milênio: a proteção da pessoa humana face à globalização. **Cadernos do Programa de Pós-graduação em Direito da UFRGS**, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 133-146, 2003.

³³⁴ MARQUES, Claudia Lima; MUCELIN, Guilherme. Vulnerabilidade na era digital: um estudo sobre os fatores de vulnerabilidade da pessoa natural nas plataformas, a partir da dogmática do Direito do Consumidor. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 11, n. 3, 2022, p. 14. Disponível em: <http://civilistica.com/vulnerabilidade-na-era-digital/>. Acesso em: 18 dez. 2023.

com o uso crescente de recursos da Internet, como o comércio eletrônico e outras estruturas digitais, tais como aplicativos, sites e jogos eletrônicos, muito buscados pelas crianças.

Como termos e condições de uso e políticas de privacidade e de coleta de dados pessoais podem ser modificados a qualquer tempo, inclusive sem aviso prévio a estes titulares, autores como Bruno Miragem sustentam que competirá ao intérprete ou aplicador do direito atualizar o sentido da norma por uma interpretação que concretize seus conceitos, podendo valer-se do princípio da vulnerabilidade para esta ação. Miragem alega, ainda, que é preciso avaliar as modificações da realidade socioeconômica e interpretar essa mesma realidade, a qual é nova e repercute o reconhecimento de vulnerabilidades especializadas (digitais ou digitalizadas) dos consumidores no mercado, para a interpretação e aplicação das normas do CDC, no caso.³³⁵

Na ambiência virtual, a vulnerabilidade informacional é recrudescida, pois não fica limitada à falta ou à pouca qualidade da informação prestada. Trata-se de ausência de habilidade ou familiaridade com este espaço digital, o que ressoa “tanto na interpretação das manifestações nele emitidas ou recebidas, quanto na própria capacidade de resposta adequada a seus interesses nas relações jurídicas que resultem daí”.³³⁶ Cláudia Lima Marques e Guilherme Mucelin denomina isso como “iliteracia digital”, com referência à vulnerabilidade fática correspondente, com as devidas ressalvas, “do analfabetismo (específico ou funcional) e da falta de informações concernentes à correta utilização de determinado produto ou serviço ou ainda da fruição de todas as suas utilidades”.³³⁷

Pode-se falar, assim, em uma vulnerabilidade digital, a qual atinge características personalíssimas e sensíveis das pessoas, atributos estes que podem ser usados arbitrariamente ou de maneira incorreta ou com discriminação.³³⁸ Guilherme Mucelin, em uma ótica consumerista, delimita a seguinte definição deste tipo de vulnerabilidade:

a noção de vulnerabilidade digital descreve o poder e a capacidade de atores comerciais de afetarem decisões, desejos, necessidades e comportamentos de uma maneira que o consumidor tende a não tolerar, mas também não está em posição de impedir. Serve, assim, para delinear um estado universal de indefesa e de suscetibilidade à exploração de desequilíbrios por parte do parceiro que em algum

³³⁵ MIRAGEM, Bruno. Princípio da vulnerabilidade: perspectiva atual e funções no direito do consumidor contemporâneo. In: MARQUES, Cláudia; MAGALHÃES, Lúcia Ancona. **Direito do Consumidor**: 30 anos do CDC – da consolidação como direito fundamental aos atuais desafios da sociedade. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 243-261.

³³⁶ Ibidem.

³³⁷ MARQUES, Cláudia Lima; MUCELIN, Guilherme. Vulnerabilidade na era digital: um estudo sobre os fatores de vulnerabilidade da pessoa natural nas plataformas, a partir da dogmática do Direito do Consumidor. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 11, n. 3, 2022, p. 21. Disponível em: <http://civilistica.com/vulnerabilidade-na-era-digital/>. Acesso em: 18 dez. 2023.

³³⁸ Ibidem, p. 16.

sentido é mais forte, o que é favorecido pela automação do mercado de consumo, pela sua arquitetura, pela utilização de dados pessoais e pela concentração das funções de gerenciamento e de condução da dimensão digital em plataformas.³³⁹

Em que pese a vulnerabilidade ser um conceito aberto e amplo em significados, a serem moldados de acordo com o caso concreto, Cláudia Lima Marques e Guilherme Mucelin abordam duas tipificações de vulnerabilidade digital. A primeira seria uma de natureza estrutural (por “design” e tratamento de dados pessoais) e a segunda é uma vulnerabilidade situacional (por catividade/dependência ou neuropsicológica).³⁴⁰

Sobre a vulnerabilidade digital estrutural, sabe-se que ocorreu a mercantilização de vulnerabilidades e a sua transformação em “ativos” dos fornecedores na condução do mercado de consumo. Com base em outros estudos, Claudia Lima Marques e Guilherme Mucelin igualmente concluem que, na sociedade digital, a vulnerabilidade é arquitetural, posto que as estruturas virtuais são programadas ou projetadas para inferir as vulnerabilidades dos usuários, aproveitando-se das vulnerabilidades destes, ou mesmo para impulsionar a criação ou especificação de outras novas.³⁴¹

A lógica de “trafe-off” (troca) da economia dos dados pessoais, marcada pelas gratificações imediatas e prejuízos mediatos/distantes, influencia negativamente a tomada de decisões dos usuários, tidos como sujeitos racionais e com esta capacidade, uma vez que o fluxo de informações é complexo. Com efeito, o titular de dados “está em uma situação de vulnerabilidade específica em meio a uma relação assimétrica que salta aos olhos, havendo uma série de evidências empíricas a esse respeito”.³⁴²

Laura Schertel Mendes aprofunda situações em que a vulnerabilidade do consumidor será agravada no tratamento de dados pessoais, sendo a situação de consentimento aparente a interessante para este trabalho. Conforme esta autora, o instituto do consentimento no âmbito da proteção de dados é de bastante complexidade e possui enfrentamentos difíceis, uma vez que este ato possui natureza atípica neste tema, o que significa dizer que o consentimento

³³⁹ MUCELIN, Guilherme. Navegar (online) é preciso, viver (offline) não é preciso: o preenchimento dinâmico e descritivo do conteúdo da vulnerabilidade digital. **Nova Consumer Lab**, 29 abr. 2022. Disponível em: <https://novaconsumerlab.novalaw.unl.pt/author/guilhermemucelin/>. Acesso em: 7 dez. 2023.

³⁴⁰ MARQUES, Claudia Lima; MUCELIN, Guilherme. Vulnerabilidade na era digital: um estudo sobre os fatores de vulnerabilidade da pessoa natural nas plataformas, a partir da dogmática do Direito do Consumidor. **Civillistica.com**. Rio de Janeiro, a. 11, n. 3, 2022, p.16. Disponível em: <http://civillistica.com/vulnerabilidade-na-era-digital/>. Acesso em: 18 dez. 2023.

³⁴¹ Ibidem, p. 17-18.

³⁴² BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de Dados Pessoais: a função e os limites do consentimento**. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 144.

apresenta características que o aproximam de um negócio jurídico e, de maneira simultânea, caráter personalíssimo.³⁴³

Esta complexidade é agravada nos casos em que o consentimento é mais aparente que real, como nas situações em que o consumidor se sente constrangido ou pressionado a consentir para ter acesso a produto ou serviço acessado, na lógica do “*take it or leave it*” (“pegar ou largar”), o que afeta a liberdade do consentimento e a sua autodeterminação informativa.³⁴⁴

A segunda vulnerabilidade digital observada por Marques e Mucelin - a situacional por catividade/dependência ou neuropsicológica - parte da análise de situação dos sujeitos: para eles, a liberdade do consumidor no ambiente “on-line” ou das plataformas não é idêntico ao da liberdade de atuação no mundo físico. Nos mercados digitais, todos os consumidores são potencialmente vulneráveis e a vulnerabilização é diagnosticada em vários momentos. No “marketing” do ciberespaço, por exemplo, os recursos são “altamente ‘targetizados’, hiperpersonalizados e programados para cada consumidor individual de acordo com seu perfil de consumo específico”.³⁴⁵

Deste cenário advém a denominada vulnerabilidade neuropsicológica ou comportamental, caracterizada pela utilização do amplo rol de dados no sentido de gerar confusão, estímulo a certas reações e até alienação dos mais vulneráveis, impactando nas tomadas de decisão. Bruno Miragem, citado por Marques e Mucelin, indica que este tipo de vulnerabilidade decorre de estímulos sensoriais ou emocionais emitidos pelo meio digital (tais como sons, fotos, vídeos, cores, velocidade de “frames”) e as respostas dos consumidores a eles, assim como de outras inferências da economia comportamental que acionam gatilhos fundamentais humanos, com o emprego de estrutura de incentivos (“nudges”), os quais certamente diminuem as medidas de proteção relacionadas às prestações pactuadas e o acesso aos diversos serviços disponibilizados ou oferecidos no campo virtual.³⁴⁶

Outra amostra dessa vulnerabilidade “neuropsicológica” digital do consumidor que em muito se relaciona com a atividade das crianças na Internet - e, por conseguinte, com a maior vulnerabilização delas neste ambiente - é a estratégia utilizada pelas plataformas referentes à gamificação. Este fenômeno consiste na promoção de experiências envolventes, como

³⁴³ MENDES, Laura Schertel. A vulnerabilidade do consumidor quanto ao tratamento de dados pessoais. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 102, p. 19-43, nov./dez. 2015.

³⁴⁴ Ibidem, p. 19-43.

³⁴⁵ MARQUES, Claudia Lima; MUCELIN, Guilherme. Vulnerabilidade na era digital: um estudo sobre os fatores de vulnerabilidade da pessoa natural nas plataformas, a partir da dogmática do Direito do Consumidor. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 11, n. 3, 2022, p.19-20. Disponível em: <http://civilistica.com/vulnerabilidade-na-era-digital/>. Acesso em: 18 dez. 2023.

³⁴⁶ Ibidem, p. 22.

“narrativas, senso de comunidade, recompensas, reputação, reconhecimento e punição”, empregando princípios de design de jogos que interferem na tomada de decisão da pessoa. Tais experiências aumentam o tempo de permanência dos usuários nas redes, retendo sua atenção.³⁴⁷

A gamificação instiga um comportamento (pré)estipulado por programação, com manipulação potencial desses comportamentos, o que solapa a autonomia da vontade. Isto é possibilitado por meio da exploração da “vulnerabilidade digital, aliada à técnica e à informacional, impositiva de certo grau de alienação do participante, sejam tomadas decisões direcionadas/influenciadas pela plataforma”.³⁴⁸

O mecanismo da gamificação é relevante no debate do tratamento de dados pessoais de crianças, visto que a população infantil, inserida na sociedade de informação, passou a desejar telefones celulares com aplicativos destinados a elas, os quais recolhem dados como geolocalização e idade, assim como utilizam mais os computadores, “tablets” “videogames”, televisões e brinquedos conectados.³⁴⁹ No ramo dos jogos eletrônicos, é maciça a participação infantil, sendo este um público cada vez mais visado pelas empresas.³⁵⁰

Embora a gamificação seja positivamente recepcionada no contexto educacional³⁵¹, ela pode ser mais arriscada para a proteção de dados infantis. A indústria de “games” se aproveita dos dados pessoais de seus jogadores para o aperfeiçoamento desta experiência, com a identificação do perfil dos usuários, suas motivações e preferências, e, principalmente, para

³⁴⁷ Ibidem, p. 22.

³⁴⁸ MARQUES, Claudia Lima; MUCELIN, Guilherme. Vulnerabilidade na era digital: um estudo sobre os fatores de vulnerabilidade da pessoa natural nas plataformas, a partir da dogmática do Direito do Consumidor. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 11, n. 3, 2022, p.22. Disponível em: <http://civilistica.com/vulnerabilidade-na-era-digital/>. Acesso em: 18 dez. 2023.

³⁴⁹ EBERLIN, Fernando Büscher von Teschenhausen. **Direitos da Criança na Sociedade da Informação: Ambiente Digital, Privacidade e Dados Pessoais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 72.

³⁵⁰ “O mercado de games tem registrado constante crescimento. Em 2020, os jogos digitais tiveram receita de US\$ 128,3 bilhões, e, para 2021, a projeção é de lucro anual de US\$ 146 bilhões, uma alta de 40% em dois anos. As estatísticas mostram, ainda, que esse número pode aumentar, saltando para US\$ 207,6 bilhões, em 2025. Em que pese outros setores tenham sido afetados pela pandemia da Covid-19, a indústria de games, no entanto, recebeu número recorde de usuários, sendo que, entre os jogos brasileiros, houve alta de 75,8% no consumo.” (OCHSENDORF, Guilherme. Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) e a Indústria de Games. **E- Games - Principais desafios enfrentados pelos empreendedores**. Opice Blum, Startup OBA, set. 2021, p. 5. Disponível em: <https://consumidormoderno.com.br/lgpd-dados-criancas-adolescentes-games/>. Acesso em: 15 jan. 2024.)

³⁵¹ As atividades gamificadas podem ser mais lúdicas e, assim, terem maior engajamento no processo de ensino e aprendizagem. Especialistas da área pedagógica assim afirmam: “A gamificação surge como uma possibilidade de conectar a escola ao universo dos jovens com o foco na aprendizagem, por meio de práticas como sistemas de *rankeamento* e fornecimento de recompensas. Mas, ao invés de focar nos efeitos tradicionais como notas, por exemplo, utilizam-se estes elementos alinhados com a mecânica dos jogos para promover experiências que envolvem emocionalmente e cognitivamente os alunos.” (ALVES, Lynn Rosalina Gama; MINHO, Marcelle Rose da Silva; DINIZ, Marcelo Vera Cruz. Gamificação: diálogos com a educação. In: FADEL, Luciane Maria et al.(Org.). **Gamificação na educação**. São Paulo: Pimenta Cultural, 2014, p. 83. Disponível em: <http://repositoriosenaiba.fieb.org.br/handle/fieb/667>. Acesso em: 15 jan. 2024.)

entender o gasto financeiro despendido por estas pessoas, a fim de oferecer novos produtos e ter geração de renda.³⁵²

A redação do artigo 14, §4º, da LGPD dispõe que, nos jogos e aplicações de Internet, é vedado aos controladores³⁵³ condicionar a participação das crianças ao fornecimento de informações pessoais além das estritamente necessárias àquela atividade. No parágrafo subsequente (§5º), há a previsão da necessidade de esforço razoável dos controladores para verificar a validade do consentimento (parental) coletado.³⁵⁴

A disponibilização de informações simples, claras e acessíveis, coerentes com a idade dos titulares de dados, bem como as características físico-motoras, perceptivas, sensoriais, intelectuais e mentais do usuário, deve ser efetivada, de acordo com o artigo 14, §6º, da LGPD, como exposto, entre as quais devem ser mantidas públicas, conforme o mesmo dispositivo legal em seu §2º, ao menos a lista de dados pessoais tratados, sua forma de utilização e o procedimento para exercício dos direitos previstos na LGPD.³⁵⁵

Uma opção para a adequação do Aviso de Privacidade às características dos usuários que são crianças, mesmo sem especificação neste sentido pela LGPD, é atribuir a este documento ludicidade e dinamismo, com o uso de recursos audiovisuais, por exemplo,. A exibição de vídeos com animações explicativas a esta população sobre o tratamento de dados (definição, uso, finalidade e exclusão após o jogo) é uma alternativa viável. Os jogos eletrônicos podem empregar, ainda, técnicas de gamificação ao Aviso, customizando-o de acordo com as condições etárias e psicossociais da criança. Outra possibilidade é o de inserção do referido Aviso no “e-game”, através de personagens familiares ao jogador.³⁵⁶

Em resgate ao inicialmente desenvolvido sobre a vulnerabilidade digital, esta pode ser também uma vulnerabilidade de dependência/catividade em relação à manutenção ou ao acesso a determinado serviço ou a produto inteligente prestado e oferecido por plataformas. Isto pode configurar condição para a fruição plena da vida e de autorrealização na sociedade

³⁵² OCHSENDORF, Guilherme. Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) e a Indústria de Games. **E- Games - Principais desafios enfrentados pelos empreendedores**. Opice Blum, Startup OBA, set. 2021, p. 5. Disponível em: <https://consumidormoderno.com.br/lgpd-dados-criancas-adolescentes-games/>. Acesso em: 15 jan. 2024.

³⁵³ “Controlador” é a pessoa natural ou jurídica a quem compete as decisões concernentes ao tratamento de dados pessoais, de acordo com o artigo 5º, inciso VI, da LGPD. (BRASIL. Lei 13.709, de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). **Diário Oficial da União, Brasília**, 15 ago. 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/113709.htm. Acesso em: 01 jul. 2023.)

³⁵⁴ BRASIL. Lei 13.709, de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). **Diário Oficial da União, Brasília**, 15 ago. 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/113709.htm. Acesso em: 01 jul. 2023.

³⁵⁵ FICO, Beatriz de Sousa e Bernardo. Avisos de Privacidade em e-games para crianças e adolescentes. **E- Games - Principais desafios enfrentados pelos empreendedores**. Opice Blum, Startup OBA, set. 2021, p. 11. Disponível em: <https://consumidormoderno.com.br/lgpd-dados-criancas-adolescentes-games/>. Acesso em: 15 jan. 2024.

³⁵⁶ Ibidem, p. 12.

contemporânea, de acordo com cada caso.³⁵⁷ Assim exemplificam Claudia Lima Marques e Guilherme Mucelin:

A posição de dependência de ‘catividade’ só pode ser entendida no exame do contexto das relações atuais, em que determinados serviços prestados no mercado asseguram (ou prometem) ao consumidor e a sua família “status”, “segurança”, “crédito renovado”, “escola ou formação universitária certa e qualificada”, “moradia assegurada”, “lazer” ou mesmo “saúde” ou “informação” no futuro.³⁵⁸

A situação de dependência/catividade é vivenciada na experiência de consumo digital. Fundamentada em Micklitz e outros autores, Marques e Mucelin discorrem que o uso constante dos consumidores dos mesmos, aplicativos ou plataformas ao longo do tempo permite que as entidades comerciais fornecedoras desses recursos sejam capazes de coletar e analisar mais dados do usuário, resultando na capacidade de “identificar vulnerabilidades exploráveis”.³⁵⁹

Este cenário, no recorte do consumo digital engendrado por crianças, favorece a exploração do consumismo precoce entre elas, instigando-as a serem “prosumers”, ou seja, simultaneamente produtoras e consumidoras de conteúdo na mesma plataforma³⁶⁰, além de expor as crianças à formação de dossiês que podem influenciar na vida adulta delas ao inibir comportamentos, expor questões privadas e perpetuar virtualmente fatos da infância que podem repercutir em ações futuras.³⁶¹³⁶²

Certifica-se, deste modo, que a vulnerabilidade do consumidor representa “um valor latente de potencial exploração de fraquezas do sujeito que consome”. Com a realidade virtual, tal “valor” é percebido e revelado de maneira mais fácil, podendo até ser criado por

³⁵⁷ MARQUES, Claudia Lima; MUCELIN, Guilherme. Vulnerabilidade na era digital: um estudo sobre os fatores de vulnerabilidade da pessoa natural nas plataformas, a partir da dogmática do Direito do Consumidor. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 11, n. 3, 2022, p.23. Disponível em: <http://civilistica.com/vulnerabilidade-na-era-digital/>. Acesso em: 18 dez. 2023.

³⁵⁸ MARQUES, Claudia Lima; MUCELIN, Guilherme. Vulnerabilidade na era digital: um estudo sobre os fatores de vulnerabilidade da pessoa natural nas plataformas, a partir da dogmática do Direito do Consumidor. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 11, n. 3, 2022, p.23. Disponível em: <http://civilistica.com/vulnerabilidade-na-era-digital/>. Acesso em: 18 dez. 2023.

³⁵⁹ Ibidem, p. 26.

³⁶⁰ EBERLIN, Fernando Büscher von Teschenhausen. **Direitos da Criança na Sociedade da Informação**: Ambiente Digital, Privacidade e Dados Pessoais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 43.

³⁶¹ Ibidem.

³⁶² Neste sentido, convém “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.” (BROCHADO, Ana Carolina; RETTORE Anna Cristina de Carvalho. O princípio do melhor interesse no ambiente digital. In: LATERÇA, Priscilla Silva; FERNANDES, Elora; TEFFÉ, Chiara Spadaccini de; BRANCO, Sérgio (Coords.). **Privacidade e Proteção de Dados de Crianças e Adolescentes**. Rio de Janeiro: Instituto de Tecnologia e Sociedade do Rio de Janeiro; Obliq, 2021.)

“arquiteturas de escolha, da automação do mercado, das grandes plataformas-fornecedoras”, além da participação contínua dos usuários/consumidores em uma Internet “cada vez mais ubíqua, onisciente e onipresente”, o que impulsionou a evolução do conceito de vulnerabilidade como ora está descrito, alcançando o digital.³⁶³

Para o tratamento de dados pessoais infantis no espaço virtual, recorte temático deste trabalho, infere-se que a clareza das informações, o conhecimento dos riscos do ambiente digital e o melhoramento dos mecanismos de consentimento são aspectos basilares para amenizar as vulnerabilidades que envolvem as crianças.

No caso delas, urge ainda promover a conciliação da proteção de suas informações e da defesa de seu desenvolvimento, revendo paradigmas cristalizados como o de que o simples consentimento de pais ou responsáveis é suficiente para a autorização de coleta e de processamento de dados dessas pessoas. Tal revisão, com críticas e proposições oportunas ao modelo de consentimento existente na Lei Geral de Proteção de Dados brasileira, será objeto do capítulo seguinte.

Capítulo 3. O MODELO DE CONSENTIMENTO PARENTAL VIGENTE NO BRASIL: CRÍTICAS E PROPOSIÇÕES PARA APRIMORAMENTO DE SUA APLICAÇÃO

O presente capítulo está centrado na avaliação do estado da arte do modelo de consentimento parental na legislação protetiva de dados do Brasil, bem como busca elencar as críticas pertinentes a este instituto com observação de outros modelos, em específico o estadunidense (COPPA) e o europeu (GDPR), analisando, por fim, medidas jurídicas alternativas ou complementares a esta estrutura de obtenção de dados,

O objetivo desta parte do trabalho, portanto, é construir contribuições teóricas que alinhem a presença infantil no mundo “online” com o respeito às suas vulnerabilidades, prezando por seu melhor interesse e, ainda, com o zelo por um desenvolvimento da criança que se vincule à sua autonomia e emancipação crescentes.

³⁶³ MARQUES, Claudia Lima; MUCELIN, Guilherme. Vulnerabilidade na era digital: um estudo sobre os fatores de vulnerabilidade da pessoa natural nas plataformas, a partir da dogmática do Direito do Consumidor. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 11, n. 3, 2022, p.26. Disponível em: <http://civilistica.com/vulnerabilidade-na-era-digital/>. Acesso em: 18 dez. 2023.

3.1. Críticas ao modelo de consentimento parental na proteção de dados da população infantil: reavaliações da autonomia privada e do empoderamento individual com considerações da COPPA, do GDPR e da LGPD

Conforme disposto no Capítulo 1 deste trabalho, o instituto do consentimento, como ato de manifestação de vontade de anuência ou discordância com determinada proposta, foi o critério adotado pela Lei nº 13.704/2018 (Lei Geral de Proteção de Dados) para a concessão de autorização de obtenção de dados de crianças no Brasil - no caso, um consentimento manifestado por pais ou responsáveis legais desta pessoa em desenvolvimento. O consentimento, desta maneira, representa uma manifestação de direitos, em um ato de exercício de autonomia e autodeterminação, e figura como instrumento jurídico que torna legal uma conduta que afeta uma pessoa em sua individualidade.³⁶⁴

O consentimento na LGPD, assim, é um ato de manifestação de vontade que legitima o tratamento de informações de pessoa certa e determinada nas hipóteses de inexistência de outras autorizações legais para esta atividade - ou seja, corresponde a uma função meramente legitimadora, própria de um contexto precipuamente patrimonialista.³⁶⁵

O cerne do consentimento é composto pela autonomia, conceito relacionado com poder e liberdade de escolhas mais refletidas. Nos casos de partes vulneráveis em uma relação jurídica, foi visto que algumas legislações, como o Código de Defesa do Consumidor brasileiro, possuem dispositivos que visam a redução da desigualdade entre as partes presentes na relação concreta, justamente para conferir maior autonomia ao vulnerável dessa interação.

Ocorre que a autonomia muitas vezes resta prejudicada na prática, seja pela realidade cada vez mais usual de contratos de adesão, os quais não permitem melhor negociação das cláusulas entre as partes, seja porque subsistem dificuldade de compreensão desses negócios contratuais pelas pessoas envolvidas no negócio jurídico - até mesmo por um quadro de analfabetismo funcional -, o que prejudica a isonomia e a ideia de consentimento devidamente informado. Paul Bernal asseverou que o consentimento informado em muito se atrela ao entendimento correto da informação por parte de seu receptor, isto é, não significa apenas uma

³⁶⁴ HOF, Simone Van Der. I agree... or do I? A right-based analysis of the law on children's consent in the digital world. **Wisconsin International Law Journal**, [s.l.], v. 34, n. 2, p. 420, 2016. Disponível em: <https://scholarlypublications.universiteitleiden.nl/access/item%3A2944101/view>. Acesso em: 05 dez. 2023.

³⁶⁵ EBERLIN, Fernando Büscher von Teschenhausen. **Direitos da Criança na Sociedade da Informação: Ambiente Digital, Privacidade e Dados Pessoais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 193.

divulgação dessa informação. Tal “entendimento correto” é o ponto que melhor reflete a ideia de autonomia.³⁶⁶

A autonomia para realizar a manifestação livre do consentimento se vincula a três esferas de liberdade, segundo Fernando Eberlin. A primeira é atinente ao fato da pessoa ser livre para querer ou não contratar determinado produto ou serviço. A segunda consiste na liberdade de escolha da pessoa contratar com qualquer ator de um mercado específico (quaisquer fornecedores). A terceira e última esfera trata da liberdade individual para escolha da forma de contratação, bem como para estabelecer as cláusulas do contrato, inclusive as que são restritivas.³⁶⁷

O grande dilema do consentimento atualmente, na sociedade de informação ora conhecida, é a de que nem sempre estar no ambiente virtual é uma escolha tão livre: a experiência social e cultural hodierna passa pela vida “online”, impulsionando, não raramente, às pessoas a isto, com uso de redes sociais e “e-commerce”, por exemplo, entre outras utilizações de recursos digitais. Para as crianças, as denominadas “nativas digitais” como pontuado no primeiro capítulo deste trabalho, esta “falta de alternativa” de estar e usufruir do digital é ainda mais latente, o que enfraquece a ideia de consentimento tradicionalmente conhecida.

Associada a esta ausência de alternativas, outro ponto que pode minar o consentimento é a existência de produtos e serviços exclusivos no ambiente digital, com poucas opções de contratação extras aos usuários. Exemplo desta exclusividade são as redes sociais, como o Facebook e o Instagram, que estabelecem uma única rede possível para a pessoa encontrar seus contatos. Orla Lynskey explicou que serviços “on-line” como redes sociais se beneficiam dos efeitos das próprias redes, as quais impõem empecilhos a novos competidores, uma vez que esses serviços monopolizam aspectos ligados à inovação, efeitos das redes e aquisições. O consentimento para o processamento de dados pessoais por um monopólio, destarte, não pode ser outorgado de forma livre.³⁶⁸

Outra dimensão que abala o consentimento no âmbito digital é a expressiva assimetria de poder e de informação entre as empresas fornecedoras de produtos e serviços e os usuários

³⁶⁶ BERNAL, Paul. Collaborative consent: Harnessing the strengths of the Internet for consent in the online environment. **International Review Of Law, Computers & Technology**, [s.l.], v. 24, n. 3, p.293, 29 out. 2010. Informa UK Limited. Disponível em: <https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/13600869.2010.522335>. Acesso em: 10 jan. 2024.

³⁶⁷ EBERLIN, Fernando Büscher von Teschenhausen. **Direitos da Criança na Sociedade da Informação: Ambiente Digital, Privacidade e Dados Pessoais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 195.

³⁶⁸ LYNKEY, Orla apud EBERLIN, Fernando Büscher von Teschenhausen. **Direitos da Criança na Sociedade da Informação: Ambiente Digital, Privacidade e Dados Pessoais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 196.

destes. Este aspecto influencia negativamente na definição de termos e condições de uso e privacidade, não havendo consensos entre as partes mencionadas muitas vezes, o usuário sequer lê o aludido termo, quando não falta compreensão do teor do documento lido.³⁶⁹

O consentimento apenas enrijece o poder do indivíduo quando obtido sem deturpações ou prejuízos diversos que afetem o ato desta manifestação volitiva. Por isto é importante pensar em mecanismos jurídicos que mitiguem as assimetrias de poder, entre outros desequilíbrios sociais, econômicos e culturais existentes, para que o consentimento seja verdadeiramente livre e informado, não estando somente à mercê dos interesses mercadológicos, por exemplo.

Não sem razão Danilo Doneda escreveu que o consentimento para o tratamento de dados pessoais alcança diretamente elementos da própria personalidade, sem, contudo, dispor destes elementos. O consentimento, segundo Doneda, se coloca como ato unilateral “cujo efeito é o de autorizar um determinado tratamento para os dados pessoais, sem estar diretamente vinculado a uma estrutura contratual”.³⁷⁰ Igualmente por força disto é que este autor afirmou que o consentimento “aparenta ser um procedimento inócuo, dado que seus efeitos não demonstram contornos muito nítidos ao interessado - é nítida a extrema facilidade de mascarar os efeitos desse tratamento, tornando-os difíceis de serem identificados ou mesmo invisíveis”.³⁷¹

A situação do consentimento torna-se mais controvertida na discussão desta manifestação para obtenção ou concessão de dados pessoais infantis no ambiente digital. O ato de escolher não dispensa uma prévia capacidade que as crianças não possuem integralmente. Além da falta de capacidade jurídica, as pessoas de até 12 anos incompletos não apresentam grande discernimento para a expressão de seu consentimento.

A proibição absoluta de integração da criança ao universo digital mediante obtenção de dados pessoais dela, no entanto, não se mostra viável pelos motivos elencados ao longo deste trabalho - grande inserção infantil na ambiência virtual, necessidade de garantia do exercício de direitos de provisão e participação, entre outros benefícios para seu desenvolvimento. A proposta ideal é a de fomentar uma educação digital dessas crianças, com informações e orientações claras e corretas dos produtos e serviços disponibilizados no ambiente não-analógico, amparando-as na leitura e na consulta de termos e outros documentos que versam sobre os dados pessoais.

³⁶⁹ EBERLIN, Fernando Büscher von Teschenhausen. **Direitos da Criança na Sociedade da Informação: Ambiente Digital, Privacidade e Dados Pessoais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 196-197.

³⁷⁰ DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 378.

³⁷¹ Ibidem, p. 373.

Como essa meta ideal enfrenta entraves práticos e persiste a regra de incapacidade jurídica absoluta da criança, como previsto na lei brasileira, muitas legislações estabelecem que certos representantes atuarão em nome desses incapazes para a celebração de atos da vida civil. Tal regra de representação foi criada pela Lei de Proteção de Privacidade On- Line das Crianças (“Children’s Online Privacy Protection Act” - COPPA), de 1998, seguido pelo Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados 2016/679 (“General Data Protection Regulation” - GDPR), de 2018, e adotado na LGPD.

Nos Estados Unidos da América (EUA), a proteção de dados de crianças é regulamentada pelo COPPA desde a década de 1990, como afirmado anteriormente, sendo uma legislação motivada pela situação de muitos sítios eletrônicos instigarem crianças a fornecerem informações pessoais próprias ou de seus familiares para fins comerciais, recebendo em troca presentes e jogos gratuitos. Deste modo, o COPPA veda práticas e atos injustos e/ou falsos para coleta, uso ou divulgação de informações pessoais de crianças - ou que versem sobre elas - na rede mundial de computadores.³⁷²

A “Federal Trade Commission Act” (FTC)³⁷³ noticiou que os dados pessoais tutelados pelo COPPA são os dados de voz, áudio, arquivos de imagem, informações de geolocalização, dados de contato “on-line” (como um nome de usuário) e identificadores que reconhecem os usuários de certos “sites” e serviços, como endereços de IP ou números de série dos dispositivos utilizados.³⁷⁴

O objetivo maior do COPPA, então, é conferir aos pais o maior controle das informações coletadas virtualmente das crianças e dispor sobre a utilização desses dados. Estes devem ser obtidos pelo consentimento parental e é ônus dos provedores de serviços e produtos “on-line” empreenderem os melhores esforços para apurarem se esta manifestação de vontade foi feita adequadamente, ou seja, os pais das crianças devem receber as

³⁷² JASPER, Margaret C.. **Privacy and the Internet: Your expectations and rights under the law**. 2. ed. Nova Iorque: Oxford University Press, 2009. p. 60. (Oceana's Legal Almanac Series).

³⁷³ A “Federal Trade Commission Act” é um lei federal estadunidense vigente desde 1914, constituindo o estatuto principal da Comissão Federal do Comércio daquele país. Nos termos desta lei, em tradução livre, esta Comissão tem poderes para prevenir métodos desleais de concorrência e atos ou práticas desleais ou enganosas no comércio, ou que o afetem; buscar reparação monetária e outras medidas cabíveis por conduta prejudicial aos consumidores; prescrever regras que definam com especificidade atos ou práticas injustas ou fraudulentas e estabelecer requisitos destinados a prevenir tais atos ou práticas; reunir e compilar informações e realizar investigações relacionadas à organização, negócios, práticas e gestão de entidades envolvidas na atividade comercial; e fazer relatórios e recomendações legislativas ao Congresso e ao público. (Federal Trade Commission. **Federal Trade Commission Act**. Disponível em: <https://www.ftc.gov/legal-library/browse/statutes/federal-trade-commission-act>. Acesso em 11 jan. 2024.)

³⁷⁴ EBERLIN, Fernando Büscher von Teschenhausen. **Direitos da Criança na Sociedade da Informação: Ambiente Digital, Privacidade e Dados Pessoais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 200.

informações sobre as práticas digitais infantis e o consentimento por eles para a realização de tais ações deve ter sido efetivado (consoante o disposto no §312.2 desta normativa).³⁷⁵

A regra do consentimento parental do COPPA é excetuada no caso dos dados pessoais serem obtidos para resposta a um requerimento da criança, que deve ser apagado depois, assim como na coleta de dados para envio de comunicações periódicas à criança, tais como notícias e ofertas, sendo que os pais devem ter meios de cancelar essa coleta. A demanda de proteção à integridade de uma criança na prestação de um serviço ou para tutelar a segurança do serviço também permite o afastamento da aplicação do consentimento prévio de pais e outros responsáveis legais. A necessidade de uso de dados da criança para formular resposta a uma ordem judicial ou a uma investigação pública igualmente autoriza a utilização dessas informações sem a manifestação dos pais.³⁷⁶

O COPPA define como criança a pessoa com menos de 13 anos de idade (§312.2).³⁷⁷ Com esta consideração normativa, o provedor de serviços deve empregar medidas de informação e de obtenção de consentimento dos pais ou responsáveis nos casos do usuário de tais serviços terem essa faixa etária. A atuação dos sítios eletrônicos, por exemplo, ao identificarem o acesso por pessoa nessa condição etária é de conseguir a manifestação de consentimento parental nos termos do COPPA ou configurar o “site” para que, de forma automática, os dados dessas pessoas menores de 13 anos sejam apagados, requerendo deles consentimento que não abranja coleta e divulgação de informações pessoais.³⁷⁸

Macenaite e Kosta indicam que comprovar e verificar a idade desse usuário é tarefa difícil, o que justifica muitos visualizarem o COPPA como um instrumento de implementação e aplicação desafiadores.³⁷⁹ Esta dificuldade também é percebida no Brasil e, se considerarmos que muitos serviços virtuais utilizados pelas crianças brasileiras são prestados por provedores norte-americanos, este entrevero é maior, pois a definição etária do COPPA colide com a disposição pátria de que criança a pessoa de até 12 anos incompletos, como visto nas disposições do Estatuto da Criança e do Adolescente. Desta feita, podem

³⁷⁵ JASPER, Margaret C.. **Privacy and the Internet: Your expectations and rights under the law**. 2. ed. Nova Iorque: Oxford University Press, 2009. p. 61-63. (Oceana's Legal Almanac Series).

³⁷⁶ MACENAITE, Milda; KOSTA, Eleni. Consent for processing children's personal data in the EU: following in US footsteps? **Information & Communications Technology Law**, [s.l.], v. 26, n. 2, p.169, 4 maio 2017. Informa UK Limited. Disponível em: <https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/13600834.2017.1321096>. Acesso em: 12 jan. 2024.

³⁷⁷ FEDERAL TRADE COMMISSION. **Children's Online Privacy Protection Rule ("COPPA")**. Disponível em: <https://www.ftc.gov/legal-library/browse/rules/childrens-online-privacy-protection-rule-coppa>. Acesso em 11 jan. 2024.

³⁷⁸ JASPER, Margaret C.. **Privacy and the Internet: Your expectations and rights under the law**. 2. ed. Nova Iorque: Oxford University Press, 2009. p. 66. (Oceana's Legal Almanac Series).

³⁷⁹ MACENAITE, Milda; KOSTA, Eleni. Consent for processing children's personal data in the EU: following in US footsteps? **Information & Communications Technology Law**, [s.l.], v. 26, n. 2, p.191, 4 maio 2017. Informa UK Limited. Disponível em: <https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/13600834.2017.1321096>. Acesso em: 12 jan. 2024.

ocorrer reflexos de interpretações dos termos e demais políticas de uso e privacidade desses provedores dos EUA com os casos de dados pessoais vivenciados no Brasil.

O que alguns autores salientam é que, no campo prático, o COPPA endossa a situação das empresas coletarem, de maneira integral, os dados das crianças maiores de 13 anos, obtendo o consentimento delas próprias, sem o crivo dos pais ou responsáveis. Para as crianças com idade inferior a esta, tais empresas preferem não coletar dados e, por conseguinte, não prestar determinados serviços, a estas pessoas, certamente pelas dificuldades de apuração do consentimento parental.³⁸⁰

Acompanhando as inovações tecnológicas, o COPPA foi atualizado em 2012 com a inclusão de normas para regulamentação de fotografias, vídeos e arquivos de áudio com voz ou imagem de crianças. Além disto, essa atualização buscou robustecer o empenho nos critérios de segurança dos sítios eletrônicos, com disposições para que os dados fossem mantidos por período razoável, em prazo compatível para as finalidades da coleta.³⁸¹

Também houve determinação no sentido de que os dados fossem compartilhados somente com terceiros que possam manter a confidencialidade, a segurança e a integridade da informação. Somado a este ponto, outros critérios para a obtenção do consentimento parental foram regulados.³⁸² O “Electronic Code of Federal Regulations” (E-CFR) - Seção 312 (§312.3) reteve essas disposições.³⁸³

No âmbito da União Europeia (UE), a coleta de dados pessoais de crianças é sabidamente tutelada pelo Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados 2016/679 (“General Data Protection Regulation” - GDPR). Este Regulamento prevê que o uso de dados pessoais de crianças, no tocante à oferta direta de serviços da sociedade da informação, é lícito se elas tiverem pelo menos 16 anos de idade. A obtenção de dados de pessoa menor de 16 anos somente é permitida legalmente com o consentimento pelos titulares das responsabilidades parentais da criança. O GDPR autoriza, por fim, que os Estados-Membros possam dispor sobre critério etário diferente deste, desde que essa idade não seja inferior a 13 anos (artigo 8.1).³⁸⁴

³⁸⁰ GADBAW, Tianna. Legislative Update: Children's Online Privacy Protection Act of 1998. **Children's Rights Journal**, [s.l.], v. 36, n. 3, p.230, 2016. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/328112411.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2024.

³⁸¹ Ibidem, p. 229.

³⁸² Ibidem, p. 229.

³⁸³ FEDERAL TRADE COMMISSION. **Children's Online Privacy Protection Rule ("COPPA")**. Disponível em: <https://www.ftc.gov/legal-library/browse/rules/childrens-online-privacy-protection-rule-coppa>. Acesso em 11 jan. 2024.

³⁸⁴ **General Data Protection Regulation - GDPR**. Disponível em: <https://gdpr-info.eu/>. Acesso em: 11 jan. 2024.

Logo, a regra do consentimento parental é explícita no GDPR, que registra que o responsável pelo tratamento de dados pessoais deve envidar esforços razoáveis para verificar, nesses casos, se o consentimento é dado ou autorizado pelo titular da responsabilidade parental sobre a criança, tendo em consideração a tecnologia disponível (artigo 8.2).³⁸⁵

As informações devem ser prestadas de forma concisa, transparente, inteligível e de fácil acesso, e, quando destinadas às crianças, reitera-se a necessidade de utilização de uma linguagem clara e simples para elas. Essas informações podem ser repassadas por escrito ou por outros meios, inclusive por meios eletrônicos, podendo ser viabilizado, se for o caso e assim solicitado pelo titular dos dados, o fornecimento oral delas (artigo 12, 1 do GDPR).³⁸⁶

O direito à revogação do consentimento feito quando criança pelos titulares de dados, isto é, o apagamento destes dados por solicitação da pessoa na fase adulta (“direito de ser esquecido”, como consta no próprio GDPR), é assegurado no artigo 17, 1, f, deste Regulamento europeu. Preliminarmente, já no considerando 68 desta normativa, é entendido que esse direito assume particular relevância quando o titular dos dados tiver dado o seu consentimento quando criança “e não estava totalmente ciente dos riscos inerentes ao tratamento, e mais tarde deseje suprimir esses dados pessoais, especialmente na Internet”.³⁸⁷

No que concerne à regra do consentimento parental sobre os dados pessoais infantis, ainda no GDPR tem-se que esta manifestação é obrigatória somente “quando for aplicável o artigo 6º, nº 1, alínea a), no que respeita à oferta direta de serviços da sociedade da informação às crianças” (artigo 8º). As demais hipóteses do artigo 6º - execução de um contrato no qual o titular dos dados é parte; diligências pré-contratuais a pedido do titular dos dados; cumprimento de uma obrigação jurídica; defesa de interesses vitais do titular dos dados ou de outra pessoa singular; exercício de funções de interesse público ou ao exercício da autoridade pública de que está investido o responsável pelo tratamento - não dependem desse consentimento.³⁸⁸

Outras situações pontuais de tratamento de dados, todavia, não podem envolver a infância, mesmo que haja consentimento parental. O “considerando” 71 do GDPR estatui

³⁸⁵ Ibidem.

³⁸⁶ Neste sentido também está o seguinte trecho do “considerando” 58 do GDPR: (...) . Uma vez que as crianças merecem proteção específica, sempre que o tratamento lhes seja dirigido, qualquer informação e comunicação deverá estar redigida numa linguagem clara e simples que a criança compreenda facilmente.” (Tradução livre) (**General Data Protection Regulation - GDPR**. Disponível em: <https://gdpr-info.eu/>. Acesso em: 11 jan. 2024.)

³⁸⁷ Ibidem.

³⁸⁸ **General Data Protection Regulation - GDPR**. Disponível em: <https://gdpr-info.eu/>. Acesso em: 11 jan. 2024.

que a criança não pode ser sujeita a uma decisão a qual poderá incluir uma medida que avalie aspectos pessoais que lhe digam respeito, que se baseie exclusivamente no tratamento automatizado e a qual produza efeitos jurídicos que lhe digam respeito ou a afetem significativamente, tais como a recusa automática de um pedido de crédito por via eletrônica ou práticas de recrutamento eletrônico sem qualquer intervenção humana.³⁸⁹

Os modelos estadunidense e europeu de proteção de dados ora apresentados influenciaram a elaboração da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD -Lei nº 13.709/2018) brasileira, que trata no Capítulo II, especificamente na Seção III (artigo 14), sobre o tratamento de dados pessoais da criança e do adolescente. No § 1º do artigo 14 está disposto que o tratamento de dados pessoais de crianças deve ser realizado mediante consentimento “específico e em destaque dado por pelo menos um dos pais ou pelo responsável legal”.³⁹⁰

A verificação do consentimento parental deve ser realizada pelo controlador mediante “esforços razoáveis” e considerando as “tecnologias disponíveis” (artigo 14, §5º). 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”, de acordo com o artigo 14, §2º, da LGPD. Esta mesma lei impõe que os controladores não deverão condicionar a participação das crianças “em jogos, aplicações de internet ou outras atividades ao fornecimento de informações pessoais além das estritamente necessárias à atividade” (artigo 14, §4º, da Lei nº 13.709/2018) ³⁹¹ - o aspecto da “gamificação” foi visto no subcapítulo 2.3. deste trabalho.

Em continuidade à exploração da LGPD, esta legislação pátria dispensa a regra do consentimento parental no caso de dados da infância 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 dos pais ou responsáveis da criança (artigo 14, §3º, da LGPD).³⁹²³⁹³ Esta limitação induz à compreensão de que o tratamento de dados pessoais da criança no Brasil só é possível com

³⁸⁹ Ibidem.

³⁹⁰ BRASIL. Lei 13.709, de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). **Diário Oficial da União, Brasília**, 15 ago. 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm. Acesso em: 01 jul. 2023.

³⁹¹ Ibidem.

³⁹² Ibidem.

³⁹³ Há a previsão, assim, de que somente podem ser coletados dados de crianças sem consentimento parental para urgências relacionadas a entrar em contato com pais ou responsáveis e/ou para proteção da criança e do adolescente. (BRASIL. Serpro. **O que são dados sensíveis, de acordo com a LGPD**. Disponível em: <https://www.serpro.gov.br/lgpd/menu/protecao-de-dados/dados-sensiveis-lgpd#:~:text=Sem%20o%20consentimento%2C%20s%C3%B3%20pode,e%20para%20um%20fim%20definido>. Acesso em: 10 jan. 2024.)

consentimento parental prévio ou nas situações excepcionais alinhadas no § 3º do art. 14 citado, ou seja, não se aplicaria a essa população outras hipóteses legais de tratamento previstas no art. 7º da LGPD.³⁹⁴

A opção pelo consentimento parental para a coleta e o tratamento de dados pessoais de crianças no Brasil é, portanto, bastante discutível e, assim como nos outros países, enfrenta dificuldades para sua realização. Deveras constitui atividade trabalhosa assegurar que crianças não terão acesso direto a produtos e serviços coletadores de dados pessoais, assim como é difícil garantir que o consentimento para tal obtenção de dados foi empreendido por seus pais ou responsáveis.

Autores como Tarcísio Teixeira e Isabela Cristina Sabo propõem que os pais manifestem o consentimento com o cumprimento de outras exigências a mais - isto é, para um consentimento devidamente verificável, não valerá apenas o “clique e aceite” triviais nos termos de uso e políticas de privacidade, por exemplo. Eles sugerem “um cadastro verídico a ser avaliado pelo fornecedor e demais intermediários, autorização por escrito e assinada pelos pais, entre outros”.³⁹⁵ Essas recomendações combinam com o preconizado no §312.5 do COPPA, que elenca os seguintes métodos de verificação do consentimento parental:

(i) fornecer um formulário de consentimento a ser assinado pelos pais e devolvido ao operador por correio, fax ou digitalização eletrônica; (ii) exigir que um dos pais, em conexão com uma transação monetária, use um cartão de crédito, cartão de débito ou outro sistema de pagamento on-line que forneça notificação de cada transação distinta ao titular principal da conta; (iii) fazer com que um dos pais ligue para um número de telefone gratuito com pessoal treinado; (iv) ter um dos pais conectado a esta equipe especializada por meio de videoconferência; (v) verificar a identidade dos pais mediante um formulário de identificação emitido pelo governo em bancos de dados de tais informações, onde esta identificação é excluída pelo operador de seus registros imediatamente após a conclusão dessa verificação.³⁹⁶

Tais medidas se mostram razoáveis e possíveis de serem replicadas no Brasil, o que permite sustentar que a mera aceitação de termos e demais documentos autorizativos de uso de dados infantis por parte de seus responsáveis legais não é suficiente para comprovar o

³⁹⁴ BRASIL. Lei 13.709, de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). **Diário Oficial da União, Brasília**, 15 ago. 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/113709.htm. Acesso em: 01 jul. 2023.

³⁹⁵ TEIXEIRA, Tarcísio; SABO, Isabela Cristina. O uso da tecnologia da informação e a validade jurídica dos negócios realizados por crianças e adolescentes: Uma análise de sua hipervulnerabilidade nas relações de consumo virtuais. **Revista de Direito do Consumidor**, [s.l.], v. 104, p.257-283, mar.-abr. 2016. Bimestral.

³⁹⁶ FEDERAL TRADE COMMISSION. **Children's Online Privacy Protection Rule ("COPPA")**. Disponível em: <https://www.ftc.gov/legal-library/browse/rules/childrens-online-privacy-protection-rule-coppa>. Acesso em 11 jan. 2024.

devido consentimento. Aliás, estas medidas supracitadas podem ser utilizadas para a verificação do consentimento parental pelos controladores de dados, determinada no artigo 14, §5º, da LGPD.

No tocante à coleta e tratamento de dados de crianças para fins de interesse público, está é permitida sem consentimento parental quando for indispensável em situações ligadas: a uma obrigação legal; a políticas públicas; a estudos via órgão de pesquisa; a um direito, em contrato ou processo; à preservação da vida e da integridade física de uma pessoa; à tutela de procedimentos feitos por profissionais das áreas da saúde ou sanitária; à prevenção de fraudes contra o titular.³⁹⁷

Já na hipótese de divergência dos pais ou responsáveis legais da criança com o ato de consentimento de obtenção dos dados dela, defende-se que seja possível a retratação desse consentimento, à exemplo do que já é chancelado pelo regramento de dados europeu (GDPR). Neste Regulamento, está estabelecido no artigo 7º. 3 que o titular dos dados tem o direito de retirar o seu consentimento no tratamento de dados a qualquer momento.³⁹⁸

Tal providência, nos termos do GDPR, não compromete a licitude do tratamento efetuado com base no consentimento previamente dado. Essa possibilidade de “exclusão de consentimento” deve ser informada ao titular dos dados antes da ocorrência da manifestação de vontade inclusive, devendo o consentimento ser fácil de retirar e de ser concedido.³⁹⁹ É cabível, ainda, que a própria criança, quando adulta, possa remover seu consentimento, conforme artigo 17, 1, f, do GDPR, já abordado neste tópico.⁴⁰⁰

Constata-se, diante este cenário legislativo, que a regra do consentimento parental tanto na legislação protetiva de dados dos Estados Unidos da América, quanto da União Europeia e assim como é no Brasil é de extremos: ou se tem uma autorização genérica para a obtenção desses dados ou não se pode tratar os dados de forma alguma, em virtude da ausência do consentimento. Para Fernando Eberlin, esta perspectiva é individualista e patrimonialista, distante do valor coletivo e social que os dados pessoais da criança podem ter, duelando entre si os interesses de privacidade e proteção das crianças e os interesses

³⁹⁷ BRASIL. Serpro. **O que são dados sensíveis, de acordo com a LGPD**. Disponível em: <https://www.serpro.gov.br/lgpd/menu/protecao-de-dados/dados-sensiveis-lgpd#:~:text=Sem%20o%20consentimento%2C%20s%C3%B3%20pode,e%20para%20um%20fim%20definido>. Acesso em: 10 jan. 2024.

³⁹⁸ **General Data Protection Regulation - GDPR**. Disponível em: <https://gdpr-info.eu/>. Acesso em: 11 jan. 2024.

³⁹⁹ Ibidem.

⁴⁰⁰ Ibidem.

patrimoniais de empresas que queiram explorar tais informações para finalidades econômicas.⁴⁰¹

Aliado a isto, tem-se a crítica de que a exigência legal do consentimento parental para todos os tipos de atividades virtuais exercidas pelas crianças, independentemente do nível de complexidade dessas práticas, pode ser excessiva e conduzir os pais e responsáveis à denominada “fadiga de consentimentos”, o que equivale dizer que chega-se a um processo de manifestação de vontade que não corresponde a uma escolha coerentemente refletida, tornando-se uma ação irritante, que atribui à suposta proteção pelo consentimento parental um caráter meramente ilusório.⁴⁰²

Pode recair sobre os pais, ainda, a responsabilidade dos efeitos do monitoramento comportamental de crianças no ambiente digital, no sentido de que o consentimento autoriza quaisquer práticas do mercado, restando nenhuma responsabilidade às empresas ou “sites” que coletam os dados.⁴⁰³ Macenaite e Kosta discutiram sobre três aspectos nesta seara que merecem ser ponderados: convém ter uma redução na grande confiança dada ao mecanismo do consentimento parental, assim como é preciso diminuir a responsabilidade dos pais pela proteção jurídica dos dados pessoais infantis, elevando as atribuições e responsabilidades dos controladores desses dados. Segundo estas autoras, caberia à lei proibir as empresas de realizar práticas indesejáveis no tratamento de dados pessoais mediante restrições nas atividades de tais controladores.⁴⁰⁴

Outro ponto problemático é a realidade de adoção de contratos de adesão para serviços e produtos virtuais, formatados normalmente como textos longos e de intensa utilização de termos técnicos, sem viabilidade para ajustes entre as partes. Nisto são retomadas questões já aludidas neste trabalho, como falta de instrução e de entendimento de

⁴⁰¹ EBERLIN, Fernando Büscher von Teschenhausen. **Direitos da Criança na Sociedade da Informação: Ambiente Digital, Privacidade e Dados Pessoais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 196-197.

⁴⁰² MACENAITE, Milda. From universal towards child-specific protection of the right to privacy online: Dilemmas in the EU General Data Protection Regulation. **New Media & Society**, [s.l.], v. 19, n. 5, p.773, 16 jan. 2017. SAGE Publications. Disponível em: <https://journals.sagepub.com/doi/10.1177/1461444816686327>. Acesso em: 15 jan. 2024.

⁴⁰³ “É também muito importante destacar que as famílias e as próprias crianças não são as únicas responsáveis pela sua própria segurança e pleno desenvolvimento e que a relação entre os usuários e as empresas de tecnologia não se dá em nenhuma medida de forma horizontal.” (INSTITUTO ALANA; INTERNETLAB. **O direito das crianças à privacidade: obstáculos e agendas de proteção à privacidade e ao desenvolvimento da autodeterminação informacional das crianças no Brasil. Contribuição conjunta para o relator especial sobre o direito à privacidade da ONU**. São Paulo, 2020, p. 29.)

⁴⁰⁴ MACENAITE, Milda; KOSTA, Eleni. Consent for processing children’s personal data in the EU: following in US footsteps? **Information & Communications Technology Law**, [s.l.], v. 26, n. 2, p.187, 4 maio 2017. Informa UK Limited. Disponível em: <https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/13600834.2017.1321096>. Acesso em: 12 jan. 2024.

pais e responsáveis para a leitura destes documentos, desatenção a estes ou até desconsideração do teor destes termos para simples adesão ao produto/serviço. Simone Hof inquiriu o papel do consentimento parental neste tema, uma vez que, geralmente, o ato de consentir significa, na verdade, adquirir ou não o que é ofertado virtualmente (“pegar ou largar”).⁴⁰⁵

Neste ínterim pode incidir, igualmente, a situação de falta de controle dos pais sobre as atividades virtuais dos filhos ou ausência desses responsáveis legais em casos que tenham coleta de dados da criança. Nada obsta a possibilidade das crianças forjarem o consentimento dos pais para uso de produto ou serviço que lhes convêm. Ainda que haja consentimento formal dos pais, pode acontecer deles não acompanharem os filhos na utilização dos serviços, tendo “pouca ou nenhuma influência em relação aos conteúdos acessados, à forma de utilização e aos dados efetivamente fornecidos pelas crianças”.⁴⁰⁶

A proteção efetiva dos dados infantis, por continuidade, depende da natureza, do uso conferido aos dados coletados e da qualidade da informação transmitida para a criança que terá seus dados pessoais tratados. Deste modo, somente o consentimento expresso pelos pais até certa idade e pelas próprias crianças em determinado momento da vida será insuficiente para a proteção dos dados pessoais.⁴⁰⁷

Neste horizonte de proteção de dados pessoais, percebe-se que o consentimento parental é utilizado somente para aceitação ou não de coleta de dados na Internet em atos feitos diretamente pelos titulares (as crianças), quando estes usam programas, jogos e outros aplicativos. Os dados compartilhados por adultos sobre as crianças, como nas situações de pais, colégios ou outras instituições que postam informações em redes sociais sobre seus filhos ou alunos, não são abrangidos nesta regra do consentimento.⁴⁰⁸

Mais uma dificuldade que pode afetar a aplicação do consentimento de pais ou responsáveis sobre os dados pessoais infantis é saber se as crianças estão, de fato, acessando produtos ou serviços virtuais próprios para sua classificação etária. Nos casos de “sites” ou outros produtos cujo público-alvo seja o adulto, dificilmente existirão mecanismos de

⁴⁰⁵ HOF, Simone Van Der. I agree... or do I? A right-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://scholarlypublications.universiteitleiden.nl/access/item%3A2944101/view>. Acesso em: 05 dez. 2023.

⁴⁰⁶ EBERLIN, Fernando Büscher von Teschenhausen. **Direitos da Criança na Sociedade da Informação: Ambiente Digital, Privacidade e Dados Pessoais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 206.

⁴⁰⁷ Ibidem, p. 206.

⁴⁰⁸ Ibidem, p. 207.

proteção técnica ou jurídica para inibir o acesso de crianças, sendo desejável a determinação de critérios identificadores de “sites” que as crianças possam acessar, por exemplo.⁴⁰⁹

Prosseguindo neste raciocínio, nota-se que muitos pais e responsáveis não detêm tanto conhecimento acerca de determinados jogos e aplicativos que os filhos se interessam, podendo, desta forma, ter menos condições de compreensão do tipo de informação que está sendo tratada. Nestes casos, eventualmente, os pais consentindo em nome dos filhos podem engatilhar situações de maior vulnerabilidade a estas crianças, ainda que não queiram e saibam disto.⁴¹⁰

Outro aspecto merecedor de atenção na discussão do consentimento parental é o de controle ou monitoramento excessivo dos pais sobre as atividades das crianças no ambiente digital, o que interfere em demasia na privacidade delas, ou os pais realizarem uma exposição exorbitante das informações pessoais da criança, contrária, à vontade dela, como postagens de fotos em redes sociais - o que também influencia no direito de personalidade da privacidade infantil. O tratamento de dados pessoais, oportunamente, possui um caráter de direito personalíssimo, sendo contestável o consentimento outorgado por terceiros, mesmo que estes sejam os pais ou responsáveis.⁴¹¹

O consentimento parental consiste em regra questionável no ambiente digital diante das ponderações elencadas acima.⁴¹² Contudo, a vedação integral de coleta de dados é impraticável na sociedade de informação ora vivenciada e somente o consentimento da própria criança em qualquer tipo de coleta e em qualquer condição na qual ela se encontra é inviável, sendo perigoso para sua integridade em geral.

A análise proposta, então, é a de se discutir o paradigma do consentimento parental como regra exclusiva ou mais importante para concessão de autorização de tratamento de dados pessoais infantis observando outras hipóteses adicionais a esta manifestação. Como

⁴⁰⁹ Ibidem, p. 207

⁴¹⁰ EBERLIN, Fernando Büscher von Teschenhausen. **Direitos da Criança na Sociedade da Informação: Ambiente Digital, Privacidade e Dados Pessoais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 209.

⁴¹¹ Ibidem, p. 208.

⁴¹² “A reforçar essa ideia, manifesto produzido em 2021 pela UNICEF sobre Governança de Dados de Crianças, a partir de consultas públicas e contribuições de especialistas, chama atenção para a insuficiência da ideia de consentimento como mecanismo apto a proteger os direitos das crianças: **Interpretações restritivas, que fazem a proteção de dados de crianças equivaler ao “consentimento para o tratamento de dados”, desoneram Estados, empresas e outras organizações da responsabilidade** pelo uso prejudicial de dados pessoais e violações de privacidade. Há um desequilíbrio de poder entre o esforço dos coletores de dados para capturar maiores quantidades de dados e a capacidade das famílias e crianças de se protegerem em um mundo digital cada vez mais complexo.²⁹ (tradução livre, grifos no original).” (BRASIL. Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD). **Estudo Preliminar** - Hipóteses legais aplicáveis ao tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes. Set. 2022, p. 13. Disponível em: <https://www.gov.br/anpd/pt-br/documentos-e-publicacoes/estudo-preliminar-tratamento-de-dados-crianca-e-adolescente.pdf>. Acesso em: 15 jan. 2024.)

este debate envolve o melhor interesse da criança e a tutela necessária de dados, essas proposições alternativas ou complementares serão abordadas no subcapítulo seguinte.

3.2. Proposições alternativas (ou complementares) ao consentimento parental para melhor tratamento e proteção de dados pessoais infantis no espaço virtual

O consentimento parental, nos moldes observados no COPPA, no GDPR e na LGPD, tem sido alvo de críticas especializadas e, muitas vezes, destoa da concepção da criança como sujeito de direitos. Outro ponto refutável é o de que o presente modelo de tratamento de dados infantis, por meio desta regra de consentimento, denota um significado individualista e patrimonialista de dados pessoais⁴¹³, o que contraria a ideia de construção de uma função social para estes dados.

Por tais motivos é que serão propostas alternativas ou complementações a este tipo de manifestação formal, empregando princípios existentes na legislação, bem como usando regras que, aliadas a essa base principiológica, atendam ao máximo os interesses dos titulares de dados e dos controladores destes.

A LGPD já apresenta um rol de princípios expressivos que compactuam com a proteção de dados pessoais, ajudando na regulamentação e no tratamento de dados pessoais da infância. Os direitos fundamentais de liberdade, de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural são enunciados como fundamentos no artigo 1º deste regramento.

A autodeterminação informativa, a liberdade de expressão, de informação, de comunicação e de opinião, a inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem, o desenvolvimento econômico e tecnológico e a inovação, a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor, e os direitos humanos, a dignidade e o exercício da cidadania pelas pessoas naturais são diretrizes essenciais insculpidas artigo 2º da Lei nº 13.709/2018, assim como o princípio do melhor interesse da criança no artigo 14, como indicado anteriormente.⁴¹⁴

Outros dispositivos contidos em legislações nacionais como o Código de Defesa do Consumidor, o Estatuto da Criança e do Adolescente e o Marco Civil da Internet podem

⁴¹³ Danilo Doneda pontuou que, em sistemas patrimonialistas, o consentimento assume conotação predominantemente legitimadora “ao servir como instrumento para colocar os dados pessoais no mercado e proporcionar, se levarmos a um efeito extremo, a chamada *commodification* dos dados pessoais”. (DONEDA, Danilo. **Da Privacidade à Proteção de Dados Pessoais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 373.)

⁴¹⁴ BRASIL. Lei 13.709, de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). **Diário Oficial da União, Brasília**, 15 ago. 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/113709.htm. Acesso em: 01 jul. 2023.

igualmente, por analogia, auxiliar na aplicação e na interpretação normativa do tratamento de dados pessoais das crianças.

Esta articulação legislativa, por oportuno, pode orientar as empresas rumo a uma prestação de serviços associada à coleta de dados infantis que seja mais responsável, com práticas como maior rigidez nas configurações de privacidade e proibição de compartilhamento de dados com terceiros ou para publicidade, sendo tais dados direcionados ao melhoramento dos próprios serviços ofertados. Nos casos de alto risco de afronta à privacidade infantil, é recomendável que as instituições empreguem métodos adicionais de informação extraídos do CDC, do ECA, do MCI e da LGPD para a solução de dilemas práticos nesse tratamento de dados.

O ideal é a construção de um ambiente de regulação de dados de crianças adequado ao estofo jurídico existente e interligado aos interesses do mercado, mas de forma comprometida com os princípios elencados acima e na responsabilização de agentes causadores de danos ao interesse infantil neste espaço cibernético - sem tolher os direitos de privacidade, participação e a autonomia dessas pessoas. Deste modo, os prestadores de serviços a esta população podem coletar dados pessoais com fundamento em outras hipóteses legais, como as previstas no artigo 7º da LGPD.

Uma outra proposição, nos casos de reduzido risco à privacidade das crianças, consiste no aprimoramento do dever de informação das empresas. A proposta é de que os termos e as políticas destinadas a esta população sejam escritos de modo extremamente simples para que as crianças tenham entendimento de seus conteúdos. O modo de apresentação dessa informação deve prezar pelo tipo de serviço prestado, a faixa etária da criança e a própria dinâmica do “site” ou aplicativo. Nos casos de maiores prejuízos à privacidade, porém, considerar o consentimento vinculado às hipóteses mencionadas mostra-se uma medida mais prudente.⁴¹⁵

Estas providências se mostram funcionais no caso das empresas oferecerem produtos e serviços sob a égide da privacidade por definição, acatando os princípios gerais já alinhavados para atuação no espaço digital e se, de fato, padronizarem contratos e ofertas com disposições mais transparentes e acessíveis às crianças. A ingerência estatal nesta seara é também desejável

⁴¹⁵ Alessandro Mantelero compreende que o mecanismo de consentimento deve ser objeto de revisão nas hipóteses em que os consumidores não tenham condições de entendimento do tratamento conferido aos seus dados pessoais ou que eles não possam efetivar decidir sobre tal tratamento. Caberá às autoridades de controle reforçarem sua atuação, pois estas têm mais conhecimento técnico que os consumidores para a avaliação de riscos e a adoção de medidas de mitigação desses danos. (MANTELERO, Alessandro. The future of consumer data protection in the E.U. Re-thinking the “notice and consent” paradigm in the new era of predictive analytics. **Computer Law & Security Review**, [s.l.], v. 30, n. 6, p.649, dez. 2014. Elsevier BV. Disponível em: <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S026736491400154X?via%3Dihub>. Acesso em: 17 jan. 2024.)

para assegurar o equilíbrio da ordem econômica, definir os princípios orientadores das práticas dos agentes atuantes nesta ordem, além de promover a instituição e a garantia de mecanismos efetivos de reparação de danos e de punição aos desvios de conduta.⁴¹⁶

A atuação conjunta das empresas e do Estado na proteção de dados pessoais é imprescindível para a concretização de mecanismos efetivos, técnicos, viáveis e juridicamente aceitáveis para o tratamento das informações pessoais, em um sistema de correção que pode ser bastante propositivo.⁴¹⁷ O dilema da proteção de dados pessoais não pode ser enfrentado por uma dinâmica de contraposição entre a lei e a autorregulamentação.⁴¹⁸

O estabelecimento de regras para o ambiente digital apenas por parte das empresas, sem princípios diretivos ou imposição de penalidades pelo Estado, pode desregular a defesa e a proteção dos titulares de dados pessoais e de terceiros, questão que se torna mais sensível no que tange à tutela da população infantil.⁴¹⁹ O sistema misto de regulação ou uma correção, o qual alie a autorregulação empresarial com a supervisão do Estado, configura uma proposta intermediária para equilibrar o interesse econômico e o melhor interesse da criança no ambiente digital, fluindo para um tratamento mais ético dos dados pessoais.

Medidas exemplificativas neste sentido são as empresas assumirem compromissos ou adesões voluntárias a programas para filtrar conteúdos indevidos ou ações no intuito de promover segurança cibernética.⁴²⁰ A regulação das técnicas publicitárias empregadas para o “marketing” direcionado ao consumidor infantil, mediada pelo ordenamento jurídico com disposições na Constituição Federal de 1988 e no Código de Defesa do Consumidor, indicam a clareza dos princípios destinados à proteção e à prevenção a danos para esta população, com papéis fiscalizatórios e punitivos do Estado bem definidos, igualmente.

Concomitante a isto, tem-se a autorregulação privada do tema liderada pela ação do Conselho Nacional Auto Regulamentação Publicitária (CONAR). A correção, assim,

⁴¹⁶ EBERLIN, Fernando Büscher von Teschenhausen. **Direitos da Criança na Sociedade da Informação: Ambiente Digital, Privacidade e Dados Pessoais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 235.

⁴¹⁷ EBERLIN, Fernando Büscher von Teschenhausen. **Direitos da Criança na Sociedade da Informação: Ambiente Digital, Privacidade e Dados Pessoais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 235.

⁴¹⁸ RODOTÀ, Stefano. **A vida na sociedade da vigilância – a privacidade hoje**. Tradução: Danilo Doneda e Luciana Cabral Doneda. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 151.

⁴¹⁹ “A prática confirma que são basicamente entidades que detêm interesse primário ou secundário na exploração da atividade de tratamento dos dados pessoais que costumam participar efetivamente da formulação destas normas, revelando um conflito de interesses dificilmente sanável”. (DONEDA, Danilo. **Da Privacidade à Proteção de Dados Pessoais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 366.)

⁴²⁰ OECD. **The Protection of Children Online**: Report on risks faced by children online and policies to protect them. [s.l]: Oecd, 2012, p. 43. Disponível em: https://www.oecd-ilibrary.org/science-and-technology/the-protection-of-children-online_5kgcjf71pl28-en. Acesso em: 20 dez. 2023.

emprega o conhecimento do mercado sobre os negócios empresariais e não distancia a fiscalização e a punição estatais, no intuito de garantir os princípios e os direitos fundamentais insculpidos na legislação.⁴²¹

Na LGPD, dois dispositivos podem contribuir para a correção ora detalhada. O artigo 50, “caput”, da Lei nº 13.709/2018, que trata das boas práticas e governança, assim dispõe:

Art. 50. Os controladores e operadores, no âmbito de suas competências, pelo tratamento de dados pessoais, individualmente ou por meio de associações, poderão formular regras de boas práticas e de governança que estabeleçam as condições de organização, o regime de funcionamento, os procedimentos, incluindo reclamações e petições de titulares, as normas de segurança, os padrões técnicos, as obrigações específicas para os diversos envolvidos no tratamento, as ações educativas, os mecanismos internos de supervisão e de mitigação de riscos e outros aspectos relacionados ao tratamento de dados pessoais.⁴²²

Com esta previsão, fica evidenciado que as empresas não regulam a proteção de dados pessoais, porém é possível uma definição de regras correguladas, com a vigilância e a tutela estatais, e utilizando os conhecimentos técnico-operacionais das empresas para essa formulação. Outra disposição contida na LGPD que favorece a correção é a que trata do Conselho Nacional de Proteção de Dados Pessoais e da Privacidade (artigo 58-A), espaço coletivo, composto por 23 representantes advindos do Poder Público e da sociedade civil organizada, que podem deliberar sobre criação de normas conciliadoras dos interesses empresariais e estatais, harmonizando-os para a proteção dos dados pessoais.⁴²³

Nota-se, destarte, que a legislação de proteção de dados pode auxiliar na redução de assimetrias informacionais por tentar reequilibrar as relações de poder, porquanto estabelece limites para o que está ou não no campo do consentimento. Entretanto, o efetivo controle dos dados pessoais não é dos titulares deles, por força de elementos tecnológicos e organizacionais que atribuem esta ação ao controlador de dados. Por isto defende-se a correção como medida importante para o tratamento e a concessão de dados⁴²⁴, assim

⁴²¹ EBERLIN, Fernando Büscher von Teschenhausen. **Direitos da Criança na Sociedade da Informação: Ambiente Digital, Privacidade e Dados Pessoais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 237.

⁴²² BRASIL. Lei 13.709, de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). **Diário Oficial da União, Brasília**, 15 ago. 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/113709.htm. Acesso em: 01 jul. 2023.

⁴²³ Ibidem.

⁴²⁴ Aprofundando esta defesa, em consonância com o apontado em pesquisa do InternetLab e do Instituto Alana, a proteção das crianças no ambiente digital, bem como de sua privacidade, requerem ações multidimensionais, em práticas que ultrapassam o consentimento e envolvem diversos atores, como os pais, os agentes de tratamento de dados, organizações da sociedade civil e os órgãos públicos. (INSTITUTO ALANA; INTERNETLAB. **O direito das crianças à privacidade: obstáculos e agendas de proteção à privacidade e ao desenvolvimento da**

como se sustenta que o consentimento parental não pode figurar como regra taxativa ou definitiva para a obtenção dos dados pessoais infantis, mas sim configurar uma medida protetiva para as crianças em casos específicos.

A análise sobre a adequação de uma tomada de decisão de forma direta pela criança deve ser feita casuisticamente, considerando a natureza da decisão a ser assumida, o contexto no qual a criança está inserida e as suas características pessoais. O critério de razoabilidade deve prevalecer no caso concreto, o que equivale afirmar que a preservação da infância precisa ser priorizada - isto é, ela não pode ser precocemente incluída no âmbito das atribuições, responsabilidades e deveres da vida adulta -, contudo a autonomia progressiva dessa população não pode ser descartada em algumas decisões mais simples atinentes aos seus interesses.⁴²⁵

Em eventuais situações que impliquem em decisões que possam ser postergadas, entende-se que é possível aguardar o desenvolvimento infantil e maior alcance da maturidade para que a própria pessoa assuma o processo de tomada de decisão no futuro. Ademais, é imperiosa a cobrança de responsabilidade para o controlador de dados pessoais, impondo aos provedores a criação de ferramentas que permitam a gestão do consentimento, inclusive com opção pelo apagamento de dados, a retificação deles, a oposição ao tratamento de dados ou a anonimização das informações coletadas.⁴²⁶

A regulação do ambiente digital, assim, não pode estar centrada na limitação de ferramentas de coleta de dados pessoais ou se restringir a mecanismos de obtenção de dados como o consentimento parental. Para que o tratamento de informações atinja sua função social, uma atividade regulatória mais efetiva se relaciona com o desenvolvimento de propostas alternativas para o controle de uso de dados pessoais, tais como a correção sustentada em princípios da CRFB/1988 e da legislação esparsa, incluindo os constantes na LGPD.

Além disso, é válido insistir na punição de agentes de tratamento de dados pessoais pelo uso indevido desses dados e pela afronta a direitos fundamentais como o da privacidade. A LGPD prevê tal responsabilização e aplicação de penalidades aos agentes que transgridem esta norma (artigo 42), assim com dispõe sobre penalidades administrativas (artigo 52), sob

autodeterminação informacional das crianças no Brasil. Contribuição conjunta para o relator especial sobre o direito à privacidade da ONU. São Paulo, 2020, p. 30.)

⁴²⁵ EBERLIN, Fernando Büscher von Teschenhausen. **Direitos da Criança na Sociedade da Informação: Ambiente Digital, Privacidade e Dados Pessoais.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 243-244.

⁴²⁶ Ibidem, p. 243-244.

o condão de atuação da Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD) - artigo 55-A e seguintes da Lei nº 13.709/2018.⁴²⁷

A ANPD, oportunamente, em Estudo Preliminar divulgado em setembro de 2022 avaliou as possíveis hipóteses legais aplicáveis ao tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes, nos termos do artigo 14 da LGPD ora analisado. Neste Estudo, foram avaliadas três possíveis interpretações sobre tais hipóteses: (i) a aplicação do consentimento dos pais ou responsável legal, conforme artigo 14, §1º da LGPD, como única hipótese legal para o tratamento de dados pessoais de crianças; (ii) a aplicação exclusiva das hipóteses legais previstas no artigo 11 ao tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes, haja vista a sua equiparação aos dados sensíveis; e (iii) a aplicação das hipóteses legais previstas nos artigos 7º e 11 da LGPD ao tratamento de dados de crianças e adolescentes, desde que observado o princípio do melhor interesse.⁴²⁸

A primeira possibilidade de interpretação do regramento sobre tratamento de dados pessoais infantis - qual seja, a de exclusividade pela regra do consentimento parental - se mostrou insuficiente por existirem limitações jurídicas e dificuldades de aplicação prática desta regra, tendo em vista a potencialidade de se limitar o tratamento de dados pessoais mesmo quando considerado o melhor interesse da criança.⁴²⁹

Ademais, este modelo interpretativo sustenta a ilusória ideia de controle e de real efetividade do consentimento de pais e responsáveis em ambientes virtuais, podendo este consentimento não ser fornecido prezando pelo melhor interesse da criança. Atribuir-se-ia aos pais ou responsáveis ainda, conforme este estudo da ANPD, uma responsabilidade excessiva e exclusiva de avaliação do nível de atendimento do melhor interesse infantil nesse tratamento de dados.⁴³⁰

Além disto, a utilização da única hipótese legal de consentimento parental inviabilizaria outras demandas de tratamento de dados, tais como o cumprimento de obrigação legal ou realização de políticas públicas à população infantil, ensejando uma hierarquização entre as bases legais que não é preconizada pela LGPD.⁴³¹

⁴²⁷ BRASIL. Lei 13.709, de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). **Diário Oficial da União, Brasília**, 15 ago. 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm. Acesso em: 01 jul. 2023.

⁴²⁸ BRASIL. Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD). **Estudo Preliminar** - Hipóteses legais aplicáveis ao tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes. Set. 2022, p. 9. Disponível em: <https://www.gov.br/anpd/pt-br/documentos-e-publicacoes/estudo-preliminar-tratamento-de-dados-crianca-e-adolescente.pdf>. Acesso em: 15 jan. 2024.

⁴²⁹ Ibidem, p. 15.

⁴³⁰ Ibidem, p. 15-16.

⁴³¹ Ibidem, p. 16.

Já a segunda interpretação possível - a de aplicação exclusiva das hipóteses legais previstas no artigo 11 da LGPD para ao tratamento de dados de crianças, os quais seriam equiparados a dados sensíveis - não é viável porque impede, em tese, a utilização de determinadas hipóteses legais, tais como a do legítimo interesse, a de execução de contrato, da proteção ao crédito e a de execução de políticas públicas respaldadas em contratos, convênios ou instrumentos congêneres, mesmo nos casos em que o tratamento seja realizado primando pelo princípio do melhor interesse da criança.⁴³²

Esta segunda possibilidade interpretativa também não se revela factível por ser incompatível com a definição de dados sensíveis trazida na LGPD, a qual não abarcou, de maneira explícita, as categorias de titulares em seu rol, tais como dados de crianças e adolescentes.⁴³³

Já conforme uma terceira interpretação, o tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes pode ser realizado com amparo nas hipóteses legais previstas nos artigos 7º e 11 da LGPD, observados os requisitos legais aplicáveis e o princípio do melhor interesse, nos termos do art. 14 desta legislação.

O artigo 14, “caput”, versa sobre a regra do consentimento parental para este fim, como visto, mas o § 1º deste mesmo dispositivo legal não proibiu a aplicação das demais hipóteses legais, que não o consentimento, ao tratamento de dados pessoais de crianças. Neste sentido está, inclusive, o Enunciado 684 da IX Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal (“o art. 14 da LGPD não exclui a aplicação das demais bases legais, se cabíveis, observado o melhor interesse da criança”).⁴³⁴

A regra geral do artigo 14, “caput”, da LGPD, de que o tratamento de dados de crianças e adolescentes deve sempre ser realizado com base em seu melhor interesse precisa ser seguida. Ocorre que, eventualmente, este tratamento com base no consentimento pode contrariar o melhor interesse infantil, tal como acontece, por exemplo, caso o consentimento seja negado ao tratamento de dados necessários para atender a uma determinação legal, para

⁴³² BRASIL. Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD). **Estudo Preliminar** - Hipóteses legais aplicáveis ao tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes. Set. 2022, p. 18-19. Disponível em: <https://www.gov.br/anpd/pt-br/documentos-e-publicacoes/estudo-preliminar-tratamento-de-dados-crianca-e-adolescente.pdf>. Acesso em: 15 jan. 2024.

⁴³³ Ibidem, p. 19.

⁴³⁴ BRASIL. Conselho da Justiça Federal. **Enunciado nº 684 da IX Jornada de Direito Civil**. O art. 14 da Lei n. 13.709/2018 (Lei Geral de Proteção de Dados - LGPD) não exclui a aplicação das demais bases legais, se cabíveis, observado o melhor interesse da criança. Brasília, DF: CJF. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/1823>. Acesso em: 05 dez. 2023.

a execução de políticas públicas ou, ainda, para proteger a vida ou a incolumidade física da criança.⁴³⁵

Além disso, conforme explicado anteriormente, as características do consentimento - a rigor, livre, informado, inequívoco e passível de revogação - podem não ser observadas na prática, o que resulta na situação dessa base legal não ser a mais apropriada para determinados tipos de tratamento de dados pessoais.⁴³⁶

Por tal razão, a regra específica estabelecida no artigo 14, §1º, deve ser interpretada em harmonia com a regra geral prevista no “caput” do mesmo artigo: o consentimento para o tratamento de dados pessoais de crianças poderá ser utilizado, sempre de forma específica e em destaque, conferido por pelo menos um dos pais ou por responsável legal, desde que essa seja a hipótese legal mais adequada ao caso concreto e de acordo com o melhor interesse da criança.⁴³⁷

A regra estampada no artigo 14, §3º, da LGPD endossa esse entendimento. Como pontuado antes, este dispositivo autoriza a coleta de dados pessoais de crianças sem o consentimento parental em duas hipóteses: (i) para contatar os pais ou o responsável; e (ii) para a proteção da criança. Esta disposição também deve ser interpretada em harmonia com a regra geral estabelecida no “caput” do artigo 14, com prioridade ao melhor interesse da criança.

Deste modo, o tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes poderá ser realizado com base nas diferentes hipóteses legais previstas em lei, desde que observado o seu melhor interesse e em consonância com o caso concreto.⁴³⁸ Cumpre ressaltar nesta conjuntura o seguinte alerta da ANPD:

Vale ressaltar que esta interpretação não implica conferir um “cheque em branco” para o tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes. De forma diversa, em qualquer situação, o tratamento deverá ser realizado com maior cautela pelos controladores, sempre com vistas a atender ao princípio do melhor interesse de crianças e adolescentes. Nesse sentido, essa interpretação não impede que a ANPD venha a estabelecer restrições ao tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes em situações concretas específicas, inclusive quanto ao uso de

⁴³⁵ BRASIL. Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD). **Estudo Preliminar** - Hipóteses legais aplicáveis ao tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes. Set. 2022, p. 19. Disponível em: <https://www.gov.br/anpd/pt-br/documentos-e-publicacoes/estudo-preliminar-tratamento-de-dados-crianca-e-adolescente.pdf>. Acesso em: 15 jan. 2024.

⁴³⁶ BRASIL. Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD). **Estudo Preliminar** - Hipóteses legais aplicáveis ao tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes. Set. 2022, p. 19. Disponível em: <https://www.gov.br/anpd/pt-br/documentos-e-publicacoes/estudo-preliminar-tratamento-de-dados-crianca-e-adolescente.pdf>. Acesso em: 15 jan. 2024.

⁴³⁷ Ibidem, p. 20.

⁴³⁸ Ibidem, p. 20.

determinadas hipóteses legais, sempre que for necessário para garantir o respeito ao princípio do melhor interesse e dos demais princípios e regras previstos na LGPD e na legislação pertinente.⁴³⁹

Esta terceira interpretação sobre tratamento de dados pessoais infantis tem fulcro, portanto, na garantia do melhor interesse, critério estabelecido no “caput” do art. 14 da LGPD, e considera a realidade do caso concreto para que seja utilizado o consentimento parental ou não, nos moldes do §3º do artigo 14. A formalização dessa interpretação entendida como a mais apropriada para o tratamento de dados pessoais da infância no Brasil pela ANPD foi feita com a edição do Enunciado CD/ANPD nº 1, de 22 de maio de 2023, que assim dispõe:

O tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes poderá ser realizado com base nas hipóteses legais previstas no art. 7º ou no art. 11 da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD), desde que observado e prevalecente o seu melhor interesse, a ser avaliado no caso concreto, nos termos do art. 14 da Lei.⁴⁴⁰

Diante deste posicionamento da ANPD e tendo em vista as ponderações elencadas neste capítulo, especialmente, acerca da análise do instituto jurídico do consentimento na questão do tratamento de dados pessoais infantis e as proposições teóricas sobre o tema, este trabalho corrobora com as hipóteses iniciais desta pesquisa.

Ratifica-se, deste modo, a primeira hipótese de que a mera aplicação da regra do consentimento parental da LGPD se mostra insuficiente para o tratamento de dados pessoais da criança, sendo necessário utilizar hipóteses adicionais constantes nessa legislação, no ECA e na CRFB/1988, assim como dos tratados internacionais do quais o Brasil faz parte, mormente a Convenção sobre os Direitos da Criança.

Igualmente se faz necessário aplicar os princípios do melhor interesse da criança e da função social dos dados pessoais para auxiliar na interpretação das hipóteses legais indicadas acima, com eventual exercício do papel de regulação do Estado, confirmando também a segunda hipótese aventada neste trabalho.

⁴³⁹ Ibidem, p. 20.

⁴⁴⁰ BRASIL. Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD). Enunciado CD/ANPD nº 1, de 22 de maio de 2023. **Diário Oficial da União**, Brasília, 24 mai. 2023. Disponível em: <https://www.gov.br/anpd/pt-br/assuntos/noticias/anpd-divulga-enunciado-sobre-o-tratamento-de-dados-pessoais-de-criancas-e-adolescentes/Enunciado1ANPD.pdf/view>. Acesso em: 15 jan. 2024.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este trabalho almeja investigar o tratamento dispensado aos dados pessoais de crianças no Brasil, ou seja, das pessoas com idade de até doze anos incompletos, nos termos da legislação pátria. Buscou-se averiguar a adequação do marco regulatório hoje vigente para a tutela deste tema, qual seja, a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD - Lei nº 13.709/2018), em especial a regra do consentimento parental estabelecido no artigo 14 deste regramento, norma que dispõe que os dados das crianças poderão ser tratados desde que os pais ou responsáveis legais delas assim consentam previamente.

A discussão sobre tratamento de dados pessoais é influenciada pela consolidação de um modelo de sociedade ora vivenciado concebido como "sociedade de informação", marcado por uma estrutura econômica que monetiza a informação propriamente dita mediante o uso de Tecnologias da Informação e Comunicação (TICs). Para fomentar esta economia, os dados pessoais, incluindo os de crianças, precisam ser extraídos e commodificados. Tal processo está contido em uma proposta de reestruturação do capitalismo financeiro engendrado desde a década de 1980 denominado "capitalismo de vigilância".

No capitalismo de vigilância, a exploração de dados para fins comerciais é feita continuamente para a sustentação do "Big Data" e é um dos indicadores da não-neutralidade das redes. A partir dos dados coletados, os usuários podem ser identificados e individualizados, o que pode expor indevidamente a população infantil, grupo que integra o recorte temático deste trabalho, violando seus direitos personalíssimos.

A melhor regulação do tratamento de dados pessoais das crianças na LGPD, assim, se mostra relevante e urgente, pois a proteção de tais dados resguarda, em primeira instância, a dignidade da pessoa humana. O fluxo legislativo tumultuado que culminou na edição da LGPD em 2018 evidenciou a escolha do instituto do consentimento - livre, informado e inequívoco - para a coleta de dados. Em que pese ser esta figura renunciada no Marco Civil da Internet (MCI - Lei nº 12.965/2014) e ser basilar em outros regramentos protetivos de dados na comunidade internacional (tais como o COPPA e o GDPR), fato é que a manifestação do consentimento tem sido criticada por variados fatores, mormente no campo dos dados pessoais infantis.

Tal preocupação com o tratamento dos dados das crianças e a forma de obtenção destes via consentimento foi aumentada com a elevação do direito à proteção de dados pessoais à direito fundamental autônomo na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, a partir da promulgação da Emenda Constitucional nº 125/2022 sobretudo. Tem-

se agora um novo paradigma - de igualdade material ou substancial, em um Estado Democrático de Direito - na conjuntura de pós- modernidade que exige a primazia e a efetividade dos direitos fundamentais, em especial para populações historicamente minoritárias, como a infantil.

Neste ínterim, este trabalho teceu breve digressão acerca do conceito de infância, observando teorias como a da Epistemologia Genética de Jean Piaget, no intuito de compreender a trajetória da construção do papel da criança como sujeito em desenvolvimento e titular de direitos, com autonomia progressiva para as suas vivências no mundo, inclusive as digitais.

Compreendidas desta forma, as crianças são titulares de direitos fundamentais, como o de garantia de tutela de dados pessoais, tendo direitos de provisão, de participação e de proteção assegurados internacionalmente pela Convenção sobre os Direitos da Criança de 1959, entre outras jusgarantias promovidas no decurso da História em outros documentos normativos estrangeiros e nas Constituições brasileiras.

Neste diapasão, a Doutrina da Proteção Integral e o princípio do melhor interesse da criança foram absorvidos no texto constitucional de 1988, bem como no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA - Lei nº 8.069/1990), sendo que outras normas infraconstitucionais protetivas a esta população - inclusive no espaço virtual - podem ser interpretadas à luz da teoria do diálogo das fontes (aplicação simultânea, coerente e coordenada das diversas fontes legislativas em prol da infância, no caso), assim como podem ser consideradas direitos transversais, tendo em vista que a promoção dos direitos das crianças envolve a proteção de sua integridade/vulnerabilidade e o apoio ao livre desenvolvimento da personalidade e consagração de maior igualdade fática.

A hipervulnerabilidade da criança no mundo digital, por oportuno, foi passível de discussão neste trabalho por ter relação com a suficiência (ou não) do consentimento dos pais ou responsáveis legais no bojo do tratamento de dados pessoais infantis. Ainda que o conceito de vulnerabilidade tenha sido pioneiramente descortinado no Código de Defesa do Consumidor (CDC -Lei nº 8.078/1990), tal definição abarca a constatação de que as crianças se apresentam como sujeitos vulneráveis por força de suas condições peculiares atinentes à idade e ao discernimento/maturidade delas, em construção, sendo a vulnerabilidade digital estrutural e situacional prementes para estas pessoas no uso das redes.

Com estas ponderações, infere-se que, embora as crianças sejam "nativas digitais" e possam participar dos processos decisórios acerca do tratamento de seus dados de acordo com suas capacidades cognitivas, entre outras características pessoais próprias, elas

necessitam da mediação dos pais ou responsáveis legais para que essa concessão de dados seja adequada. A elaboração dialógica sobre a forma de tratamento de dados infantis deve ocorrer, a fim de se estabelecer uma cultura comportamental em âmbito digital que proteja as crianças de riscos e danos que possam alcançá-las até no futuro, bem como que permita o desenvolvimento saudável delas.

Destarte, a hipótese legal para o tratamento de dados desta população não deve estar restrita ao consentimento parental. É válido empregar outras hipóteses previstas nos artigos 7º e 11 da LGPD, tendo como diretrizes o princípio do melhor interesse da criança e a função social dos dados, na esteira do que a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD) igualmente entende, conforme Enunciado CD/ANPD nº 1, de 22 maio de 2023.

A articulação da LGPD com as disposições do ECA, do CDC e do MCI, outrossim, pode ser uma ferramenta hermenêutica útil e relevante neste contexto. Ademais, a correção das políticas e ações de tratamento de dados entre Estado e empresas deve ser implementada, cabendo a responsabilização dos agentes de tratamento nos casos de uso indevido de dados (fora da finalidade específica).

Outro encaminhamento interessante neste debate é o de estimular ou impor legalmente aos controladores de dados pessoais o dever de compartilhamento das informações por eles tratadas, a fim de que as empresas melhorem produtos e serviços, bem como para que o Estado aprimore políticas públicas direcionadas às crianças. Medidas como estas preservam a autodeterminação informativa, auxiliam no reforço da autonomia e no empoderamento gradativos das crianças e reproduzem o ideal de uma ordem jurídica que legitima a efetividade dos direitos fundamentais inclusive na ambiência digital.

REFERÊNCIAS

ALVES, Lynn Rosalina Gama; MINHO, Marcelle Rose da Silva; DINIZ, Marcelo Vera Cruz. Gamificação: diálogos com a educação. In: FADEL, Luciane Maria et al.(Org.). **Gamificação na educação**. São Paulo: Pimenta Cultural, 2014, p. 74-97. Disponível em: <http://repositoriosenaiba.fieb.org.br/handle/fieb/667>. Acesso em: 15 jan. 2024.

AMIN, André Rodrigues. Doutrina da proteção integral. In: MACIEL, Kátia (coord.). **Curso de Direito da Criança e do Adolescente: Aspectos Teóricos e Práticos**. - 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2010.

AQUINO, Yara Após denúncias de espionagem, governo pedirá agilidade na votação do Marco Civil da Internet. **Agência Brasil**, 08 jul. 2013. Disponível em: <http://memoria.ebc.com.br/agenciabrasil/noticia/2013-07-08/apos-denuncias-de-espionagem-governo-pedira-agilidade-na-votacao-do-marco-civil-da-internet>. Acesso em: 01 jul. 2023.

AZAMBUJA, Maria Regina Fay de. A publicidade e seus reflexos no desenvolvimento da criança: o papel da família na educação. In: PASQUALOTTO, Adalberto; ALVAREZ, Ana Maria Blanco Montiel. **Publicidade e proteção da infância**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. Cap. 4, p.68-89.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Tradução de Plínio Dentzein. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001, p. 139-141.

BAUMAN, Zygmunt; LYON, David. **Vigilância Líquida**. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.

BERNAL, Paul. Collaborative consent: Harnessing the strengths of the Internet for consent in the online environment. **International Review Of Law, Computers & Technology**, [s.l.], v. 24, n. 3, p.287-297, 29 out. 2010. Informa UK Limited. Disponível em:<https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/13600869.2010.522335>. Acesso em: 10 jan. 2024. <https://doi.org/10.1080/13600869.2010.522335>

BIONI, Bruno Ricardo. Inovar pela Lei. **Gv/Executivo**, v. 18, n. 4, jul/ago 2019, p. 31-33. Disponível em:<https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/gvexecutivo/article/view/79978>. Acesso em: 03 jul. 2023. <https://doi.org/10.12660/gvexec.v18n4.2019.79978>

BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de Dados Pessoais: a função e os limites do consentimento**. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

BIONI, Bruno; MONTEIRO, Renato Leite. Proteção de Dados Pessoais Como Elemento de Inovação e Fomento à Economia: O impacto econômico de uma lei geral de dados. In: REIA, Jhessica; FRANCISCO, Pedro Augusto P.; BARROS, Marina; MAGRANI, Eduardo. **Horizonte presente tecnologia e sociedade em debate**. Belo Horizonte: Casa do Direito; FGV, p. 232-248, 2019. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/27448/Horizonte%20presente%20%20tecnologia%20e%20sociedade%20em%20debate.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 02 jul. 2023.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**, trad. Carlos Nelson Coutinho. Nova ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRASIL. Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD). **Estudo Preliminar - Hipóteses legais aplicáveis ao tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes**. Set. 2022, 25 p. Disponível em: <https://www.gov.br/anpd/pt-br/documentos-e-publicacoes/estudo-preliminar-tratamento-de-dados-crianca-e-adolescente.pdf>. Acesso em: 15 jan. 2024.

BRASIL. Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD). Enunciado CD/ANPD nº 1, de 22 de maio de 2023. **Diário Oficial da União**, Brasília, 24 mai. 2023. Disponível em: <https://www.gov.br/anpd/pt-br/assuntos/noticias/anpd-divulga-enunciado-sobre-o-tratamento-de-dados-pessoais-de-criancas-e-adolescentes/Enunciado1ANPD.pdf/view>. Acesso em: 15 jan. 2024.

BRASIL. Comitê Gestor da Internet no Brasil. **TIC Kids Online Brasil: Pesquisa sobre o uso da internet por crianças e adolescentes no Brasil 2018**. São Paulo: Comitê Gestor da Internet no Brasil, 2019. Disponível em: <https://cetic.br/publicacao/pesquisa-sobre-o-uso-da-internet-por-criancas-e-adolescentes-no-brasil-tic-kids-online-brasil-2018/>. Acesso em: 03 jun. 2023.

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. **Enunciado nº 138 da III Jornada de Direito Civil**. A vontade dos absolutamente incapazes, na hipótese do inc. I do art. 3º é juridicamente relevante na concretização de situações existenciais a eles concernentes, desde que demonstrem discernimento bastante para tanto. Brasília, DF: CJF. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/215>. Acesso em: 05 dez. 2023.

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. **Enunciado nº 684 da IX Jornada de Direito Civil**. O art. 14 da Lei n. 13.709/2018 (Lei Geral de Proteção de Dados - LGPD) não exclui a aplicação das demais bases legais, se cabíveis, observado o melhor interesse da criança. Brasília, DF: CJF. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/1823>. Acesso em: 05 dez. 2023.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 01 jun. 2023.

BRASIL. Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Promulgação. **Diário Oficial da União**, Brasília, 06 jul. 1992. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm. Acesso em: 25 jun. 2023.

BRASIL. Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos. Promulgação. **Diário Oficial da União**, Brasília, 06 jul. 1992. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em: 25 jun. 2023.

BRASIL. Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990. Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. **Diário Oficial da União**, Brasília, 22 nov. 1990. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm. Acesso em: 25 jun. 2023.

BRASIL. Emenda Constitucional nº 115, de 10 de fevereiro de 2022. Altera a Constituição Federal para incluir a proteção de dados pessoais entre os direitos e garantias fundamentais e

para fixar a competência privativa da União para legislar sobre proteção e tratamento de dados pessoais. **Diário Oficial da União**, Brasília, 11 fev. 2022. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc115.htm#art1. Acesso em: 25 jun. 2023.

BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de junho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 16 jul. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8069.htm. Acesso em: 01 jun. 2023.

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 12 set. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em: 01 jun. 2023.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, 10 jan. 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 01 jun. 2023.

BRASIL. Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. **Diário Oficial da União**, Brasília, 24 abr. 2014. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm. Acesso em: 03 jul. 2023.

BRASIL. Lei 13.709, de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). **Diário Oficial da União, Brasília**, 15 ago. 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm. Acesso em: 01 jul. 2023.

BRASIL. Serpro. **O que são dados sensíveis, de acordo com a LGPD**. Disponível em: <https://www.serpro.gov.br/lgpd/menu/protecao-de-dados/dados-sensiveis-lgpd#:~:text=Sem%20o%20consentimento%2C%20s%C3%B3%20pode,e%20para%20um%20fim%20definido>. Acesso em: 10 jan. 2024.

BROCHADO, Ana Carolina; RETTORE Anna Cristina de Carvalho. O princípio do melhor interesse no ambiente digital. In: LATERÇA, Priscilla Silva; FERNANDES, Elora; TEFFÉ, Chiara Spadaccini de; BRANCO, Sérgio (Coords.). **Privacidade e Proteção de Dados de Crianças e Adolescentes**. Rio de Janeiro: Instituto de Tecnologia e Sociedade do Rio de Janeiro; Obliq, 2021.

BUCKINGHAM, David. Repensando a Criança-consumidora: Novas Práticas, Novos Paradigmas. **Comunicação, Mídia e Consumo**, São Paulo, V. 9, n. 25, p. 43-72, ago 2012. Disponível em: <http://revistacmc.espm.br/index.php/revistacmc/article/view/311>. Acesso em: 02 out. 2023. <https://doi.org/10.18568/cmc.v9i25.311>

Cambridge Analytica se declara culpada por uso de dados do Facebook. **Revista Exame**. Disponível em: <https://exame.com/tecnologia/cambridge-analytica-se-declara-culpada-por-uso-de-dados-do-facebook/>. Acesso em: 01 jul. 2023.

CANARIS, Claus- Wilhelm. **Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Tradução: Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2003.

CASTELLS, Manuel. **A era da informação**: economia, sociedade, e cultura: a sociedade em rede. São Paulo: Paz e Terra, 2016, v.1.

CASTELLS, Manuel. **A galáxia da internet**: Reflexões sobre a internet, os negócios e a sociedade. Rio de Janeiro: Editora Zahar, 2003.

CAVALCANTI, Ana Elizabeth Lapa Wanderley. O exercício do poder familiar e a Sociedade da Informação. In: PAESANI, Liliana Minardi. **O Direito na Sociedade da Informação II**. São Paulo: Atlas, 2009. Cap. 5. p. 89-107.

COMITÊ GESTOR DA INTERNET NO BRASIL. **Pesquisa sobre o uso da internet por crianças e adolescentes no Brasil**: TIC Kids Online Brasil 2019. São Paulo: Comitê Gestor da Internet no Brasil, 2020, 268 p. Disponível em: https://cetic.br/media/docs/publicacoes/2/20201123093344/tic_kids_online_2019_livro_eletronico.pdf. Acesso em: 10 dez. 2023.

CORRÊA, Luciana. **Geração YouTube**: Um mapeamento sobre o consumo e a produção infantil de vídeos para crianças de zero a 12 anos. Brasil – 2005-2016. 2016. ESPM Led Lab. Disponível em: <https://criancaeconsumo.org.br/biblioteca/geracao-youtube-um-mapeamento-sobre-o-consumo-e-a-producao-de-videos-por-criancas/>. Acesso em: 30 jun. 2023.

DONEDA, Danilo. A proteção dos dados pessoais como um direito fundamental. **Espaço Jurídico Journal of Law [EJLL]**, v. 12, n. 2, p. 91-108, dez. 2011. Disponível em: <https://portalperiodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/article/view/1315>. Acesso em: 10 jun. 2023.

DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DONEDA, Danilo. Panorama histórico da proteção de dados pessoais. In: DONEDA, Danilo *et al.* (coord.) **Tratado de proteção de dados pessoais**. São Paulo: RT, 2020.

DONEDA, Danilo; ROSSINI, Carolina. Proteção de dados de crianças e adolescentes na internet. In: COMITÊ GESTOR DA INTERNET NO BRASIL. **Pesquisa sobre o uso da internet por crianças e adolescentes no Brasil**: TIC Kids Online Brasil 2014. São Paulo: Comitê Gestor da Internet no Brasil, 2015, p. 37-46. Disponível em: https://cetic.br/media/docs/publicacoes/2/TIC_Kids_2014_livro_eletronico.pdf. Acesso em: 01 mai. 2023.

DUQUE, Marcelo Schenk. **Direito Privado e Constituição**: Drittwirkung dos direitos fundamentais. Construção de um modelo de convergência à luz dos contratos de consumo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

DUQUE, Marcelo Schenk. O significado da expressão eficácia horizontal dos direitos fundamentais. **Revista Novos Estudos Jurídicos** - Eletrônica, Vol. 26- n. 1 - Jan-Abr 2021, p. 250-271. Disponível em:

<https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/17584/10060>. Acesso em: 05 jun. 2023. <https://doi.org/10.14210/nej.v26n1.p250-271>

DUQUE, Marcelo Schenk. O transporte da teoria do diálogo das fontes para a teoria da constituição. In: MARQUES, Claudia Lima (Coord.). **Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

EAGLETON, Terry. **As ilusões do pós-modernismo**. Tradução Elisabeth Barbosa. São Paulo: Zahar, 1998.

FURTADO, Gabriel Rocha; BEZERRA, Daniel Teixeira. A (in)constitucionalidade da Medida Provisória nº 954/2020 no julgamento da ADI 6387: o marco jurisprudencial brasileiro do direito fundamental à proteção de dados pessoais. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a.12,n.1,p. 1-13, 2023.Disponível em: <https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/849>. Acesso em: 20 dez. 2023.

EBERLIN, Fernando Büscher von Teschenhausen. **Direitos da Criança na Sociedade da Informação: Ambiente Digital, Privacidade e Dados Pessoais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

EBERLIN, Fernando Büscher von Teschenhausen. Shareting, 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**, vol. 7, nº 3, dez-2017, p. 256-273 (Direito e Mundo Digital). Disponível em:<https://www.publicacoes.uniceub.br/RBPP/article/view/4821/0>. Acesso em: 20 jun. 2023. <https://doi.org/10.5102/rbpp.v7i3.4821>

FEDERAL TRADE COMMISSION. **Children's Online Privacy Protection Rule ("COPPA")**. Disponível em:<https://www.ftc.gov/legal-library/browse/rules/childrens-online-privacy-protection-rule-coppa>. Acesso em 11 jan. 2024.

FEDERAL TRADE COMMISSION. **Federal Trade Commision Act**. Disponível em: <https://www.ftc.gov/legal-library/browse/statutes/federal-trade-commission-act>. Acesso em 11 jan. 2024.

FELICE, Deborah de. The Right to Security of Online Childhood. **The International Journal Of Children's Rights**, [s.l.], v. 25, n. 3-4, p. 573-598, 17 nov. 2017. Brill. Disponível em: https://brill.com/view/journals/chil/25/3-4/article-p573_573.xml. Acesso em: 22 dez. 2023. <https://doi.org/10.1163/15718182-02503001>

FICO, Beatriz de Sousa e Bernardo. Avisos de Privacidade em e-games para crianças e adolescentes. **E- Games - Principais desafios enfrentados pelos empreendedores**. Opice Blum, Startup OBA, set. 2021, p. 5. Disponível em: <https://consumidormoderno.com.br/lgpd-dados-criancas-adolescentes-games/>. Acesso em: 15 jan. 2024.

FORNASIER, Mateus de Oliveira; KNEBEL, Noberto Milton Paiva. O titular de dados como sujeito de direito no capitalismo de vigilância e mercantilização dos dados na Lei Geral de Proteção de Dados. **Revista Direito e Práxis**, [s. l.], jun. 2020, p. 1016. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/46944/33907>. Acesso em: 30 jun. 2023.

FUENTE-COBO, Carmen. Públicos vulnerables y empoderamiento digital: el reto de una sociedad e-inclusiva. **El Profesional de La Información**, [s.l.], v. 26, n. 1, p. 5-12, 4 jan. 2017. Ediciones Profesionales de la Informacion SL. Disponível em: <https://revista.profesionaldelainformacion.com/index.php/EPI/article/view/epi.2017.ene.01>. Acesso em: 05 jan. 2024. <https://doi.org/10.3145/epi.2017.ene.01>

GADBAW, Tianna. Legislative Update: Children's Online Privacy Protection Act of 1998. **Children's Rights Journal**, [s.l.], v. 36, n. 3, p.228-232, 2016. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/328112411.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2024.

General Data Protection Regulation - GDPR. Disponível em: <https://gdpr-info.eu/>. Acesso em: 11 jan. 2024.

GOOGLE. **Aviso de privacidade para perfis e Contas do Google gerenciados com o Family Link para crianças menores de 13 anos ou a idade mínima no seu país ("Aviso de privacidade")**. Disponível em: https://families.google.com/familylink/privacy/child-policy?hl=pt_BR&hl=pt-br. Acesso em: 29 jul. 2023.

HAN, Byung-Chul. **No enxame**: Perspectivas do digital. Tradução: Lucas Machado. Petrópolis: Vozes, 2018.

HAN, Byung-Chul. **Sociedade do Cansaço**. Tradução de: Enio Paulo Gianchini. 2. ed. Petrópolis; Vozes, 2018.

HOF, Simone Van Der. I agree... or do I? A right-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://scholarlypublications.universiteitleiden.nl/access/item%3A2944101/view>. Acesso em: 05 dez. 2023.

HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. **Teoria Geral do Direito Digital**: Transformação Digital: Desafios para o Direito. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

INSTITUTO ALANA; INTERNETLAB. **O direito das crianças à privacidade: obstáculos e agendas de proteção à privacidade e ao desenvolvimento da autodeterminação informacional das crianças no Brasil. Contribuição conjunta para o relator especial sobre o direito à privacidade da ONU**. São Paulo, 2020.

JAYME, Erik. O direito internacional privado do novo milênio: a proteção da pessoa humana face à globalização. **Cadernos do Programa de Pós-graduação em Direito da UFRGS**, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 133-146, 2003. <https://doi.org/10.22456/2317-8558.43490>

JAROSZECK, Agata. Online Behavioural Advertising and the Protection of Children's Personal Data on the Internet. **Wroclaw Review Of Law, Administration & Economics**, [s.l.], v. 4, n. 2, p. 56-69, 1 jan. 2014. Walter de Gruyter GmbH. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1515/wrlae-2015-0015>. Acesso em: 10 jun. 2023. <https://doi.org/10.1515/wrlae-2015-0015>

JASPER, Margaret C.. **Privacy and the Internet: Your expectations and rights under the law**. 2. ed. Nova Iorque: Oxford University Press, 2009. 242 p. (Oceana's Legal Almanac Series).

KONDER, Carlos Nelson. Vulnerabilidade patrimonial e vulnerabilidade existencial: por um sistema diferenciador. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 99, p. 101-123, maio/jun. 2015.

KUHN, Thomas Samuel. **A estrutura das revoluções científicas**. São Paulo: Perspectiva, 1998.

LEONARDI, Marcel. **Tutela e privacidade na Internet**. São Paulo: Saraiva, 2011.

LÉVY, Pierre. **Cibercultura**. São Paulo: Editora 34, 2010.

LIPOVETSKY, Gilles. **Da leveza: rumo a uma civilização sem peso**. Tradução de Idalina Lopes. São Paulo: Barueri, 2016.

LIVINGSTONE, Sonia; BURGER, Monica E.. A global research agenda for children's rights in the digital age. **Journal Of Children An Media**, [s.l.], v. 8, n.4, p. 317-335, 2014.

Disponível em:

https://eprints.lse.ac.uk/62130/1/Livingstone_Global_Research_Agenda_Childrens_Right_Digital_Age.pdf. Acesso em: 10 jan. 2024. <https://doi.org/10.1080/17482798.2014.961496>

LIVINGSTONE, Sonia; LANSDOWN, Gerison; THIRD, Amanda. **The Case for a UNCRC General Comment on Children's Rights and Digital Media**. Londres: Children's Commissioner, 2017, 63 p. Disponível em:

<https://www.childrenscommissioner.gov.uk/resource/the-case-for-a-uncrc-general-comment-on-childrens-rights-and-digital-media/>. Acesso em: 10 jan.. 2024.

LORENZETTI, Ricardo Luís. **Teoria da decisão judicial: fundamentos de direito**. Trad. Bruno Miragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 209.

MACENAITE, Milda. From universal towards child-specific protection of the right to privacy online: Dilemmas in the EU General Data Protection Regulation. **New Media & Society**, [s.l.], v. 19, n. 5, p.765-779, 16 jan. 2017. SAGE Publications. Disponível em:

<https://journals.sagepub.com/doi/10.1177/1461444816686327>. Acesso em: 15 jan. 2024. <https://doi.org/10.1177/1461444816686327>

MACENAITE, Milda; KOSTA, Eleni. Consent for processing children's personal data in the EU: following in US footsteps? **Information & Communications Technology Law**, [s.l.], v. 26, n. 2, p.146-197, 4 maio 2017. Informa UK Limited. Disponível

em:<https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/13600834.2017.1321096>. Acesso em: 12 jan. 2024. <https://doi.org/10.1080/13600834.2017.1321096>

MAGRANI, Eduardo. **Entre dados e robôs: ética e privacidade na era da hiperconectividade**. Rio de Janeiro: Konrad Adenauer Stiftung, 2018.

MANTELERO, Alessandro. The future of consumer data protection in the E.U. Re-thinking the "notice and consent" paradigm in the new era of predictive analytics. **Computer Law &**

Security Review, [s.l.], v. 30, n. 6, p.643-660, dez. 2014. Elsevier BV. Disponível em:<https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S026736491400154X?via%3Dihub>. Acesso em: 17 jan. 2024. <https://doi.org/10.1016/j.clsr.2014.09.004>

MARQUES, Claudia Lima. Ata da 987ª sessão solene do conselho universitário. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir./UFRGS**, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 37-52, mar. 2003a.

MARQUES, Claudia Lima. Diálogo entre o código de defesa do consumidor e o novo código civil: do “diálogo das fontes” no combate às cláusulas abusivas. **Revista de direito do consumidor**, São Paulo, ano 12, v. 45, p. 71-99, jan./mar. 2003b.

MARQUES, Claudia Lima. O “diálogo das fontes” como método da nova teoria geral do direito: um tributo à Erik Jayme. In: MARQUES, Claudia Lima (Coord.). **Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MARQUES, Claudia Lima; MUCELIN, Guilherme. Vulnerabilidade na era digital: um estudo sobre os fatores de vulnerabilidade da pessoa natural nas plataformas, a partir da dogmática do Direito do Consumidor. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 11, n. 3, 2022, p. 1-30. Disponível em: <http://civilistica.com/vulnerabilidade-na-era-digital/>. Acesso em: 18 dez. 2023.

MARTINS, Fernando Rodrigues. **O princípio da justiça contratual**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MARTINS, Fernando Rodrigues; FERREIRA, Keila Pacheco. Diálogo de fontes e governança global: hermenêutica e cidadania global na concretude dos direitos humanos. **Revista de Direito do Consumidor**, vol. 117/2018, Maio-Jun/2018. <https://doi.org/10.5935/1809-8487.20180001>

MARTINS, Fernando Rodrigues; FERREIRA, Keila Pacheco. Verticalidade digital e direitos transversais: positivismo inclusivo na promoção dos vulneráveis. **Revista de Direito do Consumidor**. vol. 147. ano 32. p. 15-50. São Paulo: Ed. RT, mai./jun. 2023. Disponível em: <http://revistadostribunais.com.br/maf/app/document?stid=st-rql&marg=DTR-2023-5259>. Acesso em: 10 jan. 2024.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

MENDES, Laura Schertel. A vulnerabilidade do consumidor quanto ao tratamento de dados pessoais. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 102, p. 19-43, nov./dez. 2015.

MENDES, Laura Schertel; DONEDA, Danilo. Marco jurídico para a cidadania digital: uma análise do Projeto de Lei 5.276/2016. **Revista de Direito Civil Contemporâneo-RDCC (Journal of Contemporary Private Law)**, v. 9, p. 35-48, 2016.

MENDES, Laura Schertel; FONSECA, Gabriel C. Soares da. Proteção de dados para além do consentimento: tendências contemporâneas de materialização. **REI - Revista Estudos Institucionais**, 6(2), 2020, p. 507-533. Disponível em: <https://www.estudosinstitucionais.com/REI/article/view/521>. Acesso em: 05 jul. 2023. <https://doi.org/10.21783/rei.v6i2.521>

MIRAGEM, Bruno. Princípio da vulnerabilidade: perspectiva atual e funções no direito do consumidor contemporâneo. In: MARQUES, Claudia; MAGALHÃES, Lúcia Ancona. **Direito do Consumidor: 30 anos do CDC – da consolidação como direito fundamental aos atuais desafios da sociedade**. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

MORELLATO, Ana Carolina B.; SANTOS, André Filipe P. Reid dos. Capitalismo de vigilância e a Lei Geral de Proteção de Dados: perspectivas sobre consentimento, legítimo interesse e anonimização. **RBSD - Revista Brasileira de Sociologia do Direito**, v. 8, n. 2, maio/ago. 2021, p. 184-211. Disponível em: <https://revista.abrasd.com.br/index.php/rbsd/article/view/455>. Acesso em: 01 jul. 2023. <https://doi.org/10.21910/rbsd.v8i2.455>

MUCELIN, Guilherme. Navegar (online) é preciso, viver (offline) não é preciso: o preenchimento dinâmico e descritivo do conteúdo da vulnerabilidade digital. **Nova Consumer Lab**, 29 abr. 2022. Disponível em: <https://novaconsumerlab.novalaw.unl.pt/author/guilhermemucelin/>. Acesso em: 7 dez. 2023.

NASCIMENTO, Cláudia Terra; BRANCHER, Vantoir Roberto; OLIVEIRA, Valeska Forte de. A Construção Social do Conceito de Infância: algumas interlocuções históricas e sociológicas. **Revista Contexto & Educação**, 23(79), 2013, p. 47–63. Disponível em: <https://revistas.unijui.edu.br/index.php/contextoeducacao/article/view/1051>. Acesso em: 08 jan. 2024.

OECD. **The Protection of Children Online**: Report on risks faced by children online and policies to protect them. [s.l]: Oecd, 2012. Disponível em: https://www.oecd-ilibrary.org/science-and-technology/the-protection-of-children-online_5kgcjf71pl28-en. Acesso em: 20 dez. 2023.

OCHSENDORF, Guilherme. Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) e a Indústria de Games. **E- Games - Principais desafios enfrentados pelos empreendedores**. Opice Blum, Startup OBA, set. 2021, p. 5. Disponível em: <https://consumidormoderno.com.br/lgpd-dados-criancas-adolescentes-games/>. Acesso em: 15 jan. 2024.

PÁDUA, Gelson Luiz Daldegan de. A Epistemologia Genética de Jean Piaget. **Revista FACEVV**, São Paulo, n. 2, p. 22-35, 1º sem. 2009, p. 22-35. Disponível em: <https://maratavarespsictics.pbworks.com/f/A+EPISTEMOLOGIA+GENETICA.pdf>. Acesso em: 20 jan. 2024.

PASQUALOTTO, Adalberto; RAMPAZZO, Flaviana. Consumidor hipervulnerável: análise crítica, substrato axiológico, contornos e abrangência. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 113, set.-out., 2017.

PÉREZ LUÑO, Antonio. **Derechos humanos, Estado de derecho y Constiución**. Madrid: Technos, 1984.

PIAGET, Jean. **Epistemologia genética**. Tradução de Álvaro Cabral. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

PINHEIRO, Ângela de Alencar Araripe. A criança e o adolescente, representações sociais e processo constituinte. **Psicologia em estudo**, Maringá, v. 9, n. 3, p. 343-355, 2004. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-73722004000300003&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 15 dez. 2023. <https://doi.org/10.1590/S1413-73722004000300003>

PRENSKY, Marc. Digital Natives, Digital Immigrants Part I. **On The Horizon**, [s.l.], v. 9, n. 5, p. 1-6, set. 2001. Emerald. Disponível em: <https://www.marcprensky.com/writing/Prensky%20-%20Digital%20Natives,%20Digital%20Immigrants%20-%20Part1.pdf>. Acesso em: 30 mai. 2023. <https://doi.org/10.1108/10748120110424816>

RIBES, Rita. O (en)canto e o silêncio das sereias: sobre o (não)lugar da criança na (ciber)cultura. **Childhood & Philosophy**, Rio de Janeiro, v. 9, n. 18, p.319-343, 2013. Disponível em: <https://www.redalyc.org/pdf/5120/512051609006.pdf>. Acesso em: 05 dez. 2023.

ROBLES, Gregorio. **Os direitos fundamentais e a ética na sociedade atual**. Tradução de Roberto Barbosa Alves. Barueri: Manole, 2005.

RODOTÁ, Stéfano. **A vida na sociedade da vigilância** - a privacidade hoje. Tradução: Danilo Doneda e Luciana Cabral Doneda. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

ROSA, Luiz Carlos Goiabeira; BERNARDES, Luana Ferreira; FÉLIX, Vinícius Cesar. O idoso como consumidor hipervulnerável na sociedade de consumo pós-moderna. **Revista Jurídica da Presidência**, Brasília, v. 18 n. 116 (2017), p. 533-558. Disponível em: <https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/1281>. Acesso em: 01 mai. 2023. <https://doi.org/10.20499/2236-3645.RJP2017v18e116-1281>

ROSA, Luiz Carlos Goiabeira; BIZELLI, Rafael Ferreira, FÉLIX, Vinícius Cesar. Vulnerabilidade e hipossuficiência no contrato existencial de consumo. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 21, n. 1, p.155-188, mar. 2017. <https://doi.org/10.5433/2178-8189.2017v21n1p155>

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela mão de Alice: o social e o político na pós- modernidade**. São Paulo: Cortez Editora, 1995.

SARLET, Gabrielle Bezerra Sales; CALDEIRA, Cristina. O consentimento informado e a proteção de dados pessoais de saúde na internet: uma análise das experiências legislativas de Portugal e do Brasil para a proteção integral da pessoa humana. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 8, n. 1, 2019, p. 1-27. Disponível em: <https://run.unl.pt/handle/10362/94969>. Acesso em: 29 jul. 2023.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11 ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. Proteção de dados pessoais como direito fundamental na Constituição Federal de 1988: contributo para a construção de uma dogmática constitucionalmente adequada. **Revista Brasileira De Direitos Fundamentais & Justiça**, ano 14, n.42, p. 179-218, jan./jun. 2020. Disponível em: <https://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/875>. Acesso em: 20 dez. 2023. <https://doi.org/10.30899/dfj.v14i42.875>

SÊCO, Thaís Fernanda Tenório. Por uma nova hermenêutica do direito da criança e do adolescente. **civilistica.com**, v. 3, n. 2, p. 1-26, 10 dez. 2014. Disponível em: <https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/185>. Acesso em: 15 dez. 2023

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. São Paulo: Malheiros, 2009.

SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

SILVEIRA, Ana Cristina de Melo. **A proteção da criança e do adolescente no mundo digital: o compliance como medida protetiva ao cyberbullying**. 1 ed. Belo Horizonte, São Paulo: D' Plácido, 2023.

SOLOVE, Daniel J. **Digital person: technology and privacy in the information age**. New York: New York University Press, 2004.

SOLOVE, Daniel J. Introduction: Privacy self-management and the consent dilemma. **Harvard Law review**, v. 126, p. 1880-1903, 2013. Disponível em: <https://harvardlawreview.org/print/vol-126/introduction-privacy-self-management-and-the-consent-dilemma>. Acesso em: 05 jul. 2023.

SPOTSWOOD, Fiona; NAIRN, Agnes. Children as vulnerable consumers: a first conceptualisation. **Journal Of Marketing Management**, [s.l.], v. 32, n. 3-4, p.211-229, 17 nov. 2015. Informa UK Limited. Disponível em: <https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/0267257X.2015.1107616>. Acesso em: 10 dez. 2023. <https://doi.org/10.1080/0267257X.2015.1107616>

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

TEFFÉ, Chiara Spadaccini de. Proteção de dados de crianças e adolescentes. **Revista do Advogado**, nº 144, nov. 2018, p. 54-59.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Família, guarda e autoridade parental**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

TEIXEIRA, Tarcisio; SABO, Isabela Cristina. O uso da tecnologia da informação e a validade jurídica dos negócios realizados por crianças e adolescentes: Uma análise de sua hipervulnerabilidade nas relações de consumo virtuais. **Revista de Direito do Consumidor**, [s.l.], v. 104, p.257-283, mar.-abr. 2016. Bimestral.

UNICEF. **Estado Mundial de la Infancia 2017** – Niños em um Mundo Digital, 40p.. Disponível em: https://www.unicef.org/media/48591/file/SOWC_2017_SP.pdf. Acesso em: 30 jun. 2023.

UNICEF. **História dos direitos da criança**. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/historia-dos-direitos-da-crianca>. Acesso em: 05 dez. 2023.

ZAPATER, Máira C. **Direito da criança e do adolescente**. São Paulo: Editora Saraiva, 2023. E-book. ISBN 9786553624603. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553624603/>. Acesso em: 15 dez. 2023.

ZUBOFF, Shoshana. Big other: surveillance capitalism and the prospects of na information civilization. **Journal of Information and Technology**, n. 30, p. 75-89, 2015. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2594754. Acesso em: 30 jun. 2023. <https://doi.org/10.1057/jit.2015.5>

ZUBOFF, Shoshana. **The age of Surveillance Capitalism**: The fight for a human future at the new frontier of power. New York: PublicAffairs, 2019.

WARREN, Samuel D. BRANDEIS, Louis D. The right to privacy. **Harvard Law Review**, Vol. 4, No. 5. (Dec. 15, 1890), p. 193-220. Disponível em: <https://www.cs.cornell.edu/~shmat/courses/cs5436/warren-brandeis.pdf>. Acesso em: 30 jun. 2023. <https://doi.org/10.2307/1321160>