



De
LEGIBUS

5/6



2023



**E SE UMA CRIANÇA EXERCER OS SEUS DIREITOS
ENQUANTO TITULAR DE DADOS?**

WHAT IF A CHILD EXERCISES HIS RIGHTS AS A DATA SUBJECT?

GRAÇA CANTO MONIZ



REVISTA DE DIREITO

LAW JOURNAL

Faculdade de Direito — Universidade Lusófona

<https://revistas.ulusofona.pt/index.php/delegibus>

E SE UMA CRIANÇA EXERCER OS SEUS DIREITOS ENQUANTO TITULAR DE DADOS?

WHAT IF A CHILD EXERCISES HIS RIGHTS AS A DATA SUBJECT?

GRAÇA CANTO MONIZ*

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Sumário dos instrumentos internacionais e europeus de proteção das crianças; 3. A proteção das crianças no Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados (RGPD); 3.1. As crianças enquanto titulares dos dados vulneráveis; 3.2. O regime especial de proteção das crianças; 3.2.1. O princípio da responsabilidade e a adoção de medidas adequadas; 3.2.2. O princípio da licitude e os fundamentos do tratamento; 3.2.3. O princípio da transparência; 3.2.4. A definição de perfis de crianças; 3.2.5. O direito ao apagamento; 4. A capacidade de exercício das crianças; 4.1. O direito nacional; 4.2. As posições das autoridades de controlo: os casos de França, Irlanda, Reino Unido e Portugal; 5. Conclusões.

RESUMO: O Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados (RGPD) prevê um regime especial para os tratamentos de dados pessoais de crianças. Esse regime decorre de normas que expressamente referem estes titulares de dados e de outras que não mencionam especificamente as crianças. O objetivo deste texto é analisar essas disposições de modo a perceber em que circunstâncias pode uma criança exercer os seus direitos enquanto titular de dados pessoais.

PALAVRAS-CHAVE: proteção de dados pessoais; direitos do titular; crianças; autoridades de controlo; direito nacional.

ABSTRACT: The General Data Protection Regulation (GDPR) establishes a special regime for the processing of children's personal data. This regime derives from rules that expressly refer to these data subjects and from other rules that do not specifically mention children. The purpose of this text is to analyze these provisions in order to understand under what circumstances a child can exercise his or her rights as a data subject.

* Professora Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Lusófona (Lisboa) e Google Chair on Data Governance na NOVA School of Law. CEO da FUTURA. Investigadora do CEAD Francisco Suárez. gracacantomoniz@ulusofona.pt

KEYWORDS: personal data protection; data subject rights; minors; data protection authority; national law.

1. INTRODUÇÃO

O Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados (RGPD) prevê um regime especial de proteção das crianças onde se destaca o artigo 8.º sobre a oferta de serviços da sociedade da informação às crianças¹. Além desta disposição a proteção qualificada das crianças naquele diploma, alinhada com os instrumentos internacionais e europeu de proteção das crianças, decorre, direta e indiretamente, de outras normas. Contudo, o que não é esclarecido pelo legislador em qualquer disposição é a capacidade de exercício das crianças, em especial, em que circunstâncias podem exercer os direitos que são reconhecidos aos titulares de dados. Este estudo procura responder a essa questão.

Para tanto, começa, no ponto 2, com um (muito) breve enquadramento do direito europeu e internacional aplicável às crianças. Depois, no ponto 3, a análise foca-se no RGPD propriamente dito começando pela posição especial das crianças enquanto titulares de dados vulneráveis (3.1.), seguindo depois para o regime especial ali previsto, em particular, o princípio da responsabilidade, a obrigação geral de adoção de medidas adequadas e outras obrigações relacionadas, o princípio da licitude e os fundamentos do tratamento, o princípio da transparência, a definição de perfis e o direito ao apagamento (3.2.). Por fim, o ponto 4 procura as respostas para a principal questão aqui estudada, começando pelo direito dos Estados-Membros e passando para as opiniões de quatro autoridades de controlo (França, Irlanda, Reino Unido e Portugal).

2. SUMÁRIO DOS INSTRUMENTOS INTERNACIONAIS E EUROPEUS DE PROTEÇÃO DAS CRIANÇAS

O estudo do direito da proteção de dados das crianças deve ser antecedido de um breve enquadramento dos instrumentos internacionais e europeus aplicáveis. Ao contrário de outros conceitos do direito da proteção de dados

1 A maioria dos instrumentos internacionais, como o artigo 1.º da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 20 de novembro de 1989 e ratificada por Portugal em 21 de setembro de 1990, refere que criança é uma pessoa com menos de 18 anos, a menos que tenha adquirido a maioridade antes dessa idade. Por isso, segue-se ao longo deste trabalho o mesmo critério.

que reclamam um grau significativo de autonomia em relação a outras áreas do direito², no que diz respeito às crianças, são aquelas normas que orientam as posições das autoridades de controlo e dos tribunais nacionais e europeus.

Ao nível europeu, além dos Tratados³ e da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia⁴, são vários os diplomas que estabelecem direitos das crianças⁵, sendo de realçar a Convenção do Conselho da Europa sobre o Exercício de Direitos das Crianças, de 1966, ou as recentes comunicações da Comissão Europeia intituladas “Estratégia da UE sobre os direitos da criança”, de 2021, e “Uma Década Digital para as crianças e os jovens: a nova Estratégia europeia para uma Internet melhor para as crianças (BIK+)”, de 2022. Entre os seis domínios temáticos da primeira estratégia destaca-se “o direito das crianças a navegar em segurança no ambiente digital e a aproveitar as oportunidades que este oferece”⁶. Por seu turno, a Comunicação de 2022 é particularmente relevante por reconhecer algumas insuficiências no arcaboiço normativo da União Europeia, nomeadamente em relação aos mecanismos de verificação da idade e aos instrumentos de consentimento parental.

Ao nível internacional, o principal instrumento é a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança (CNUDC), ratificada por todos os Estados-membros da UE. Em extrema síntese, esta Convenção reconhece o direito de todas as crianças a ter o melhor começo de vida possível, de crescer num clima de felicidade e com saúde e de desenvolver as suas potencialidades, nomeadamente o direito de viver num planeta limpo e saudável, num

2 Por exemplo, os conceitos de responsável pelo tratamento e de subcontratante, v. Comité Europeu de Proteção de Dados Pessoais, “Orientações 07/2020 sobre os conceitos de responsável pelo tratamento e subcontratante no RGPD”, 7 de julho de 2021, 10.

3 O artigo 3.º, n.º 3, do Tratado da União Europeia (TUE) estabelece o objetivo da UE de promover a proteção dos direitos da criança. O artigo 3.º, n.º 5, do TUE determina que, nas suas relações com o resto do mundo, a União contribui para a proteção dos direitos do Homem, em especial os da criança.

4 Artigo 24.º (Direitos das crianças).

5 Para uma visão compreensiva sobre este assunto, veja-se o “Manual de legislação europeia sobre os Direitos da Criança”, preparado pela Agência Europeia dos Direitos Fundamentais, publicado em 2016, acesso em 20 de maio de 2022, https://www.echr.coe.int/documents/handbook_rights_child_por.pdf.

6 Os outros domínios temáticos são os seguintes: 1. As crianças como agentes da mudança na vida democrática; 2. O direito das crianças a realizarem todo o seu potencial, independentemente da sua origem social; 3. O direito das crianças a não serem vítimas de violência; 4. O direito das crianças a uma justiça que lhes seja favorável; e 6. Os direitos das crianças em todo o mundo.

ambiente de proteção e carinho, de descontrair, de brincar e de participar em atividades culturais e artísticas, bem como de desfrutar e respeitar o ambiente natural.

Alguns artigos da CNUDC são particularmente relevantes para o aplicador do direito da proteção de dados, nomeadamente: o artigo 1.º, que define como criança “todo o ser humano menor de 18 anos”, exceto se, por força de lei, “atingir a maioridade mais cedo”; o artigo 3.º, que confere primazia ao “interesse superior da criança” no que toca a decisões relativas às mesmas; o artigo 5.º, ao prever que o Estado deve respeitar os direitos e responsabilidades dos pais e da família alargada na orientação da criança de uma forma que “corresponda ao desenvolvimento das suas capacidades”; o artigo 8.º, sobre proteção da identidade, que obriga o Estado a proteger e preservar os aspetos fundamentais da identidade da criança (incluindo o nome, a nacionalidade e as relações familiares); os artigos 12.º, 13.º e 14.º, respetivamente, sobre a opinião da criança, a liberdade de expressão e a liberdade de pensamento, consciência e religião; o artigo 16.º, que reconhece o direito de proteção contra intromissões na vida privada, família, residência, correspondência e contra ofensas ilegais à honra e reputação da criança, e o artigo 17.º, que dispõe sobre o acesso a informação apropriada.

Tanto o Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) como o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH) reconheceram a natureza vinculativa da CNUDC, tendo o TJUE reforçado a primazia do “interesse superior da criança”, previsto no artigo 3.º da CNUDC, na aplicação do Direito da União Europeia⁷.

3. A PROTEÇÃO DAS CRIANÇAS NO REGULAMENTO GERAL SOBRE A PROTEÇÃO DE DADOS (RGPD)

Um dos alicerces do RGPD é o reforço do controlo dos dados pessoais por parte dos titulares dos dados, incluindo nesta categoria de sujeitos as crianças

⁷ Acórdão *Neli Valcheva v. Georgios Babanarakis*, C-335/17, em particular a Opinião do Advogado Geral Szpunar, em cujo número 37 se encontra uma resenha de jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia reconhecendo o lugar prioritário do “interesse superior da criança” na interpretação do Direito da União Europeia.

(3.1.). De facto, além de titulares de dados em sentido próprio, as crianças gozam dos mesmos direitos que os titulares de dados adultos e, sobretudo, beneficiam de uma proteção especial no RGPD (3.2.). Conforme se pode ler no considerando 38 do RGPD, “podem estar menos cientes dos riscos, consequências e garantias em questão e dos seus direitos relacionados com o tratamento dos dados pessoais”.

3.1. AS CRIANÇAS ENQUANTO TITULARES DE DADOS VULNERÁVEIS

O titular dos dados é, segundo o artigo 4.º, n.º 1, do RGPD, a pessoa singular identificada ou identificável na informação qualificada como “dados pessoais”. Dentro desta ampla categoria, destacam-se os titulares de dados vulneráveis ou pessoas singulares vulneráveis, mencionados no considerando 75 do RGPD. Este grupo de titulares de dados tem vindo a ocupar cada vez mais espaço não só nos estudos doutrinários⁸, mas também nas orientações das autoridades de controlo⁹. Cabem neste grupo de sujeitos “todos os casos em que possa ser identificado um desequilíbrio na relação entre a posição do titular dos dados e o responsável pelo tratamento”, incluindo as crianças¹⁰. Como se vê, o estatuto especial das crianças no direito da proteção de dados pessoais começa logo nesta noção basilar.

Contudo, pergunta-se se esta posição de vulnerabilidade retira às crianças a *titularidade* dos mesmos direitos que são conferidos aos adultos? Desde logo, é de sublinhar a posição já antiga do antecessor do Comité Europeu de Proteção de Dados Pessoais: “Uma criança é um ser humano, no sentido mais completo da palavra. Por este motivo, a criança deve gozar de todos os direitos da pessoa, incluindo o direito à proteção dos seus dados pessoais.”¹¹

8 Gianclaudio Malgieri e Jedzej Niklas, “Vulnerable data subjects”, *Computer Law & Security Review*, 37, (2020).

9 Como é o caso da autoridade de controlo da Irlanda em “Guide to Data Protection Impact Assessments (DPIAs)”, setembro de 2019, 7.

10 “Orientações relativas à Avaliação de Impacto sobre a Proteção de Dados (AIPD) e que determinam se o tratamento é ‘suscetível de resultar num elevado risco’ para efeitos do Regulamento (UE) 2016/679”, abril de 2017, 10.

11 Grupo de Trabalho do Artigo 29.º, “Parecer n.º 2/2009 sobre a proteção dos dados pessoais das crianças (Orientações gerais e a situação especial das escolas)”, 11 de fevereiro de 2009, 3.

Por outro lado, o entendimento das autoridades de controlo em relação ao princípio da transparência e ao direito à informação é o de que “uma criança (tal como qualquer outro titular de dados) tem permanentemente direito à transparência enquanto durar o seu compromisso com um responsável pelo tratamento”¹². Do mesmo modo, entende-se que o simples facto de os dados pessoais de uma criança serem tratados com base numa autorização do titular da responsabilidade parental não lhe retira nenhuma das faculdades previstas na cartilha de direitos dos artigos 12.º e seguintes do RGPD¹³. Assim, recordando conceitos elementares de introdução ao direito, dir-se-á que uma criança tem *capacidade de gozo*, ou seja, é suscetível de ser titular de direitos ou, genericamente, de situações jurídicas¹⁴.

Mas, além disto, o RGPD prevê um outro conjunto de normas que visam regular os tratamentos dos dados de crianças e que devem ser tidos em conta *antes* de o responsável pelo tratamento tomar qualquer decisão sobre as medidas técnicas e organizativas a adotar, nomeadamente em matéria de exercício de direitos¹⁵.

3.2. O REGIME ESPECIAL DE PROTEÇÃO DAS CRIANÇAS

O RGPD cria um nível de proteção acrescida quando os dados pessoais de crianças são tratados. As matérias que mais ocupam a doutrina são o *consentimento digital*, regulado pelo artigo 8.º, ou seja, o consentimento no que respeita à oferta direta de serviços da sociedade da informação

12 Grupo de Trabalho do Artigo 29.º, “Orientações relativas à transparência na aceção do Regulamento 2016/679”, 11 de abril de 2018, 12; Data Protection Commission, “Fundamentals for a child-oriented approach to data processing”, dezembro de 2021, 21; ICO, “Guide to the General Data Protection Regulation (GDPR). Children and the UK GDPR”, 2020, acesso em 20 de maio de 2022, <https://ico.org.uk/for-organisations/guide-to-data-protection/guide-to-the-general-data-protection-regulation-gdpr/children-and-the-uk-gdpr/what-rights-do-children-have/>; CNIL, “Recommandation 2: encourager les mineurs à exercer leurs droits”, 2021, acesso em 20 de maio de 2022, <https://www.cnil.fr/fr/recommandation-2-encourager-les-mineurs-exercer-leurs-droits>.

13 Neste sentido, veja-se a posição da autoridade de controlo da Irlanda, Data Protection Commission, “Fundamentals for a child-oriented approach to data processing”, dezembro de 2021, 21.

14 Luís A. Carvalho Fernandes, *Teoria Geral do Direito Civil* (Lisboa: Universidade Católica Editora, 2000), 125; Pedro Pais de Vasconcelos, *Teoria Geral do Direito Civil*, (Lisboa: Almedina, 2010), 91 e 113.

15 Esta abordagem preventiva decorre, naturalmente, da obrigação de proteger os dados desde a conceção e por defeito do artigo 25.º do RGPD.

às crianças¹⁶ e, mais recentemente, a verificação de idade de crianças¹⁷. Contudo, como se verá, há outras normas daquele diploma que visam expressamente proteger crianças e, por isso, têm impacto nos tratamentos de dados¹⁸. Por outro lado, do princípio da responsabilidade, conjugado com o artigo 24.º do RGPD, decorrem especificidades para a proteção das crianças. Tendo em conta a natureza transversal dessas especificidades começo por aqui.

3.2.1. O princípio da responsabilidade e a adoção de medidas adequadas

O princípio da responsabilidade (artigos 5.º, n.º 2 e 24.º do RGPD) é um indicador do papel central que o legislador atribui ao responsável pelo tratamento no modelo regulatório adotado naquele diploma. Com efeito, através daquele princípio, opera-se uma espécie de “descentralização” da proteção dos direitos fundamentais¹⁹ pela ativação da quota de responsabilidade das organizações – *responsáveis* pelo tratamento – que devem avaliar os riscos e decidir, em regra isoladamente²⁰, as medidas mais adequadas a adotar para os mitigar. Este papel é particularmente relevante num modelo regulatório que já não conta com o controlo prévio dos tratamentos de dados pessoais levado a cabo pela autoridade de controlo.

16 Uma boa revisão dos trabalhos mais recentes neste domínio encontra-se em Cansu Caglar, “Children’s Right to Privacy and Data Protection: Does the Article and Conditions Applicable to Child’s Consent Under the GDPR Tackle the Challenges of the Digital Era or Create Further Confusion?”, *European Journal of Law and Technology*, 12, 2 (2021).

17 Liliana Pasquale, Paola Zippo, Cliona Curley, “Digital Age of Consent and Age Verification: Can They Protect Children?”, *IEEE Software*, 39 (maio-junho 2022): 50-57 e Carl Vander Maelen, “The coming-of-age of technology: using emerging tech for online age verifications”, *Interdisciplinary Review of Emerging Technologies*, 2, 3 (2019): 115.

18 Aflorando algumas das questões aqui tratadas v. Manuel Aires Magriço, “A proteção de dados pessoais e a privacidade das crianças no ciberespaço”, Fórum de Proteção de Dados, n.º 6 (novembro 2019): 18.

19 Grupo de Trabalho do Artigo 29.º, “Orientações relativas à Avaliação de Impacto sobre a Proteção de Dados (AIPD) e que determinam se o tratamento é suscetível de resultar num elevado risco para efeitos do Regulamento (EU) 2016/679”, 4 de outubro de 2017, 7.

20 O artigo 36.º do RGPD prevê a consulta prévia à autoridade de controlo.

Porém, essa ativação não é imposta de forma uniforme ou indiscriminada. No decurso da reforma que culminou com o RGPD, o Grupo de Trabalho do Artigo 29.º pronunciou-se favoravelmente à adoção de uma *risk-based approach* como forma de mitigar os esforços dos responsáveis pelo tratamento e delimitar a conformidade que lhes é exigida com critérios de proporcionalidade: “o Grupo de Trabalho reconhece que algumas das normas do Regulamento podem comportar encargos em alguns responsáveis pelo tratamento que podem ser percebidos como desequilibrados e, por isso, em opiniões anteriores sugeriu que todas as obrigações sejam adaptadas ao responsável pelo tratamento e às operações de tratamento em causa. A conformidade não deve ser um exercício formalístico [*box-ticking exercise*] (...). Por conseguinte, o Grupo de Trabalho entende que os responsáveis pelo tratamento devem atuar em conformidade com a lei, mas isto pode ser feito de maneira gradual”²¹.

Assim, o princípio da responsabilidade é concretizado numa obrigação, plasmada no artigo 24.º, n.º 1, do RGPD, que lhe impõe a adoção de “medidas técnicas e organizativas”. A escolha dessas medidas deve ter em conta “a natureza, o âmbito, o contexto e as finalidades dos tratamentos, bem como os riscos para os direitos e liberdades das pessoas singulares, cuja probabilidade e gravidade podem ser variáveis”. O número 2 daquele artigo acrescenta que “caso sejam proporcionadas em relação às atividades de tratamento, as medidas a que se refere o n.º 1 incluem a aplicação de políticas adequadas em matéria de proteção de dados pelo responsável pelo tratamento”.

É neste quadro legal que se evidencia a necessidade de adequar as medidas técnicas e organizativas e as políticas do responsável se tratar dados de crianças²². Sem prejuízo do que será estudado a propósito do princípio da transparência, o exemplo mais evidente é a realização de avaliações de impacto (artigo 35.º do RGPD). Este exercício deverá ter em conta, por exemplo, o superior interesse da criança bem como partir do princípio de que as necessidades e a maturidade das crianças diferem consoante a sua idade e

21 Grupo de Trabalho do Artigo 29.º, “Statement on the role of a risk-based approach in data protection legal framework”, 30 de maio de 2014, 2.

22 Ou, disto de outro modo, “no momento da disponibilização ou construção de um serviço online destinado às crianças ou suscetível de por elas ser utilizado há que considerar igualmente as necessidades de desenvolvimento das crianças a que esse serviço se dirige”, v. Magriço, “A proteção”, 29.

o seu desenvolvimento²³. Outro exemplo diz respeito à proteção de dados desde a conceção e por defeito (artigo 25.º do RGPD) que poderá impor o conhecimento das faixas etárias das crianças, especialmente relevante no ambiente *online*, e a implementação de métodos de verificação da idade. Igualmente usadas no ambiente *online* são as técnicas de *nudge* que, por força também do artigo 25.º do RGPD, não devem encorajar as crianças a partilhar dados desnecessários ou a alterar as preferências de proteção de dados em seu prejuízo²⁴.

3.2.2. O princípio da licitude e os fundamentos do tratamento

Em primeiro lugar, no que diz respeito ao princípio da licitude, previsto no artigo 5.º, n.º 1, alínea a) e concretizado no artigo 6.º do RGPD, não existe um fundamento de licitude especificamente orientado para crianças. Porém, algumas das hipóteses elencadas no artigo 6.º daquele diploma impõem um esforço adicional ao responsável pelo tratamento quando o titular dos dados é uma criança.

No que diz respeito ao consentimento, previsto no artigo 6.º, n.º 1, alínea a), do RGPD, há que distinguir o ambiente *offline* do *online*. No primeiro caso, as crianças podem, em teoria, consentir no tratamento dos seus dados pessoais, se tiverem capacidade para tal e, além disso, se for no “interesse superior da criança” ser a própria a consentir por oposição ao guardião. Naturalmente, tendo presente os vários requisitos de um consentimento válido, o responsável pelo tratamento deve garantir, em especial, que o consentimento é *informado*, ou seja, que a criança compreende exatamente naquilo em que está a consentir, e *livre*, neste caso olhando com cuidado para a relação com a criança²⁵. Esta exigência está relacionada com a avaliação da capacidade da criança, um aspeto que tratarei mais adiante.

Já no ambiente digital, aplicam-se restrições adicionais aos responsáveis pelo tratamento que prestam “serviços da sociedade de informação”. Para determinar o âmbito da expressão “serviços da sociedade da informação” no

23 ICO, “Age appropriate design: a code of practice for online services”, 2020, 31.

24 “Age appropriate design”, 72.

25 “Fundamentals for a child-oriented approach”, 22.

RGPD, o artigo 4.º, n.º 25, remete para a Diretiva 2015/1535. O Grupo de Trabalho do Artigo 29.^{o26} analisou o âmbito daquela expressão citando jurisprudência do TJUE²⁷, na qual se considerou que aqueles serviços abrangem contratos e outros serviços que sejam celebrados ou transmitidos em linha. De facto, o artigo 8.º, n.º 1, do RGPD, refere que quando for aplicável o consentimento, no que respeita à oferta direta de serviços da sociedade da informação às crianças, o tratamento dos dados pessoais só é lícito se elas tiverem pelo menos 16 anos. Se a criança tiver menos de 16 anos, o tratamento só é lícito se e na medida em que o consentimento seja dado ou autorizado pelos titulares da responsabilidade parental. Relativamente à idade-limite do consentimento válido, o RGPD reconhece margem de manobra aos Estados-membros que podem prever na legislação nacional um limite diferente, desde que não seja inferior a 13 anos.

Aplicando o artigo 6.º, n.º 1, alínea b), do RGPD, o responsável pelo tratamento deve ainda assegurar que cumpre o direito dos contratos e legislação nacional relevante aplicável à capacidade das crianças para a celebração de contratos²⁸. Outro caso expressamente referido no artigo 6.º, n.º 1, alínea f), do RGPD, é o interesse legítimo. Com efeito, aquela norma aponta para uma exigência acrescida no “teste de ponderação”²⁹ entre o interesse do responsável e os interesses, direitos e liberdades fundamentais das crianças³⁰. Este exercício de ponderação, além das várias etapas recomendadas pelo Grupo de Trabalho do Artigo 29.^{o31}, deverá incluir uma análise do “superior interesse

26 Grupo de Trabalho do Artigo 29.º, “Orientações relativas ao consentimento na aceção do Regulamento (UE) 2016/679”, 10 de abril de 2018, 28.

27 Acórdão *Ker-Optika*, C-108/09, 2 de dezembro de 2010, 22 e 28; Acórdão *Asociacion Profesional Elite Taxi/Uber Systems Spain SL*, C-434/15, 20 de dezembro de 2018, 40.

28 Comité Europeu de Proteção de Dados, “Diretrizes 2/2019 sobre o tratamento de dados pessoais ao abrigo do artigo 6.º, n.º 1, alínea b), do RGPD no contexto da prestação de serviços em linha aos titulares dos dados”, 8 de outubro de 2019, 6.

29 Grupo de Trabalho do Artigo 29.º, “Parecer 06/2014 sobre o conceito de interesses legítimos do responsável pelo tratamento dos dados na aceção do artigo 7.º da Diretiva 95/46/CE”, 9 de abril de 2014, 36.

30 Ali se lê que “O tratamento for necessário para efeito dos interesses legítimos prosseguidos pelo responsável pelo tratamento ou por terceiros, exceto se prevalecerem os interesses ou direitos e liberdades fundamentais do titular que exijam a proteção dos dados pessoais, *em especial se o titular for uma criança*”.

31 “Parecer 06/2014 sobre o conceito de interesses legítimos”, 52.

da criança”. Este ponto é determinante para algumas autoridades de controlo que propõem um princípio de interferência zero nesse interesse³². Isto implica, por princípio, a exclusão de algumas operações de tratamento, como a definição de perfis ou a publicidade personalizada/comportamental³³.

3.2.3. O princípio da transparência

Além da previsão genérica no artigo 5.º, n.º 1, alínea a), do RGPD, a transparência também é regulada no artigo 12.º daquele diploma com menção especial a crianças³⁴. O considerando 58 clarifica que “uma vez que as crianças merecem proteção específica, sempre que o tratamento lhes seja dirigido, qualquer informação e comunicação deverá ser redigida numa linguagem clara e simples que a criança compreenda facilmente”. Por seu turno, os artigos 13.º e 14.º do RGPD elencam a informação que deve ser prestada ao titular dos dados, em especial, a identidade e os contactos do responsável pelo tratamento e, se for caso disso, do seu representante; os contactos do encarregado da proteção de dados, se for caso disso; as finalidades do tratamento e o fundamento jurídico; os interesses legítimos do responsável pelo tratamento, se for caso disso; os destinatários ou categorias de destinatários dos dados pessoais, se os houver; elementos relativos às transferências de dados pessoais e ao prazo de conservação; a existência de um conjunto de direitos e a existência de decisões automatizadas, se for caso disso.

Isto significa que o responsável pelo tratamento deverá, desde logo, conhecer a sua “audiência” e ajustar os métodos usados para lhe prestar informação. Antes de analisar estes aspetos, vale a pena dar nota do entendimen-

32 As autoridades de controlo irlandesa e do Reino Unido defendem que os interesses, direitos e liberdades fundamentais das crianças gozam *sempre* de primazia em relação aos interesses de organizações que tratam dados pessoais de crianças para fins comerciais, v. “Fundamentals for a child-oriented approach”, 25 e ICO, “Age appropriate design”, 24.

33 “Fundamentals for a child-oriented approach”, 25 e 49.

34 Ali se pode ler: “O responsável pelo tratamento toma as medidas adequadas para fornecer ao titular as informações a que se referem os artigos 13.º e 14.º e qualquer comunicação prevista nos artigos 15.º a 22.º e 34.º a respeito do tratamento, de forma concisa, transparente, inteligível e de fácil acesso, utilizando uma linguagem clara e simples, em especial quando as informações são dirigidas especificamente a crianças.”

to do Comité Europeu de Proteção de Dados a propósito deste princípio nos casos em que o consentimento é dado pelo titular da responsabilidade parental e o artigo 8.º do RGPD é aplicável. Nesta situação, o responsável pelo tratamento está vinculado a fornecer as informações apenas à criança quando as suas ações são dirigidas a crianças com idade suficiente para estarem alfabetizadas. Nos outros casos, quando as crianças são muito novas, a informação a prestar pode *também* dirigir-se ao titular da responsabilidade parental porque as crianças provavelmente não compreenderão o que lhes está a ser transmitido³⁵. Esta necessidade de informar *sempre* o titular efetivo dos dados compreende-se à luz da distinção entre os requisitos do consentimento válido, nomeadamente *informado*, e o imperativo de transparência, decorrente dos artigos 12.º a 14.º do RGPD.

3.2.3.1. CONHECER A AUDIÊNCIA

Podem dar-se o caso de o responsável pelo tratamento direcionar a sua atividade especificamente para crianças, mas quando tal não sucede deve estar “ciente de que os seus bens/serviços poderão ser utilizados por crianças”³⁶. Por conseguinte, é fundamental que conheça a sua audiência – os clientes, utilizadores, leitores ou visitantes do sítio *online* ou aplicação – de modo a ajustar a informação, em especial no que diz respeito ao acesso e sua compreensão. Tal não significa, necessariamente, que tenham de existir dois tipos diferentes de informação, uma para adultos e outra para crianças, porquanto a informação prestada a crianças é suficiente para garantir que os adultos são também informados³⁷.

Por outro lado, o responsável pelo tratamento deve também ter em atenção o espectro de idades das crianças que compõem a sua audiência, de modo a ajustar a informação que lhes é prestada, em especial o vocabulário, o tom e o estilo da linguagem utilizada³⁸. Mais uma vez, no caso de uma

35 “Orientações relativas à transparência”, 12 e “Fundamentals for a child-oriented approach”, 27.

36 “Orientações relativas à transparência”, 11. Em sentido próximo v. “Fundamentals for a child-oriented approach”, 27.

37 Nesse sentido v. “Fundamentals for a child-oriented approach”, 27.

38 “Orientações relativas à transparência”, 11.

audiência composta por crianças com diferentes idades, poderá optar por um tipo de informação que garanta a compreensão de todas as faixas etárias, sendo de realçar que as crianças têm de reconhecer que a mensagem/informação lhe é dirigida. O Comité Europeu de Proteção de Dados sugere, como alternativa à linguagem jurídica correntemente usada, uma linguagem centrada nas crianças, tal como se verifica na Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança em linguagem adequada para crianças³⁹.

3.2.3.2. MÉTODOS DE PRESTAÇÃO DE INFORMAÇÃO A CRIANÇAS

O artigo 12.º, n.º 1, do RGPD, dispõe que o responsável pelo tratamento tem de adotar “medidas adequadas para fornecer ao titular as informações a que se referem os artigos 13.º e 14.º”. Além desta norma, também a obrigação de garantir a proteção de dados desde a conceção e por defeito, prevista no artigo 25.º do RGPD, deve influenciar a escolha do(s) método(s) escolhido(s) para fornecer informações. Quando as informações a prestar se destinam a crianças, o responsável pelo tratamento terá de considerar, além dos aspetos relacionados com a linguagem e com o acesso à informação, também o formato (e.g. banda desenhada/caricaturas, pictogramas, animações, etc.)⁴⁰ e o *timing* da prestação da informação⁴¹. Com efeito, não há uma abordagem única para garantir o cumprimento do princípio da transparência, mas existem alguns fatores que devem ser tidos em conta⁴². Em primeiro lugar, o aparelho usado para aceder ao serviço (por exemplo, telemóvel, computador, brinquedos com ligação a outros aparelhos) pode influenciar a experiência do utilizador e, bem assim, a maneira como a informação lhe é apresentada.

Em segundo lugar, o responsável pelo tratamento deve ponderar a utilização de métodos de comunicação não textual (cartoons, vídeos, ícones, *gami-*

39 *Ibidem.*

40 “Orientações relativas à transparência”, 13.

41 “Fundamentals for a child-oriented approach”, 27.

42 “Fundamentals for a child-oriented approach”, 30.

fication) consoante as faixas etárias das crianças, sem prejuízo de que, em geral, estes métodos são mais eficazes do que blocos de texto⁴³. A utilização de meios textuais não está vedada, mas deve também ser ajustada, nomeadamente o *timing* em que o texto é apresentado e a interação que pode ser criada com a criança durante a sua leitura⁴⁴. Idealmente deve-se garantir que a prestação de informação faz parte da experiência de utilização, ao invés de ser prestada apenas no momento da subscrição do serviço ou no momento da recolha dos dados pessoais. Por outro lado, as chamadas notificações *just-in-time* podem ser usadas, por exemplo, antes de uma partilha ou de um *post* ou, ainda, antes da modificação das configurações de privacidade do serviço prestado.

Em terceiro lugar, os canais de comunicação com o responsável pelo tratamento que são facultados às crianças devem ser facilmente acessíveis e evidentes e os tempos de resposta respeitados.

Por fim, se, em consequência do cumprimento do artigo 25.º, o responsável pelo tratamento optar por desativar algumas configurações do seu serviço quando utilizado por crianças (por exemplo, sugestões de contactos de pessoas que não fazem parte da rede da criança), as mesmas devem ser informadas da motivação dessa opção.

3.2.4. A definição de perfis de crianças

Segundo o artigo 4.º, n.º 4, do RGPD, a definição de perfis é um tipo de tratamento automatizado de dados pessoais “que consiste em utilizar esses dados pessoais para avaliar certos aspetos pessoais de uma pessoa singular, nomeadamente para analisar ou prever aspetos relacionados com o seu desempenho profissional, a sua situação económica, saúde, preferências pessoais, interesses, fiabilidade, comportamento, localização ou deslocações”.

A recomendação do Conselho da Europa de 2018 que contém as linhas de orientação para respeitar, proteger e garantir os direitos das crianças no Ambiente Digital proíbe a definição de perfis de crianças, mas reconhece exceções, nomeadamente, a prossecução de interesses públicos ou do supe-

43 “Fundamentals for a child-oriented approach”, 29.

44 “Fundamentals for a child-oriented approach”, 29.

rior interesse da criança⁴⁵. Também o Comentário Geral n.º 25 sobre os direitos da criança no ambiente digital do Comité da ONU reflete um conjunto de preocupações, entre as quais os riscos da definição de perfis com base em dados inexatos e o seu potencial intrusivo nos direitos da criança de formar e expressar a sua opinião⁴⁶.

O considerando 71 do RPGD indica, na parte final, que as decisões exclusivamente automatizadas, incluindo a definição de perfis, com efeitos jurídicos ou semelhantes, não devem ser aplicáveis a crianças⁴⁷. Porém, o considerando 38 reconhece a necessidade de proteção específica “nomeadamente, à utilização de dados pessoais de crianças para efeitos de comercialização ou de criação de perfis de personalidade ou de utilizador”. Acresce ainda que o artigo 22.º do RGPD não faz eco do considerando 71 e não estabelece nenhuma diferenciação entre tratamento de dados de crianças e tratamento de dados de adultos.

Posto isto, o Grupo de Trabalho do Artigo 29.º considera que do artigo 22.º do RGPD não decorre uma “proibição absoluta”⁴⁸, pelo que, quando seja necessário, o tratamento poderá realizar-se aplicando-se as exceções do artigo 22.º, n.º 2, alínea a), b) ou c). Além disto, haverá, pelo menos, que realizar uma avaliação de impacto e demonstrar que a definição de perfis é no interesse da criança⁴⁹.

O campo de aplicação destas normas é limitado, mas há alguns casos em que a definição de perfis de crianças é aceitável, como quando é usada como ferramenta de verificação da idade ou para gerir os conteúdos que são apresentados às crianças consoante a sua idade. Porém, o ónus da prova poderá

45 Com efeito, ali se lê, na página 17, que “Profiling of children, which is any form of automated processing of personal data which consists of applying a ‘profile’ to a child, particularly in order to take decisions concerning the child or to analyze or predict his or her personal preferences behavior or attitudes, should be prohibited by law. States may lift this restriction when it is in the best interests of the child or if there is an overriding public interest, on the condition that appropriate safeguards are provided for by law”.

46 “Comentário Geral N.º 25”, parágrafos 10 e 61.

47 Aquele considerando dispõe que “O titular dos dados deverá ter o direito de não ficar sujeito a uma decisão, que poderá incluir uma medida, que avalie aspetos pessoais que lhe digam respeito, que se baseie exclusivamente no tratamento automatizado e que produza efeitos jurídicos que lhe digam respeito ou o afetem significativamente de modo similar (...). Essa medida não deverá dizer respeito a uma criança”.

48 “Orientações sobre as decisões individuais automatizadas e a definição de perfis para efeitos do Regulamento (UE) 2016/679”, 6 de fevereiro de 2018, 31.

49 “Fundamentals for a child-oriented approach”, 58.

ser particularmente exigente nos casos em que o responsável pelo tratamento pretende definir perfis de crianças para fins de marketing⁵⁰.

3.2.5. O direito ao apagamento

O artigo 17.º, n.º 1, do RGPD prevê o elenco de fundamentos de um pedido de apagamento. Entre esses motivos, na alínea f), encontram-se os casos em que “os dados pessoais foram recolhidos no contexto da oferta de serviços da sociedade da informação referida no artigo 8.º, n.º 1”. O considerando 65 daquele diploma reforça a importância deste direito “quando o titular dos dados tiver dado o seu consentimento quando era criança e não estava totalmente ciente dos riscos inerentes ao tratamento, e mais tarde deseje suprimir esses dados pessoais, especialmente na Internet. O titular dos dados deverá ter a possibilidade de exercer esse direito independentemente do facto de já ser adulto”.

Por conseguinte, a aplicação desta norma depende dos seguintes pressupostos: (i) aplicação do consentimento, conforme o artigo 6.º, n.º 1, alínea a), do RGPD; (ii) oferta de serviços da sociedade da informação a crianças.

4. A CAPACIDADE DE EXERCÍCIO DAS CRIANÇAS

As crianças são titulares dos dados pessoais de pleno no sentido em que lhes são reconhecidos os mesmos direitos que aos adultos. Porém, não existe no RGPD uma resposta explícita sobre quando ou em que circunstâncias poderá uma criança, por exemplo, fazer um pedido de acesso ou de apagamento dos seus dados. Ou, dito de outro modo, quando é uma criança *capaz* de exercer os direitos que o RGPD lhe reconhece enquanto titular de dados?

Recorrendo aos conceitos do direito civil, esta questão gira em torno não da capacidade de gozo ou da titularidade de direitos, mas da *capacidade de exercício*, isto é, em que medida pode uma criança exercer, por si, os seus direitos.

50 “Fundamentals for a child-oriented approach”, 57.

Em alguns Estados-membros, a resposta encontra-se no direito nacional (4.1.), mas noutros casos, como em França, na Irlanda e no Reino Unido, as autoridades de controlo emitiram orientações propondo uma metodologia para avaliar a capacidade das crianças para o exercício dos seus direitos enquanto titulares de dados (4.2.).

4.1. O DIREITO NACIONAL

Na legislação de execução do RGPD de alguns Estados-membros encontra-se expressamente regulada a capacidade de exercício das crianças. Na Holanda, o artigo 5.º, n.º 4, da Lei de Execução do RGPD⁵¹ estipula que cabe ao titular da responsabilidade parental o exercício dos direitos da criança com menos de 16 anos. Importa sublinhar que, naquele país, há um alinhamento entre a capacidade de exercício e o consentimento digital. Ou seja, a partir da idade em que a criança pode consentir nos termos do artigo 8.º também poderá exercer os direitos enquanto titular. Já o legislador francês prevê uma solução semelhante, pelo menos para os tratamentos de dados pessoais no domínio da saúde, no artigo 70.º, n.º 1, da *loi relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés*⁵². Excepcionalmente, nos termos do n.º 3 daquela norma⁵³, uma criança com 15 anos ou mais pode-se opor ao exercício dos direitos pelo titular da responsabilidade parental e exercê-los diretamente. Também neste caso há um alinhamento entre a idade para o consentimento digital (15 anos) e a capacidade de exercício da criança. Porém, há uma *nuançe* no direito francês que importa destacar: o artigo 45.º daquela lei prevê que o consentimento digital para menores de 15 anos seja prestado conjuntamente, isto é, pela criança e pelo titular da responsabilidade parental.

Todavia, tal como no caso português, a legislação específica de proteção de dados pessoais de vários Estados-membros não estipula um critério para

51 Disponível, na versão original, aqui: https://wetten.overheid.nl/BWBR0040940/2021-07-01#Hoofdstuk1_Artikel5, acesso em 10 de junho de 2022.

52 Disponível, na versão original, aqui: <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/LEGI-TEXT000006068624/>, acesso em 10 de junho de 2022.

53 Em concreto, cabem ali situações em que os dados pessoais da criança são utilizados para fins de investigação científica, nomeadamente na área da saúde.

aferir a capacidade para o exercício dos direitos⁵⁴. Importa realçar que a legislação portuguesa⁵⁵, tal como a de outros Estados-membros⁵⁶, consagra uma idade para a validade do consentimento de crianças nos termos exigidos pelo legislador europeu no artigo 8.º do RGPD.

4.2. A POSIÇÃO DAS AUTORIDADES DE CONTROLO: OS CASOS DE FRANÇA, IRLANDA, REINO UNIDO E PORTUGAL

Em face deste cenário, algumas autoridades de controlo procuraram esclarecer como deve ser avaliada a capacidade de exercício das crianças, nomeadamente a irlandesa⁵⁷, a do Reino Unido⁵⁸, a francesa⁵⁹ e a portuguesa⁶⁰. Todas seguiram caminhos diferentes⁶¹, mas com pontos de proximidade.

Começando pelo que as aproxima, todas elas colocam a hipótese de a idade não ser um critério suficiente para avaliar a capacidade de exercício das crianças. Para tal são invocadas as variações no desenvolvimento cognitivo de crianças da mesma idade, particularmente nos primeiros anos da adolescên-

54 É o caso, por exemplo, da Irlanda e de Espanha, “Fundamentals for a child-oriented approach”, 34.

55 O número 1 do artigo 16.º da Lei n.º 58/2019 prevê que “Nos termos do artigo 8.º do RGPD, os dados pessoais de criança só podem ser objeto de tratamento com base no consentimento previsto na alínea a) do n.º 1 do artigo 6.º do RGPD e relativo à oferta direta de serviços da sociedade de informação quando as mesmas já tenham completado 13 anos de idade” e o número 2 daquela norma estipula que “Caso a criança tenha idade inferior a 13 anos, o tratamento só é lícito se o consentimento for dado pelos representantes legais desta, de preferência com recurso a meios de autenticação segura”.

56 Por exemplo, na Bélgica (artigo 7.º da *Loi relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel*) e na Dinamarca (artigo 6.º da Lei de Proteção de Dados Pessoais) são 13 anos; na Bulgária (artigo 25.º, alínea c), da lei de execução de proteção de dados) e na Áustria (artigo 4.º, n.º 4 da *Datenschutzgesetz*) são 14 anos; na Croácia (artigo 19.º da lei de execução do RGPD) são 16 anos.

57 “Fundamentals for a child-oriented approach”, 34 e “Age appropriate design”, 82.

58 “Guide to the General Data Protection”.

59 “Recommandation 2”.

60 No site da CNPD, na secção dedicada aos “Cidadãos”, encontra-se uma rubrica sobre os seus direitos onde são elencadas “situações especiais”, entre as quais as crianças.

61 Um aspeto que vale a pena sublinhar prende-se com a extensão e profundidade das análises empreendidas. Enquanto que as autoridades da Irlanda e do Reino Unido se têm dedicado intensamente ao tema das crianças, as outras autoridades apenas disponibilizam orientações nos respetivos sítios *online*. Ainda assim, uma vez que efetivamente servem de orientação aos operadores, merecem ser avaliadas neste estudo.

cia⁶². Adicionalmente, advoga-se uma relação de proximidade entre o direito da criança a exercer os seus direitos e o direito a ser ouvida⁶³. Em específico, invocam o artigo 12.º da Convenção da ONU sobre os Direitos da Criança⁶⁴ e o Comentário do respetivo Comité⁶⁵, que impõem sobre os Estados a proteção daquele direito em relação a crianças que sejam capazes de formar as suas opiniões e, além disso, que os Estados devem presumir a capacidade de uma criança a formar e expressar as suas opiniões. Também no parágrafo 72 do Comentário Geral n.º 25 sobre os direitos da criança no ambiente digital, aquele Comité faz recair sobre os Estados a obrigação de garantir que as crianças e seus pais ou cuidadores sejam informados e facilmente acedam, corrijam e apaguem dados pessoais, podendo as crianças também opor-se ao tratamento de dados pessoais em certos casos⁶⁶. Acresce ainda um argumento assente na natureza do direito à proteção de dados pessoais e no imperativo de garantir o controlo sobre a utilização que é feita desses dados⁶⁷: este direito é fundamental para a formação de cidadãos digitais responsáveis e isso inclui uma componente de aprendizagem e descoberta sobre os direitos e sobre o respetivo exercício⁶⁸. Esta ideia tem sido usada em estudos sobre as crianças no ambiente digital onde se conclui que restrições para proteger as crianças

62 “Fundamentals for a child-oriented approach”, 34; “Guide to the General Data Protection Regulation (GDPR)”; “Recommendation 2”. Um estudo particularmente importante sobre o discernimento das crianças em relação à sua privacidade é o de Sonia Livingstone, Mariya Stoilova e Rishit Nadagiri, “Children’s Data and Privacy Online: Growing up in a Digital Age. An Evidence Review”, (London School of Economics and Political Science, 2019), acesso em 10 de junho de 2022, <https://www.lse.ac.uk/media-and-communications/assets/documents/research/projects/childrens-privacy-online/Evidence-review-final.pdf>

63 “Fundamentals for a child-oriented approach”, 34 e “Recommendation 2”. Argumenta-se que o exercício dos direitos da criança é uma forma de garantir a expressão da sua opinião.

64 No artigo 12.º da Convenção sobre os Direitos da Criança, adotada em 1989, lê-se que: “1. Os Estados Partes garantem à criança com capacidade de discernimento o direito de exprimir livremente a sua opinião sobre as questões que lhe respeitem, sendo devidamente tomadas em consideração as opiniões da criança, de acordo com a sua idade e maturidade. 2. Para este fim, é assegurada à criança a oportunidade de ser ouvida nos processos judiciais e administrativos que lhe respeitem, seja diretamente, seja através de representante ou de organismo adequado, segundo as modalidades previstas pelas regras de processo da legislação nacional.”

65 “Comentário Geral N.º 12. O direito da criança a ser ouvida”, 2009, 20-21.

66 “Comentário Geral N.º 25. Os direitos das crianças no ambiente digital”, 2021, 72.

67 O considerando 7 do RGPD refere que “As pessoas singulares deverão poder controlar a utilização que é feita dos seus dados pessoais”.

68 Este apelo é reforçado, sobretudo, na posição francesa em “Recommendation 2”.

de danos *online* podem ser desvantajosas por limitarem as oportunidades e as capacidades digitais pelo que é necessário “procurar um equilíbrio entre o direito à proteção e o direito à participação”⁶⁹.

Quanto à abordagem para avaliar a capacidade de exercício, a autoridade irlandesa entende que o critério da idade deve ser conjugado com outros fatores, nomeadamente, a maturidade da criança (demonstrada, por exemplo, pelas interações entre a criança e o responsável pelo tratamento), o tipo de direito que pretende exercer (acesso, apagamento, objeção, etc.), o contexto do tratamento e o tipo de serviço prestado pelo responsável (uma rede social, cuidados de saúde, compras *online*, entre outros), o tipo de dados tratados (um caso de pedido de acesso a dados médicos não deve ser tratado como um caso de pedido de apagamento de uma fotografia ou como um pedido de atualização do endereço de e-mail), o superior interesse da criança e a sua relação com o exercício do direito (por exemplo, a criança compreende as consequências de um apagamento de certo tipo de dados, será que compreende o que vai receber na sequência de um pedido de acesso e qual o impacto dessa informação no seu bem-estar?) e, por fim, é importante saber se a criança está a exercer o direito sozinha ou se está a ser auxiliada por terceiros (titular da responsabilidade parental ou não)⁷⁰.

A autoridade de controlo do Reino Unido⁷¹ destaca as diferenças entre o regime escocês, no qual se presume que uma criança com 12 anos ou mais tem maturidade suficiente para exercer os seus direitos, e o regime inglês, do País de Gales ou da Irlanda do Norte, no qual a capacidade de exercício das crianças depende de uma avaliação do seu nível de compreensão e discernimento. Contudo, o Information Commissioner Office reconhece que, em certos casos, não exemplificados, a presunção do regime escocês pode ser aplicada e, por outro lado, se a criança consentiu no seu tratamento é razoável assumir que é capaz de exercer os seus direitos. Porém, em qualquer caso, uma criança não pode ser considerada capaz se for evidente que está a atuar contra os seus interesses.

69 Sara Pereira, “Os direitos das crianças no mundo digital”, Fórum de Proteção de Dados, 6 (novembro 2019): 16.

70 “Fundamentals for a child-oriented approach”, 35.

71 Sigo de perto o “Guide to the General Data Protection”.

Em França, como referi, o legislador atribui, pelo menos no domínio da saúde, o exercício dos direitos das crianças com menos de 15 anos ao titular da responsabilidade parental. A autoridade de controlo francesa estende este entendimento a todos os tratamentos de dados, mas, em certos casos, como redes sociais e plataformas de *gaming* e de partilha de vídeos, defende que devem ser as crianças a exercer os seus direitos, isoladamente ou com ajuda do titular da responsabilidade parental. Para tal, invoca um conjunto de argumentos jurídicos e de ordem prática. Desde logo, o RGPD encoraja as crianças a exercer os seus direitos, no artigo 12.º, n.º 1, ao dispor que devem ser informadas sobre quais são esses direitos de uma forma apropriada à sua idade e maturidade. Como refere a autoridade: “partindo-se do princípio de que os [direitos] compreendem, a lógica dita que os podem exercer”⁷². Por outro lado, se o RGPD permite, em certos casos, o consentimento válido de crianças com uma certa idade, seria contraditório que lhes vedasse o exercício dos direitos em relação a tratamentos consentidos, por exemplo em relação a dados que as próprias crianças descarregam (fotografias no Instagram ou vídeos no TikTok). Depois, em termos práticos, a autoridade francesa sublinha que é importante, para outros objetivos de política pública, que sejam as crianças a exercer os seus direitos diretamente como resposta às problemáticas atuais em torno da sua autonomia digital, em especial ao crescente risco de *cyberbullying*.

Em Portugal, a CNPD explica no seu *website*⁷³, numa rubrica sobre “Situações especiais”, que “o exercício dos direitos em relação a dados pessoais de crianças é concretizado pelos respetivos representantes legais, sem prejuízo da possibilidade de os próprios poderem exercer diretamente, atendendo à sua idade e maturidade e às situações em que o tratamento de dados já se legitima no consentimento da criança, tal como previsto no artigo 8.º do RGPD e no artigo 16.º da Lei 58/2019, de 8 de agosto”. Por conseguinte, a regra é a do exercício dos direitos das crianças pelo titular da responsabilidade parental, mas, em certos casos, abre-se espaço a uma avaliação mais ampla que inclui a sua idade, maturidade e a prestação do consentimento digital.

72 “Recommandation 2”.

73 O website encontra-se aqui <https://www.cnpd.pt/cidadãos/direitos/>, acesso em 10 de junho de 2022.

5. CONCLUSÕES

A regulação do ambiente digital é, por si só, um exercício exigente que se complica ainda mais quando o objetivo é proteger crianças. Esta particularidade poderá ter contribuído para a remissão do RGPD para o direito nacional dos Estados-membros na especificação de algumas matérias no que diz respeito à proteção das crianças. A idade do consentimento digital válido (artigo 8.º do RGPD) e o tema estudado neste texto são disso mesmo exemplos.

Com efeito, a capacidade de exercício das crianças não é encarada da mesma forma nos Estados analisados. Há soluções mais *limitadas e inflexíveis*, em países como a Holanda – que atribui exclusivamente aos titulares das responsabilidades parentais o exercício dos direitos em relação a crianças com menos de 16 anos – e outras mais *abrangentes e flexíveis*, em países como a Irlanda – cuja autoridade propõe uma abordagem mais genérica que inclui a idade das crianças e outros critérios.

A consequência mais imediata desta opção é, do ponto de vista dos responsáveis pelo tratamento com operações em mais de um Estado-membro, a necessidade de respeitar as diferentes exigências normativas. Seja como for, à luz do estudado sobre o regime de proteção das crianças no RGPD, nomeadamente dos princípios da responsabilidade, lealdade e transparência, é inquestionável que o responsável pelo tratamento tem de disponibilizar mecanismos que permitam às crianças exercer os seus direitos, devendo esses mecanismos ser fáceis de usar e apropriados para as faixas etárias. Aliás, a autoridade de controlo do Reino Unido é clara nas suas recomendações: “*YOU have an obligation not just to allow children to exercise their rights but to help them to do so*”⁷⁴.

Uma abordagem flexível da avaliação da capacidade de exercício da criança está, desde logo, alinhada como os preceitos de direito internacional estudados. Por outro lado, reflete os critérios que têm orientado a interpretação do RGPD pelo Tribunal de Justiça da União Europeia, em especial o de favorecer tanto quanto possível a proteção eficaz e completa dos titulares dos dados de modo a assegurar o pleno efeito da legislação da UE em matéria

74 “Age appropriate design”, 82

de proteção de dados, evitar lacunas e impedir um eventual contorno das regras⁷⁵. Acresce ainda que uma lógica de flexibilidade se encontra subjacente ao princípio da responsabilidade (artigo 5.º, n.º 2, do RGPD) e ao mandato geral de “adequação ao caso concreto” do artigo 24.º, n.º 1 daquele diploma.

Não obstante, julgo que este tipo de abordagem só é necessária e faz sentido nos casos em que a criança tem idade inferior àquela usada como referência para o consentimento digital válido. Pensando no caso português, se o legislador estabeleceu que uma criança com 13 anos de idade pode consentir no tratamento dos seus dados pessoais fará sentido exigir outros critérios, além da sua vontade, para o exercício dos seus direitos?

Data de submissão: Agosto de 2022

75 Acórdão *Google Spain SL e Google Inc. v. Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) e Mario Costeja González*, C-131/12, 13 de maio de 2014, 34; Acórdão *Wirtschaftsakademie Schleswig-Holstein*, C-210/16, 5 de junho de 2018, 28; Acórdão *Fashion ID GmbH & Co.KG v. Verbraucherzentrale NRW e V.*, C-40/17, 29 de julho de 2019, 66.