

CONTRIBUIÇÃO DATA PRIVACY BRASIL: LEGÍTIMO INTERESSE

Participação na Consulta Pública aberta pela ANPD acerca do Estudo Preliminar sobre Legítimo Interesse



Ficha técnica

DATA PRIVACY BRASIL

Direção: Bruno Bioni, Rafael Zanatta e Mariana Rielli

Coordenação: Pedro Bastos Lobo Martins,
Pedro Saliba, Jaqueline Pigatto e Victor Barcellos

AUTORIA

Júlia Mendonça

Pedro Bastos Lobo Martins

Pedro Henrique Martins dos Santos

DESIGN

Roberto Junior

Sumário

Introdução	4
1. Pressupostos do Legítimo Interesse	5
2. Transparência, Registro e <i>Accountability</i>	15
3. Legítimo Interesse e o Tratamento de Dados de Crianças e Adolescentes	18

Introdução

No dia 16/08/2023 a Autoridade Nacional de Proteção de Dados abriu chamada e inscrições para a consulta à sociedade para coletar contribuições acerca do Estudo Preliminar sobre Legítimo Interesse.

Em sua missão de colaborar com a construção da cultura de proteção de dados no Brasil, o Data Privacy Brasil elaborou o presente documento com considerações iniciais a respeito dos tópicos trazidos pelo estudo preliminar e entendimentos acerca do legítimo interesse enquanto base legal.

Ressalta-se que esta é a primeira contribuição do Data Privacy Brasil no processo de regulamentação dessa base legal, que, por sua vez, também contou com sua primeira consulta à sociedade. Deste modo, tanto a posição institucional quanto o debate público acerca do tema ainda estão em processo de construção. Espera-se que interpretações consensos possam surgir a partir deste documento e dos diálogos possibilitados por ele.

1. Pressupostos do Legítimo Interesse

Interesse legítimo e o lastro em situação concreta

RESUMO DA RECOMENDAÇÃO

É preciso que o guia defina melhor quais situações não têm lastro concreto e algumas finalidades incompatíveis na aplicação do legítimo interesse. Com isso, objetiva-se aumentar o valor da recomendação na medida em que o guia passa a esclarecer melhor a articulação desses dois requisitos tão importantes na aferição do interesse legítimo enquanto pressuposto da base legal.

O legítimo interesse exige um ônus argumentativo para viabilizar a sua utilização. Isto serve para evitar o uso dessa hipótese de forma especulativa, tal como um “cheque em branco” capaz de autorizar quase todo tipo de tratamento de dados.

Não é sem razão que o caput do artigo 10 da LGPD condicionou a aplicação da base legal a uma situação concreta que precisa ser atual e pode ser vista, por exemplo, na vantagem que o controlador terá em tratar os dados dos titulares de forma direta.

A concretude da situação compõe o “interesse legítimo” do controlador e é chave para que a aplicação da base legal seja considerada válida. Isto pois a concretude da situação delinea melhor qual a finalidade do tratamento e por consequência o interesse do controlador, possibilitando a ponderação entre os direitos fundamentais e a legítima expectativa dos titulares em relação a esse interesse do controlador.

Em outras palavras, um interesse bem esclarecido é capaz de viabilizar a avaliação acerca da necessidade da quantidade de dados tratados, quais medidas de mitigação podem limitar os riscos e o seu embate com as legítimas expectativas e os direitos e liberdades do titular. Ao contrário, quanto mais genérico for o interesse, mais desarticulado será o exercício de ponderação e mais difícil será a demonstração de que o agente de tratamento de dados não está abusando da sua posição.”¹

Isso é especialmente importante nos casos em que um tratamento de dados composto

¹ BIONI, Bruno; KITAYAMA, Marina; RIELLI, Mariana. **O Legítimo Interesse na LGPD: quadro geral e exemplos de aplicação**. São Paulo: Associação Data Privacy Brasil de Pesquisa, 2021. p. 29.

de dados triviais dá lugar a informações sensíveis acerca do titular de dados em virtude do contexto da atividade e da finalidade almejada. Por exemplo, no caso Cryopraxis, os dados de cadastro de uma pessoa em uma clínica de cuidados pré-natal tornou possível inferir o estado gravídico dos titulares de dados². Nesse sentido, uma análise da concretude da situação em que o tratamento irá ocorrer é importante para averiguar se o legítimo interesse é ou não aplicável.

O Guia preliminar é bastante completo ao descrever os requisitos do caput do art 10 da LGPD, contudo, acreditamos ser necessário a apresentação de esclarecimentos sobre quais situações não são concretas e finalidades incompatíveis com o legítimo interesse.

Uma finalidade bastante comum e aparentemente aplicável ao legítimo interesse é aquela que visa tratar dados para melhoria de serviços de uma organização. Contudo, o que seria essa melhoria de serviços? Pode ser a adequação de um mau funcionamento futuro da interface, melhora do design da experiência do usuário para facilitar a visualização de páginas, por exemplo. Dessa forma, a “melhoria de serviços” é uma situação ampla e não específica, podendo servir para realizar uma série de tratamentos de dados e deve ser reconhecida como tal pela ANPD.

Em outro exemplo, pode-se imaginar que um controlador utiliza as informações de padrões de navegação para melhorar a interface de sua página web. Essa finalidade já se conecta de forma mais direta com uma situação concreta, e permite entender quais dados são necessários e que atendem a um balanceamento entre os direitos dos titulares e os interesses do controlador, (ex: tempo de acesso, cliques em cada botão, percurso percorrido até chegar em determinado ambiente da página etc.) enquanto outros seriam nitidamente excessivos (ex: formação de perfil comportamental de cada usuário que entra na página).

Nesse caso, temos uma hipótese concreta e específica de melhoria de serviço na qual é possível mensurar a adequação dos dados tratados com a finalidade pretendida. Com exemplos concretos, o guia pode conduzir melhor os agentes em prol da conformidade no uso do legítimo interesse.

2 CRUZ, Sinue; SANTOS, Pedro Henrique Martins. **Inferências e Dados de Saúde: o Caso Cryopraxis**. In: BENTES, Anna *et al.* Para além da proteção de dados : uma coletânea. São Paulo : Data Privacy Brasil Ensino, 2023

Legítimo interesse de terceiro

RESUMO DA RECOMENDAÇÃO

É preciso diferenciar os critérios e graus de risco aceitáveis em diferentes categorias de terceiros na aplicação do legítimo interesse. Existem diferenças nos riscos entre um interesse de um controlador terceiro e uma coletividade. Nessa ocasião, o ônus argumentativo do legítimo interesse passa também a ter que justificar se o interesse de fato é de um terceiro e se esse interesse é legítimo e capaz de sustentar o uso da base legal.

Diferentemente da GDPR, a LGPD não especificou o que seria o “terceiro” no qual o legítimo interesse é aplicável³. Isso significa que tanto pessoas físicas ou jurídicas quanto a “coletividade” podem ter interesses que autorizam certos tratamentos de dados pessoais a partir da base legal.

Como os terceiros são múltiplos, o ônus argumentativo para cada um deles também deve ser distinto. Há uma diferença na delimitação de um interesse legítimo quando ele diz respeito a um controlador e quando ele é uma coletividade.

Um exemplo capaz de articular isso é a de uma ONG de promoção à transparência pública que republica dados disponíveis publicamente acerca de deputados federais eleitos e suas despesas de gabinete de forma mais acessível e comparativa. Nessa ocasião, a ONG utiliza o legítimo interesse para tratar os dados publicamente disponíveis para realizar seus interesses como instituição ao mesmo tempo que atende aos interesses da coletividade em ter maior transparência pública de uma categoria de representantes democraticamente eleitos.

Outro exemplo está no compartilhamento de dados de um controlador para equipes de resposta a ameaças e violações cibernéticas. No caso, é um interesse coletivo que dados pessoais sejam mantidos a salvo de incidentes de segurança e tenham seus riscos mitigados quando esse tipo de incidente acontecer.

Nos dois exemplos, é claro que o interesse da coletividade pode ser utilizado para fundamentar o legítimo interesse. Contudo, em ambos os casos, o interesse coletivo estava atrelado a situações concretas e em especial a terceiros que podem figurar na condição de controlador ou processador dos dados.

³ *Ibid.*, p. 23.

O guia preliminar oferece uma boa preocupação com o interesse legítimo do terceiro ao reafirmar os requisitos do art. 10 para sua aplicação. Entretanto, acreditamos que seria benéfica a inserção da necessidade de justificar com maior clareza se o terceiro tem um interesse legítimo, diferenciando os critérios e graus de risco aceitáveis em diferentes categorias de terceiros na aplicação do legítimo interesse. Com isso, o guia pode aumentar sua capacidade orientativa e facilitar a conformidade em relação à base legal.

Legítima expectativa

RESUMO DA RECOMENDAÇÃO

O guia pode se aprofundar em articular como o princípio da boa-fé conecta legítima expectativa e legítimo interesse; outros critérios podem ser utilizados para basear a análise da legítima expectativa como a intrusividade do tratamento e a existência de mecanismos de exercícios de direitos dos titulares; registro e a transparência são essenciais para concretizar a expectativa em abstrato do titular e permitir seu controle social por ele e pela sociedade civil.

BOA-FÉ

O estudo preliminar, apesar de mencionar a relação, não explora em profundidade a articulação existente entre legítimo interesse, legítimas expectativas e boa-fé. Nesse sentido, acreditamos ser necessário que a abordagem do princípio seja examinada em maior profundidade, de forma que a orientação acerca da boa-fé seja mais concreta no caso do legítimo interesse.

A boa-fé é um princípio que emana sobre todo o ordenamento brasileiro. De acordo com sua versão objetiva, decorrem deveres de condutas que os sujeitos de uma relação jurídica devem seguir em prol da construção de uma relação de confiança. Embora o princípio tenha desdobramentos distintos em diferentes segmentos do direito, em geral é possível dizer que a boa fé-objetiva guarda os seguintes deveres⁴:

⁴ EHRHARDT, Marcos. A **Boa-Fé na Experiência Jurídica Brasileira**. Revista dos Tribunais Online. v. 55. p. 181 - 211. jul/set. 2013.

- A. Dever de proteção**, que impõe às partes a obrigação de prevenir danos e se desdobra na exigência da manutenção de um comportamento diligente; velando pelo adequado fluxo da relação jurídica obrigacional com cuidado, previdência e segurança;
- B. Dever de informação**, que impõe às partes a obrigação de advertir, explicar, esclarecer, avisar, prestar contas, sempre que se fizer necessário ao pleno desenvolvimento da relação jurídica obrigacional.
- C. Dever de cooperação**, que impõe às partes a obrigação de mútuo auxílio na superação de eventuais obstáculos surgidos, por vezes confundindo-se com a exigência de fidelidade e lealdade entre as partes.

Dessa forma, a boa-fé é um modulador de relações jurídicas que visa a boa conclusão dos negócios jurídicos a partir de uma dimensão supra normativa, que mobiliza as expectativas dos agentes em relação a certos deveres na vida civil.

O princípio não é uma exceção na LGPD uma vez que ele está previsto como basilar para o respeito ao direito à proteção de dados no art. 6º da lei. Contudo, **a boa-fé no contexto da legítima expectativa se desdobra em dois aspectos principais**⁵:

- 1. Lealdade em relação ao titular dos dados:** o tratamento não pode ser realizado de forma a frustrar a confiança que o titular concedeu ao controlador. Ou seja, o tratamento não pode contrariar o contexto de seu fluxo informacional, surpreendendo o titular com tratamentos de dados na qual ele sequer sabia da existência. Ex: marketing direcionado por email sem que o titular tivesse relação com o controlador ou soubesse do tratamento por algum agente, violando suas legítimas expectativas.
- 2. Cuidado:** a boa-fé também é um limitador da conduta do controlador, evitando o abuso de direito. Em outras palavras, o uso do legítimo interesse não pode vulnerar ou causar dano ao titular. Ex: coleta extensiva e desnecessária de dados para combate a fraude pode aumentar os riscos de violação aos direitos do titular no caso de incidentes de segurança.

Dessa forma, a boa-fé conecta a legítima expectativa ao legítimo interesse na medida em que exige que os controladores assumam uma conduta de lealdade e cuidado com o titular, de forma que suas legítimas expectativas sejam respeitadas.

5 BIONI, Bruno; KITAYAMA, Marina; RIELLI, Mariana. *op. cit.* p. 30.

Podemos ver isso na adoção de medidas de salvaguardas que possam diminuir os riscos existentes aos direitos dos titulares, bem como de medidas que visem informar e prestar contas ao titular dos tratamentos de dados realizados.

Por essas razões, acreditamos que abordar concretamente a manifestação da boa-fé no contexto do legítimo interesse beneficiaria a capacidade orientativa do guia.

CRITÉRIOS DE MODULAÇÃO DA LEGÍTIMA EXPECTATIVA

Para facilitar a modulação da legítima expectativa, o estudo preliminar destaca alguns elementos de análise, são eles:

- a) a existência de uma relação prévia do controlador com o titular;
- b) a fonte e a forma da coleta dos dados, isto é, se a coleta foi realizada diretamente pelo controlador, se os dados foram compartilhados por terceiros ou coletados de fontes públicas;
- c) o contexto e o período de coleta dos dados; e
- d) a finalidade original da coleta dos dados e a sua compatibilidade com o tratamento baseado no legítimo interesse⁶.

A esses elementos, seria interessante destacar também (1) o grau de intrusividade do tratamento e (2) se existem, e quão acessíveis são, no contexto fático de cada situação, mecanismos de exercícios de direitos dos titulares, principalmente o direito à oposição.

A mensuração do grau de intrusividade do tratamento de dados depende de uma articulação do princípio da necessidade. A menção ao princípio é explícita no caso do legítimo interesse, estando presente no §1º do art. 10 da LGPD. Dessa forma, é preciso aplicar o princípio em seu sentido lato ou estrito⁷.

O sentido estrito do princípio orienta que a menor quantidade de dados deve ser coletada para a realização da finalidade pretendida. Ou seja, é preciso verificar se a

6 AUTORIDADE NACIONAL DE PROTEÇÃO DE DADOS (ANPD). **Estudo preliminar hipóteses legais de tratamento de dados pessoais legítimo interesse**. Brasília. 2023. Disponível em: <https://www.gov.br/participamaisbrasil/consulta-a-sociedade-de-estudo-preliminar-sobre-legitimo-interesse-1>. p.13.

7 BIONI, Bruno; KITAYAMA, Marina; RIELLI, Mariana. *op. cit.* p. 33-34.

mesma finalidade pode ser alcançada com um conjunto menor de dados pessoais. Além disso, deve-se observar se outra base legal não é mais adequada para o tratamento em questão.

O sentido lato da necessidade visa orientar a minimização de riscos do tratamento por meio da adoção de medidas e salvaguardas. Ou seja, trata-se de um dever de mitigar o caráter intrusivo do tratamento de dados. No caso das legítimas expectativas do titular, esse sentido de necessidade é o que precisa ser articulado para diminuir a intrusividade do tratamento de dados.

Um exemplo de como a intrusividade pode violar a legítima expectativa pode ser visto nas compras online. Uma vez que o titular criar uma conta em uma loja de livros online, é possível que ele receba anúncios de recomendação de livros similares e ofertas personalizadas após comprar pela primeira vez. A expectativa de funcionamento esperada por ele talvez seja a de que a recomendação seja baseada em seu histórico de compras.

Contudo, baseando-se em um exemplo da Opinion do Article 29 sobre legítimo interesse⁸, podemos analisar a seguinte situação:

Um controlador utiliza não apenas o histórico de compras mas também o tempo que o usuário fica acessando a página de um mesmo livro, seu histórico de navegação, a localização de seu celular, as postagens em redes sociais marcando a loja, a hora em que o titular de dados acessa o site e o histórico de compras do titular em outros sites de venda que são parceiros.

Tais dados são tratados por um software de analytics que visa prever suas preferências e os momentos e locais em que o titular provavelmente fará uma compra maior, estará disposto a pagar um preço mais alto, será suscetível a ser influenciado por uma taxa de desconto específica ou quando o titular ficar mais impulsivo na compra de livros de seus gêneros favoritos. Tudo isso sem informá-lo devidamente acerca do tratamento de dados.

As ofertas não são somente enviadas por email, mas chegam

8 Article 29 sobre legítimo interesse em EUROPEAN DATA PROTECTION BOARD. **Opinion 06/2014 on the notion of legitimate interests of the data controller under Article 7 of Directive 95/46/EC.** 2014.

via aplicativos de mensageria e ligações, além das próprias notificações do aplicativo. Além disso, a depender do local em que se acessa o app na sua própria cidade, certos descontos deixam de ser oferecidos e os livros recomendados são alterados. Por último, as opções de descadastro no oferecimento de ofertas são excessivamente obscuras ("*dark patterns*") e dificultam o acesso e exercício dessas opções.

Nesse caso há uma intrusividade muito maior que vai além da expectativa legítima consubstanciada, pois o tratamento de dados excessivo e inadequado não confere modos de exercício de um direito à oposição. Para que o tratamento possa ser fundamentado no legítimo interesse seria preciso uma série de medidas de minimização de dados e mecanismos de exercício do titular para que essa intrusividade deixasse de existir.

A análise da intrusividade também deve ser acompanhada de uma verificação dos possíveis impactos ao titular e suas legítimas expectativas. Vale ressaltar que a noção de impacto não se refere somente a quando a legítima expectativa do titular já foi violada, mas também de riscos atuais ou futuros de um determinado tratamento. Ou seja, a noção de impacto engloba as várias maneiras pelas quais um indivíduo pode ser afetado - positiva ou negativamente - pelo tratamento de seus dados pessoais⁹.

Já o segundo elemento, que diz respeito sobre mecanismos de exercícios dos direitos dos titulares é um aceno necessário a práticas como o *privacy by design* na aplicação do legítimo interesse. Isto pois tais mecanismos podem oferecer a oportunidade do titular entender o tratamento de seus dados e de controlar o que ele espera do tratamento. Esse é o caso do direito à oposição.

O direito à oposição pode ser uma forma pela qual o titular de dados tem a oportunidade de contribuir para aquilo que considera razoavelmente esperado do tratamento. Para continuarmos com os exemplos de compras online, o simples oferecimento de mecanismos de *opt-out* acessíveis em mensagens de publicidade do legítimo interesse podem equilibrar o interesse legítimo do controlador e as expectativas do titular, permitindo que ele exerça sua autodeterminação informativa. Portanto, a presença de mecanismos acessíveis de exercício de direitos é um facilitador da manutenção das legítimas expectativas do titular e deve ser abordado com um direcionamento explícito no guia.

⁹ Essa é a definição adotada no guia da Article 29 sobre legítimo interesse em EUROPEAN DATA PROTECTION BOARD. **Opinion 06/2014 on the notion of legitimate interests of the data controller under Article 7 of Directive 95/46/EC**. 2014.

Direitos e liberdades fundamentais

O estudo preliminar estabelece que a autodeterminação informativa é crucial para o legítimo interesse. Esse princípio busca garantir o controle do titular sobre seus dados pessoais, sendo necessário que o titular esteja ciente do tratamento e possa se opor a ele no contexto da base legal.

RESUMO DA RECOMENDAÇÃO

O uso do legítimo interesse depende de conferir mecanismos de exercício de direitos dos titulares, essa é a razão pela qual deve se reforçar a noção de *privacy by design* no guia.

Dessa forma o controlador deve implementar mecanismos de exercícios de direitos. Ao fazer isso, o controlador privilegia a autodeterminação informativa ao dar ao titular mais controle sobre o fluxo de seus dados. Além disso, adicionar mecanismos que possibilitem o exercício de direito a oposição do tratamento de dados também promove o controle das legítimas expectativas dos titulares que agora podem controlar quando um tratamento de dados viola suas expectativas.

Esse é um elemento de extrema importância para a aplicação do legítimo interesse uma vez que reforça a aplicação da LGPD no design das aplicações online no sentido do conceito de *privacy by design*.

No cenário internacional, a ausência de mecanismos de oposição foi responsável por ações sancionatórias. Em 2022 a organização IAB Europe foi sancionada por coletar preferências de usuários utilizando o legítimo interesse de forma equivocada.

Na ocasião, o sistema de publicidade da IAB Europe responsável pelo Real Time Bidding (RTB), registrava as preferências dos usuários pelo “*cookie euroconsent-v2*”¹⁰ com fundamento na base legal do legítimo interesse. A autoridade belga então aplicou o teste do legítimo interesse para o caso em questão.

Em relação à primeira fase do teste (interesse legítimo), o tratamento de dados para publicidade no contexto do RTB foi considerado como interesse legítimo.

10 AUTORITÉ DE PROTECTION DES DONÉES (BÉLGICA). **Decisão referente à reclamação relacionada ao Transparency & Consent Framework da IAB Europe**. Número do processo: DOS-2019-01377. Bélgica, 2022.

Em relação à segunda fase do teste (necessidade), a autoridade reconheceu que a IAB só coletava os dados estritamente necessários para a realização de sua atividade e não armazenava os dados indefinidamente. O que fez com que o tratamento de dados da empresa passasse na segunda fase do teste.

Entretanto, quando foi realizado o teste de balanceamento dos interesses, verificou-se que o caso em questão não satisfazia esse último requisito. Isso porque os interesses da organização não poderiam se sobrepor aos direitos dos titulares dos dados, violando as legítimas expectativas deles.

Segundo a autoridade belga, a IAB violou os direitos dos titulares ao não oferecer uma opção de se opor ao tratamento de dados de preferência do usuário, tampouco de não informá-los da instalação do Cookie *"euroconsent-v2"* em seus dispositivos.

Nesse sentido, recomendamos que o trecho sobre os direitos e liberdades fundamentais dos titulares seja reforçado no sentido de que o legítimo interesse depende de mecanismos de exercício efetivo de direitos dos titulares para que possa ser válido. A existência de canais de atendimento de direitos dos titulares não é suficiente para cumprir com essa obrigação, sendo necessário demonstrar a efetividade e a acessibilidade desses canais por parte dos titulares.

2. Transparência, Registro e *Accountability*

RESUMO DA RECOMENDAÇÃO

Recomendamos a inclusão no guia do papel da transparência e *accountability* na promoção de ações de transparência ativa em relação à sociedade tanto do teste do legítimo interesse quanto do RIPD. Tal articulação dos princípios ajuda a promover a conformidade da aplicação do legítimo interesse ao mesmo tempo que promove uma cultura de proteção de dados mais democrática, principalmente quando essa publicidade é concretizada no contexto de processos fiscalizatórios e sancionatórios da autoridade

A autoridade reforça no estudo que o princípio da transparência precisa ser observado no uso do legítimo interesse. Isto pois o princípio exige que as informações sobre o tratamento estejam facilmente disponíveis e em linguagem acessível. Dessa forma, a transparência no contexto do legítimo interesse facilita o controle social do balanceamento dos interesses realizados na sua aplicação.

Essa é a razão pela qual o guia também orienta que tanto o teste de balanceamento quanto o Relatório de Impacto à Proteção de Dados (RIPD) sejam registrados pelo controlador nos casos em que eles forem necessários. O material também orienta que o registro do RIPD ocorra nas situações de alto risco e quando a análise de risco do instrumento integrar o teste do legítimo interesse.

Manter o registro de atividades de tratamento é também uma forma de cumprir com o princípio da responsabilização e prestação de contas, possibilitando que a ANPD possa avaliar a conformidade do tratamento à LGPD. Essa importância vem sendo reafirmada no template de comunicação de incidentes de segurança já produzido pela autoridade.

Contudo, também entendemos que o papel da transparência e *accountability* não deve ficar exclusivamente relacionado ao registro, mas que também esteja ligada a ações de transparência ativa e participação da sociedade tanto no teste de balanceamento quanto no RIPD.

No caso do legítimo interesse, o registro do LIA é uma conclusão lógica da estrutura argumentativa da base legal, que exige uma ônus de registro especial¹¹. Dessa forma,

11 BIONI, Bruno; KITAYAMA, Marina; RIELLI, Mariana. *op. cit.* p. 39.

o registro é a oportunidade que o controlador tem de esclarecer as escolhas que levaram a adoção desta base legal.

A atribuição de uma base legal é um procedimento crucial na conformidade à proteção de dados, sendo a espinha dorsal da proteção de dados¹². Isto pois este procedimento é resultado de uma série de considerações que mobilizam os institutos legais da LGPD e do ordenamento jurídico como um todo.

Em uma lógica de regulação responsiva e assimétrica adotada pela LGPD, muitas vezes o procedimento importa mais do que o resultado. De forma que é mais importante que o controlador tenha realizado de forma adequada um teste de balanceamento e uma avaliação acerca da aplicabilidade do legítimo interesse enquanto base legal e quais as medidas de salvaguarda foram implementadas, do que a adoção ou não da base legal.

Por desempenhar um papel tão importante, o peso da publicização do registro do teste do legítimo interesse é maior, uma vez que ele diz respeito à forma como a base legal foi aplicada e de quais direitos, garantias e legítimas expectativas dos titulares foram considerados. Dessa forma, acreditamos que o guia pode orientar a concretização do dever de publicização do LIA para titulares e sociedade como um todo.

É possível concretizar isso por meio da recomendação no guia de que todo agente de tratamento tenha uma versão pública do LIA, ou que apresente em sua política de privacidade considerações acerca do balanceamento feito quando o legítimo interesse for usado como base legal.

Outro elemento importante a ser considerado é o reforço desse dever de transparência e prestação de contas nos momentos fiscalizatórios e sancionatórios. Como argumentado e reconhecido pela própria autoridade em seu estudo preliminar, a proceduralização do LIA não é algo que interessa apenas ao controlador e a ANPD, mas também ao titular e a toda a sociedade. Nesse sentido, é fundamental que toda sociedade tenha acesso ao LIA e ao teste de balanceamento realizado durante os procedimentos fiscalizatórios e sancionatórios encabeçados pela ANPD, como forma de materializar os princípios da regulação responsiva, que necessita de uma governança em rede.

Tornar acessível tais instrumentos nestes tipos de processos é oferecer à sociedade maior espaço de argumentação e influência na forma como diferentes fluxos de dados pessoais ocorrem. Ao fazer isso, é possível concretizar o princípio da transparência e

12 AUTORIDADE NACIONAL DE PROTEÇÃO DE DADOS (ANPD). **Relatório de Instrução Nº 1/2023/CGF/ANPD - Conclusão de processo administrativo sancionador contra a empresa Telekall Infoservice**. Brasília. 2023. Disponível em: https://www.gov.br/anpd/pt-br/assuntos/noticias/sei_00261-000489_2022_62_decisao_telekall_infoservice.pdf p. 11.

accountability como vetores à uma gestão mais democrática dos fluxos de dados no longo prazo. Em outras palavras, promover uma efetiva cultura de proteção de dados.

3. Legítimo Interesse e o Tratamento de Dados de Crianças e Adolescentes

Contexto

Em setembro de 2022, a ANPD abriu uma Tomada de Subsídios para coletar contribuições sobre as bases legais aplicáveis para o tratamento de dados de crianças e adolescentes, a partir de um estudo preliminar que propunha três caminhos: (i) aplicação do consentimento (art.14, §1o) como a única hipótese legal; (ii) aplicação exclusiva das hipóteses legais previstas no art. 11 da LGPD; (iii) possibilidade de aplicação das hipóteses legais previstas nos arts. 7º e 11 da LGPD.

Apesar de já ter sido publicado um enunciado com a escolha interpretação nº 3 pela Autoridade, ou seja, que todas as bases legais da LGPD - artigos 7º e 11º - são aplicáveis ao tratamento de dados de crianças e adolescentes, se faz imprescindível retomar algumas reflexões.

Na oportunidade mencionada, a Data Privacy Brasil, em parceria com a Comissão de Proteção dos Direitos das Crianças e dos Adolescentes da OAB São Paulo, enviou uma contribuição, destacando que a melhor opção seria a segunda hipótese, ou seja, a aplicação exclusiva das bases legais do artigo 11 da LGPD. Dentre os diferentes argumentos levantados, um deles foi a impossibilidade de aplicação do legítimo interesse (artigo 7, IX da LGPD) para o tratamento de dados de crianças e adolescentes.

A hipótese legal do legítimo interesse tem como um pressuposto basilar a existência de tensão entre o legítimo interesse do controlador e a legítima expectativa e a proteção dos direitos do titular. A partir dessa lógica, surge a figura do teste de balanceamento, como uma forma de encontrar um equilíbrio de interesses, um denominador comum. Entretanto, quando é inserida na análise o melhor interesse da criança, tal conciliação ou balanceamento se torna inalcançável¹³.

Isso porque o próprio conteúdo do artigo 14 da LGPD estabelece que o interesse da criança ou do adolescente deve ser o único elemento a ser considerado, uma vez que preleciona que “O tratamento de dados pessoais de crianças e de adolescentes deverá ser realizado em seu melhor interesse”. Ou seja, é rechaçada qualquer possibilidade do interesse do controlador ou de um terceiro se sobrepor ao melhor interesse

13 ASSOCIAÇÃO DATA PRIVACY BRASIL DE PESQUISA, DATA PRIVACY BRASIL ENSINO E COMISSÃO DE DEFESA DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE DA ORDEM DOS ADVOGADOS DE SÃO PAULO. **Contribuição à Tomada de Subsídios sobre Tratamento de Dados de Crianças e Adolescentes da Autoridade Nacional de Proteção de Dados**. São Paulo, 20 de dezembro de 2022.

da criança, não sendo viável vislumbrar alguma hipótese em que o arcabouço jurídico nacional admita o balanceamento de interesses entre o controlador/terceiro e um titular que seja uma criança ou adolescente¹⁴.

É nesse sentido também que Caitlin Mulholland e Mariana Palmeira apontam que:

[...] em situação peculiar se encontra o interesse legítimo do controlador ou de terceiro (artigo 7º, IX). Neste caso, entendemos pela incompatibilidade desta base legal aplicada ao tratamento de dados de crianças e adolescentes por um motivo principal: **a cláusula geral do melhor interesse se impõe como filtro antecedente tornando prejudicada a possibilidade de qualquer outro interesse prevalecer além daquele (criança ou adolescente)**¹⁵.

Portanto, reforçamos o argumento ora levantado na contribuição para Tomada de Subsídios de que **o melhor interesse não é um elemento adicional a ser considerado em um teste de balanceamento, mas sim o núcleo de qualquer relação entre um controlador de dados e um titular que seja criança ou adolescente**¹⁶.

Sendo assim, considerando o legítimo interesse uma base legal que necessariamente exige o balanceamento entre os interesses do controlador (ou de terceiro) e dos titulares, e considerando a absoluta prioridade do melhor interesse da criança, a aplicação da base legal do legítimo interesse torna-se inviável.

Importante ressaltar que na contribuição submetida sobre o tópico também buscou-se demonstrar como as bases legais do artigo 11 são satisfatórias para as atividades de tratamento envolvendo dados de crianças e adolescentes.

14 ASSOCIAÇÃO DATA PRIVACY BRASIL DE PESQUISA, DATA PRIVACY BRASIL ENSINO E COMISSÃO DE DEFESA DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE DA ORDEM DOS ADVOGADOS DE SÃO PAULO. *op. cit.*

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

16 ASSOCIAÇÃO DATA PRIVACY BRASIL DE PESQUISA, DATA PRIVACY BRASIL ENSINO E COMISSÃO DE DEFESA DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE DA ORDEM DOS ADVOGADOS DE SÃO PAULO. *op. cit.*

De forma específica, destacamos como o uso de bases legais como o §3º do artigo 14 (que autoriza o tratamento de dados de crianças, sem o consentimento dos pais ou responsável legal, para a sua proteção), o artigo 11, II, d, (o qual viabiliza atividades de tratamento de dados para garantir direitos, ainda que unicamente em relações contratuais) e, principalmente, o artigo 11, II, g, (que permite o tratamento de dados para verificação de fraude e segurança do titular). **Essa última base legal foi ressaltada na nossa contribuição por suas similaridade com o legítimo interesse, e como, devido à essas similitudes, seria suficientemente satisfatória para o tratamento de dados de crianças e adolescentes, sem a necessidade de assumir todos os riscos que acompanham a utilização de forma ampla¹⁷ do artigo 7, IX da LGPD.**

A própria Autoridade ressaltou a semelhança entre as duas hipóteses no estudo preliminar ora em debate, apontando que a aplicação da base legal prevista no art. 11, II, g, da LGPD, deve “observar sistemática similar à prevista para o legítimo interesse”¹⁸. Ou seja, que apesar da primeira ter finalidades estabelecidas previamente, são bases legais que guardam muitas semelhanças entre si, inclusive no tocante à aplicabilidade. Nessa toada, vale mencionar um dos exemplos trazidos pelo estudo preliminar, sobre o uso de câmeras de segurança em um shopping center:

Um Shopping Center pretende instalar câmeras a fim de proteger a segurança do local e inibir a prática de atos ilícitos. A hipótese legal fundamentada para a realização do tratamento dos dados pessoais coletados é o legítimo interesse. Previamente à instalação, foi verificado que também seriam tratados dados pessoais de crianças e adolescentes que frequentam o Shopping. Tais informações poderiam ser utilizadas, por exemplo, quando necessário localizar crianças que se perderam dos pais. A equipe responsável realizou teste de balanceamento do legítimo interesse, no qual avaliou que o tratamento dos dados desses titulares seria compatível com o princípio do melhor interesse da criança. No entanto, recomendou a adoção de medidas de mitigação de risco, entre as quais o rígido controle de acesso aos vídeos, um prazo mais curto de armazenamento, a divulgação em pontos estratégicos do Shopping de informações sobre o funcionamento das

¹⁷ *Ibid.*

¹⁸ AUTORIDADE NACIONAL DE PROTEÇÃO DE DADOS (ANPD). *op. cit.* p. 4.

câmeras e a não utilização de tecnologias que tratem as imagens a nível biométrico, levando assim ao tratamento de dados sensíveis. Além disso, em atenção ao princípio da necessidade, recomendou o judicioso planejamento de segurança, visando à redução do número de câmeras a serem instaladas.

A Autoridade apontou como adequada a utilização da base legal do legítimo interesse para o caso em questão. No entanto, é nítido que, seguindo a interpretação proposta na nossa contribuição para a Tomada de Subsídios, e considerando que a atividade de tratamento seria realizada com a finalidade primordial de segurança do titular, já que seriam utilizadas, por exemplo, “quando necessário localizar crianças que se perderam dos pais”, seria plenamente aplicável a base legal do artigo 11, II, g, da LGPD.

Portanto, resta nítido que as bases legais do artigo 11 da LGPD, interpretação que compreendemos ser a mais adequada, seriam suficientes para as atividades de tratamento envolvendo dados de crianças e adolescentes, sem necessidade de submeter seus dados à bases legais mais “amplas”, como o legítimo interesse.

Considerações acerca das orientações trazidas pelo estudo preliminar para o tratamento de dados de crianças e adolescentes com base no legítimo interesse

RESUMO DA RECOMENDAÇÃO

Diante da condição peculiar de desenvolvimento dos titulares em questão, que tem garantida pela Constituição sua proteção integral, com prioridade absoluta, recomendamos que seja adotada uma postura mais prescritiva no estudo preliminar, sendo fornecidas orientações diretas e claras a serem cumpridas, no lugar de se limitar a “indicar tendências”. Uma forma de materializar isso é por meio de uma redação mais assertiva colocando a (i) “relação prévia e direta com o controlador”, (ii) “objetivo de assegurar a proteção de seus direitos e interesses” e (iii) “viabilizar a prestação de serviços que o beneficiem”, não apenas como meras tendências, mas como critérios condicionantes a serem observados antes da realização da atividade de tratamento.

O capítulo sobre o tema no estudo preliminar segue, em sua grande parte, **um caminho de *indicar tendências, no lugar de dar orientações e recomendações claras a serem cumpridas***. Em se tratando de titulares crianças e adolescentes, **não nos parece o caminho mais adequado**.

Isso porque, tais sujeitos se encontram em peculiar fase de desenvolvimento físico, cognitivo, psicológico e social e, portanto, precisam de proteção jurídica especial. Além de terem sua *proteção integral* garantida pelo artigo 227 da Constituição, doutrina inerente e central à proteção da infância e da adolescência contexto brasileiro, a qual é “formada por um conjunto de enunciados lógicos, que exprimem um valor ético maior, organizada por meio de normas interdependentes que reconhecem criança e adolescente como sujeitos de direitos”¹⁹.

Além disso, o caput do artigo 227 amplia a obrigação de as famílias e a sociedade como um todo, incluídas aí também as pessoas jurídicas de direito privado que a integram, de solidariamente garantir essa proteção integral. É nessa toada que a Constituição estabelece um direito fundamental à solidariedade de que são titulares as crianças e adolescentes, direito esse que exprime:

um dever de todos, agentes estatais ou privados, com relação à criança, para que busquem **o objetivo comum de garantia absolutamente prioritária dos direitos e melhor interesse da criança, muitas vezes abdicando de seus próprios interesses e posicionamentos para realização deste dever**²⁰.

De maneira semelhante, a fase de desenvolvimento pela qual tais indivíduos passam, implica ao reconhecimento jurídico de que são sujeitos cuja vulnerabilidade é presumida²¹. Sendo assim, segundo Miragem, “no caso da criança, a vulnerabilidade é um estado a priori, considerando que vulnerabilidade é justamente o estado daquele que

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

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

21 ASSOCIAÇÃO DATA PRIVACY BRASIL DE PESQUISA, DATA PRIVACY BRASIL ENSINO E COMISSÃO DE DEFESA DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE DA ORDEM DOS ADVOGADOS DE SÃO PAULO. *op. cit.*

pode ter um ponto fraco, que pode ser ‘ferido’ (vulnerare) ou é vítima facilmente”²².

Na seara da proteção de dados pessoais, o racional de vulnerabilidade presumida e autonomia progressiva de crianças e adolescentes é reconhecido pela LGPD em seu § 6º de artigo 14, o qual destaca a condição peculiar dos mais jovens, apontando que as informações sobre o tratamento de seus dados deverão “ser fornecidas de maneira simples, clara e acessível, consideradas as características físico-motoras, perceptivas, sensoriais, intelectuais e mentais do usuário”, com o objetivo de proporcionar a informação necessária e adequada para o entendimento da criança.

Portanto, devido às peculiaridades inerentes aos titulares de dados em questão, e os riscos criados pela abertura da base legal do legítimo interesse, que atribui um certo grau de discricionariedade ao controlador e exige que o agente faça uma adequada gestão do risco, **é indispensável um texto mais prescritivo e direto nas suas orientações**, para que o melhor interesse da criança ou adolescente seja garantido de forma efetiva. **Não é adequado que as orientações deixem margem para interpretações abertas e meras indicação de “tendências”** que levam a um maior grau de subjetividade e, com isso, maiores riscos envolvidos, uma vez que os controladores de dados podem não ter elementos suficientes para determinar qual é o melhor interesse da criança em cada situação concreta, e como o seu próprio interesse pode ou não estar conectado com o da criança.

Soma-se a isso o fato de que os controladores que vão tratar dados de crianças e adolescentes - e eventualmente se valerem do legítimo interesse - irão buscar o guia orientativo para fazê-lo da melhor forma possível. Caso o guia não dê a concretude e as ferramentas necessárias, haverá uma desproteção das crianças e adolescentes que terão seus dados tratados sem as devidas salvaguardas.

A falta de prescritividade já pode ser identificada desde a indicação do legítimo interesse para o tratamento de dados de crianças e adolescentes ser uma hipótese residual: “Por fim, cumpre reforçar que a utilização do legítimo interesse como hipótese legal para o tratamento de dados de crianças e adolescentes **tende a ser residual**”²³. Recomendamos uma redação mais assertiva, colocada, inclusive, no início do capítulo, estabelecendo que o uso da base legal em questão **deve ocorrer exclusivamente quando não houver nenhuma outra opção cabível e ainda atender ao melhor interesse da criança e do adolescente, conforme documentado na avaliação de melhor interesse**.

²² MIRAGEM, Bruno. Curso de direito do consumidor Bruno Miragem., 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

²³ AUTORIDADE NACIONAL DE PROTEÇÃO DE DADOS (ANPD), *op. cit.* p. 7.

Também identificamos uma necessidade de maior assertividade ao apontar outros critérios de aplicação da hipótese legal.

“podemos concluir que o tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes com base na hipótese do legítimo interesse **tende a ser mais apropriado** em situações nas quais há uma relação prévia e direta do controlador com os titulares e quando o tratamento visa a assegurar a proteção de seus direitos e interesses ou viabilizar a prestação de serviços que o beneficiem.²⁴”

Ao nosso sentir, **uma orientação mais direta, colocando a (i) “relação prévia e direta com o controlador”, (ii) “objetivo de assegurar a proteção de seus direitos e interesses” e (iii) “viabilizar a prestação de serviços que o beneficiem”, não apenas como meras tendências, mas como critérios condicionantes a serem observados antes da realização da atividade de tratamento amparada pela base legal** seria a abordagem mais adequada.

De igual maneira, é estabelecido que o controlador deve se pautar por um **dever de documentação**, de forma elaborar e manter registros das justificativas para a realização da atividade de tratamento, que precisam ser capaz de demonstrar:

- i. o que foi considerado como sendo o melhor interesse da criança ou do adolescente;
- ii. com base em quais critérios os seus direitos foram ponderados em face do interesse legítimo do controlador ou de terceiro; e
- iii. que o tratamento não gera riscos ou impactos desproporcionais e excessivos, considerando a condição da criança e do adolescente como sujeitos de direitos²⁵.

Diante desses pontos, é necessária a análise de cada tópico e suas implicações individualmente.

24 *Ibid*, p. 5-6.

25 *Ibid*, p. 5.

A. DEMONSTRAÇÃO ACERCA DOS ELEMENTOS CONSIDERADOS PARA DETERMINAR O MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA

Quanto ao primeiro tópico, a necessidade de demonstrar que foi considerado o melhor interesse da criança, como foi mencionado no tópico anterior, deve ser sempre entendido como um “filtro antecedente” em qualquer análise que envolva dados de crianças e adolescentes. É uma máxima mencionada não apenas no caput do artigo 14 da LGPD, como também no próprio enunciado nº 1/2023 da ANPD que autoriza o uso de todas as bases legais da mesma legislação.

No entanto, apesar de apontar para a importância de que seja demonstrada a garantia do melhor interesse, no estudo preliminar não há indicações concretas de como isso pode ser feito. Isso dificulta a verificação efetiva do cumprimento, além de abrir margem para relegar tal análise a uma perspectiva subjetiva, o que não pode acontecer. O próprio Comentário Geral nº14 do Comitê do Direito das Crianças da ONU, citado pelo estudo, já traz parâmetros para que o melhor interesse seja trazido e considerado em casos concretos. Além de existirem diferentes maneiras de se comprovar e documentar que o mesmo foi garantido.

Por exemplo, a elaboração de um “Children’s Rights Impact Assessment (CRIA)” poderia ser um caminho adequado. O CRIA é uma metodologia de documentação também criada pelo Comitê dos Direitos das Crianças da ONU, que tem como objetivo “traduzir o artigo 3 da Convenção dos Direitos das Crianças, com relação à dar prioridade ao melhor interesse da criança e colocá-lo em prática de maneira estruturada e concreta”²⁶.

Atualmente, organizações como a Digital Futures Commission, vêm estudando e propondo a utilização desse tipo de relatório para as demandas no ambiente digital. Em 2021, a referida organização, em conjunto com a 5Rights Foundation, lançou o relatório “*Child Rights Impact Assessment (CRIA): A tool to realise child rights in the digital environment*”²⁷, que faz uma retrospectiva do uso desse tipo de documentação, além de fornecer uma listagem dos principais modelos de CRIA’s produzidos e utilizados em diferentes países. A utilização desse tipo de relatório, conforme destacado pelas au-

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

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

toras, já é adotada em países como Austrália, Nova Zelândia, Canadá e, no sul global, em países como Índia, Colômbia, Bolívia e Costa Rica²⁸.

Por sua vez, o UNICEF também vem desenvolvendo pesquisas sobre CRIA's voltados para a dinâmica digital e recentemente publicou a segunda edição do "MO-CRIA: *Child Rights Impact Self-Assessment Tool for Mobile Operators*"²⁹. Esse documento setorial também tem como objetivo fornecer orientações sobre como analisar e gerenciar impactos potenciais e reais sobre os direitos da criança, pautados no melhor interesse desses sujeitos, além de buscar a construção de padrões para apoiar atores privados na mitigação de riscos.

Interessante mencionar também que o setor governamental também vêm se movimentando nesse sentido. O governo do Canadá, por exemplo, também disponibiliza em seu site um modelo de CRIA³⁰ voltado para a "orientação das autoridades federais sobre como considerar os direitos das crianças em suas iniciativas", mas que também pode ser utilizada por qualquer outro tipo de organização.

Diante desses pontos, é notório que existem metodologias e frameworks que possibilitam demonstrar de maneira concreta e documentada que o melhor interesse da criança ou adolescente foi cumprido. Portanto, **recomendamos que além de determinar o dever de demonstrar o cumprimento do melhor interesse, a Autoridade deve indicar formas de como isso pode ser realizado de forma documentada através de documentos como o *Children's Rights Impact Assessment*.**

B. DEMONSTRAR BASE EM QUAIS CRITÉRIOS OS SEUS DIREITOS FORAM PONDERADOS EM FACE DO INTERESSE LEGÍTIMO DO CONTROLADOR OU DE TERCEIRO

O teste de balanceamento é condição fundamental para a utilização do legítimo interesse, para que seja garantida a prestação de contas e a transparência da atividade de tratamento, bem como a proceduralização realizada para determinar o balanceamento de interesses, as salvaguardas adotadas, as formas de materialização dos direitos dos titulares e a avaliação de quais dados são necessários para aquela atividade

28 DIGITAL FUTURES COMMISSION, *op. cit.* p. 8.

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

30 GOVERNMENT OF CANADA. Child Rights Impact Assessment. Disponível em: <https://www.justice.gc.ca/eng/csjsj-cria-erde/tool-outil.html>. Acesso em: 17 de outubro de 2023.

de tratamento.

No caso de tratamento de dados de crianças e adolescentes, apesar de defendermos a impossibilidade de um equilíbrio de interesses, conforme ora mencionado, entendemos pela necessidade de uma gramática mais assertiva na determinação de que seja realizado o teste de balanceamento, reforçando, assim, o dever de documentação.

Também acreditamos que merece maior destaque a orientação de que **se o resultado do teste de balanceamento for inconclusivo**, ou se não forem identificadas medidas de segurança e de mitigação de risco adequadas à hipótese, deve ser adotada outra base legal. **Sugerimos que isso seja abordado de maneira assertiva no estudo, tendo a impossibilidade de aplicação da base legal como consequência direta, caso o resultado não seja conclusivo.**

C. DEMONSTRAR QUE O TRATAMENTO NÃO GERA RISCOS OU IMPACTOS DESPROPORCIONAIS E EXCESSIVOS, CONSIDERANDO A CONDIÇÃO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE COMO SUJEITOS DE DIREITOS

No estudo é indicado que o Relatório de Impacto à Proteção de Dados Pessoais (RIPD) para o tratamento de dados de crianças e adolescentes seja elaborado nos casos em que seja identificada, na situação concreta, a **existência de alto risco** à garantia dos princípios gerais de proteção de dados pessoais e às liberdades civis e aos direitos fundamentais dos titulares.

Nesse caso, de acordo com os critérios do art. 4º, I da Resolução CD/ANPD nº 2/2022³¹, para ser considerada uma hipótese de alto risco, além de ser um tratamento de dados que envolva dados de crianças e adolescentes, a atividade precisa também obrigatoriamente abarcar um dos seguintes critérios:

I - critérios gerais:

- a) tratamento de dados pessoais em larga escala; ou
- b) tratamento de dados pessoais que possa afetar significativamente interesses e direitos fundamentais dos titulares;

31 BRASIL. Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD). Resolução ANPD nº 2, de 27 de janeiro de 2022. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 28 de janeiro de 2022, Seção 1, p. 1-2. Disponível em: <https://in.gov.br/web/dou/-/resolucao-cd/anpd-n-2-de-27-de-janeiro-de-2022-376562019>. Acesso em: 17 de outubro de 2023.

Desse modo, infere-se que caso um tratamento de dados de crianças e adolescentes não esteja associado a uma desses dois critérios, não seria categorizado como “alto risco” e, conseqüentemente, não precisaria ser elaborado um RIPD.

Noutro passo, o estudo preliminar determina que em qualquer atividade de tratamento de dados de crianças e adolescentes, o controlador precisará demonstrar **“que o tratamento não gera riscos ou impactos desproporcionais e excessivos, considerando a condição da criança e do adolescente como sujeitos de direitos”**.

Diante desse cenário, surge o seguinte questionamento: como demonstrar isso de forma segura e consistente, sem a elaboração de um RIPD?

Possibilitar a realização de atividades de tratamento envolvendo dados de crianças e adolescentes sem a realização de um RIPD, ao mesmo tempo que exige-se uma demonstração de que as mesmas não geram “riscos ou impactos desproporcionais e excessivos”, não nos parece viável. **Recomendamos que a orientação de elaboração de RIPD seja para toda e atividade de tratamento de dados de crianças e adolescentes, especialmente no caso de aplicação do legítimo interesse.** Só assim poderão ser mapeados e mitigados os riscos envolvidos.

O cenário internacional vem também alinhado com essa diretriz. Um dos padrões apresentados pelo *Age Appropriate Design Code, do Information Commissioner’s Office - ICO* (Reino Unido) determina que seja elaborado um DPIA - que corresponde no Brasil ao RIPD - para avaliar e mitigar os riscos para os direitos e liberdades das crianças que possam acessar determinado serviço. Nesse sentido, a Autoridade dispõe em seu site de: (i) um template padrão editável de DPIA³² que pode ser adaptado a cada setor específico; (ii) um *toolkit* de autoavaliação³³ para que as empresas consigam desenvolver suas próprias análises, baseada em riscos, com etapas práticas de avaliação.

Por sua vez, o *California Age-Appropriate Design Code Act* determina que as organizações devem realizar uma avaliação de impacto para “cada serviço, produto ou recurso online que possa vir a ser usado por crianças antes de disponibilizá-lo ao público”³⁴. Além disso, o código determina que seja documentado qualquer risco de prejuízo que surja das práticas de gestão de dados da organização, com a obrigação de criação de

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

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

34 CALIFÓRNIA LEGISLATIVE INFORMATION. Age Appropriate Design Code, projeto de Lei AB 2273. Disponível em: https://leginfo.legislature.ca.gov/faces/billCompareClient.xhtml?bill_id=20210220AB2273&showamends=false. Acesso em: 17 de outubro de 2023.

um plano de ação para “mitigar ou eliminar o risco antes do serviço online, produto ou recurso seja acessado por crianças”³⁵.




Por fim, o *Children’s Rights Fundamentals*, da *Data Protection Commission - DPC* (Irlanda) vai no mesmo sentido, determinando que os provedores de serviços online devem realizar um DPIA para minimizar os riscos à proteção de dados de crianças e adolescentes, tendo o melhor interesse da criança como elemento fundamental³⁶. Por fim, o código aponta que em qualquer conflito entre os interesses comerciais de uma organização e o melhor interesse da criança, esse último deve prevalecer.

35 *Ibidem*.

36 DATA PROTECTION COMMISSION. Fundamentals for a Child-Oriented Approach to Data Processing. Disponível em: https://www.dataprotection.ie/sites/default/files/uploads/2021-12/Fundamentals%20for%20a%20Child-Oriented%20Approach%20to%20Data%20Processing_FINAL_EN.pdf. Acesso em: 17 de outubro de 2023.

Resumo das recomendações sobre dever de documentação

Conforme apontado acima, entendemos que toda a atividade de tratamento de dados de crianças e adolescentes que envolver a utilização do legítimo interesse precisa ser acompanhada de três tipos de documentações diferentes.

 ORIENTAÇÃO DO ESTUDO PRELIMINAR	 DOCUMENTO A SER UTILIZADO	 OBJETIVO
Demonstrar “o que foi considerado como sendo o melhor interesse da criança ou do adolescente”;	Children’s Rights Impact Assessment (CRIA)	Avaliar de forma documentada se o melhor interesse da criança foi considerado de forma adequada e atendido
Demonstrar com base em quais critérios os seus direitos foram ponderados em face do interesse legítimo do controlador ou de terceiro; e	Teste de Legítimo Interesse (LIA)	Avaliar a adequação da base legal do legítimo interesse
Demonstrar que o tratamento não gera riscos ou impactos desproporcionais e excessivos, considerando a condição da criança e do adolescente como sujeitos de direitos.	Relatório de Impacto à Proteção de Dados Pessoais (RIPD)	Mapear, avaliar e mitigar os riscos envolvidos na atividade de tratamento

Da necessidade de uma atuação mais concreta na agenda de proteção de dados de crianças e adolescentes

Por fim, gostaríamos de retomar o ponto central sobre a agenda de proteção de dados de crianças e adolescentes no Brasil: **a importância de uma atuação mais ampla e concreta por parte da ANPD.**

Conforme destacamos na nossa contribuição para a Tomada de Subsídios, sem dúvidas é extremamente relevante que a Autoridade tenha se debruçado sobre as discussões envolvendo as bases legais aplicáveis para a proteção de dados de crianças e adolescentes. É igualmente significativo que tenha sido destinado um capítulo no estudo preliminar sobre legítimo interesse exclusivamente para tratar sobre a sua aplicação com relação aos dados de crianças e adolescentes.

No entanto, de maneira similar, urge o reconhecimento **de que essa proteção deve ser realizada com absoluta prioridade, nos termos da Constituição Federal, a partir de uma atuação mais ampla e concreta da Autoridade.**

Foi partindo de tal argumento que a Carta Aberta³⁷, foi produzida e enviada à ANPD em dezembro de 2022. Na oportunidade, mais de 80 organizações e profissionais da área fizeram um apelo à ANPD para que, em resumo: (i) continuasse a priorizar a regulamentação da proteção de dados de crianças e adolescentes e centralizasse em sua atuação o desenvolvimento de mecanismos regulatórios que tenham como foco e, em primeiro lugar, a proteção às múltiplas infâncias e adolescências; (ii) que as suas normatizações sobre a matéria fosse desenvolvidas com a participação da sociedade civil organizada e especialistas multidisciplinares; (iii). que a Autoridade envolvesse em seus processos de regulamentação aqueles que merecem o verdadeiro protagonismo nesta discussão: as próprias crianças e adolescentes.

A própria ANPD, em sua agenda regulatória para 2023-2024 reconheceu que “em razão de limitações de escopo e de tempo” as discussões até então realizadas não tinham “pretensão de ser exaustivas³⁸. Também destacou a importância de se aprofundar estudos sobre outros temas, como o impacto de plataformas e jogos na proteção de dados de crianças e adolescentes.

Sendo assim, espera-se, portanto, que a Autoridade, a partir do movimento já iniciado, busque uma postura cada vez mais ativa e aprofundada sobre a regulamentação da proteção de dados de crianças e adolescentes, que se dê de acordo com os padrões internacionais, e com o estabelecimento de parâmetros claros e precisos, sempre colocando o melhor interesse da criança como pilar fundamental de suas análises.

37 Data Privacy Brasil. Carta aberta sobre a atuação da ANPD na proteção de dados pessoais de crianças e adolescentes. Disponível em: <https://www.dataprivacybr.org/wp-content/uploads/2022/12/Carta-aberta-atuacao-da-ANPD-na-protecao-de-dados-pessoais-de-criancas-e-a-adolescentes.pdf>. Acesso em: 17 de outubro de 2023.

38 BRASIL. Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD). Portaria ANPD nº 35, de 4 de novembro de 2022. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 7 de novembro de 2022, Seção 1, p. 1-2. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-anpd-n-35-de-4-de-novembro-de-2022-442057885>. Acesso em: 17 de outubro de 2023.

