

UNIVERSIDADE DE LISBOA

Faculdade de Direito



FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE LISBOA

O Estatuto da Criança no Mundo Digital, à luz do RGPD.

Maria Ana Pires da Conceição

Orientador: Professor Doutor Jorge Alberto
Caras Altas Duarte Pinheiro.

Dissertação elaborada para obtenção do grau de Mestre em Direito e Prática Jurídica
Especialidade de Direito Civil

2023

Agradecimentos:

Ao meu orientador Professor Doutor Jorge Duarte Pinheiro, por toda a atenção e compreensão demonstrada ao longo da elaboração da mesma.

Aos meus pais, em especial à minha mãe, o meu pilar, porque sem ela nada disto seria possível.

Aos meus avós por me apoiarem sempre.

À minha tia Elisa, prima Ana e primo João por me acolherem durante este percurso nas suas casas.

Aos amigos que foram passando e, em especial, aos que permaneceram.

Aos colegas profissionais e académicos que se transformaram em amigos.

UM OBRIGADA A TODOS!

Resumo:

As crianças são um dos grupos mais assíduos no universo digital, navegam regularmente por diversas plataformas e exploram as diversas oportunidades que as tecnologias digitais oferecem. A afinidade que possuímos com as temáticas relacionadas com as crianças despertaram curiosidade sobre a questão do estatuto jurídico da criança; que agora focamos no mundo digital, em especial no âmbito do Regulamento Geral de Proteção de Dados

A proteção de dados pessoais assume hoje uma das grandes preocupações, preocupação esta que assume novos contornos ao nos encontrarmos perante dados pessoais de crianças. As particularidades do seu estatuto exigem uma proteção especial, mas também um reconhecimento da sua progressiva autonomia.

O Regulamento Geral de Proteção de Dados aparenta reconhecer estas particularidades, pelo que procuraremos oferecer uma compreensão sobre as principais problemáticas que se levantam em torno dos dados pessoais das crianças.

Palavras-chave: Dados Pessoais, Crianças, Progressiva Autonomia, RGPD.

Abstract:

The children are one of the most frequent groups in the digital universe; they regularly navigate through various platforms and explore the diverse opportunities that digital technologies offer. Our affinity for topics related to children has sparked curiosity about the legal status of children, a subject we now delve into within the digital realm, particularly within the scope of the General Data Protection Regulation.

The protection of personal data is currently a major concern, and this concern takes on new dimensions when dealing with the personal data of children. The nuances of their legal status demand not only special protection but also recognition of their progressive autonomy.

The General Data Protection Regulation seems to acknowledge these nuances, and, therefore, we aim to provide an understanding of the key challenges surrounding the personal data of children.

Keywords: Personal Data, Children, Progressive Autonomy, GDPR.

Abreviaturas:

Art. – Artigo

BGB – Bürgerliches Gesetzbuch

CC – Código Civil

CDC – Convenção dos Direitos das Crianças

COPPA - Children's Online Privacy Protection Act

CRP – Constituição da República Portuguesa

DUDC – Declaração Universal dos Direitos da Criança

EDPB – European Data Protection Board

EM – Estado-Membro

FCT – Federal Trade Commission

GT29 – Grupo de Trabalho do art. 29.º

TJUE – Tribunal de Justiça da União Europeia

ICO - Information Commissioner's Office

Iot – Internet das Coisas

LE - Lei de Execução

LPCJ - Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo

ONU – Organização das Nações Unidas

p.ex. – Por exemplo

RGPD – Regulamento Geral de Proteção de Dados

ss.- Seguintes

RP – Responsabilidades Parentais

UE – União Europeia

UNICEF – Fundo das Nações Unidas para a Infância

ÍNDICE

Introdução	8
Parte I- Sujeição e autonomia das crianças	10
1. A Alteração do Paradigma das Crianças	10
2. A convenção sobre os Direitos da Criança	12
3. Enquadramento legal das crianças	15
3.1 Noção de Crianças.....	15
3.2 (In)capacidade das crianças.....	19
3.3 As Responsabilidades Parentais	26
4. Princípios orientadores do Estatuto da Criança	31
4.1 Princípio da autonomia progressiva da criança.....	31
4.2 Princípio do Interesse Superior da criança	34
Parte II- A criança no mundo digital	39
5. Direito à proteção de dados pessoais da criança	39
6. Regulamento Geral de Proteção de Dados	43
6.1 Âmbitos de aplicação	44
6.1.1 Âmbito de aplicação material	44
6.1.2 Âmbito de aplicação territorial	47
6.1.3 Âmbito de aplicação pessoal	50
6.2 Conceito de Dados Pessoais	52
6.3 Dados Pessoais considerados sensíveis	59
7. Fundamentos de licitude para o tratamento dos dados pessoais	65
8. O art. 8.º do RGPD	76
8.1 O consentimento	80
8.1.1 Pelos titulares das responsabilidades parentais	82
8.1.2 Pelas crianças com idade superior a 13 anos.....	88
8.2 Campo de aplicação material	89
9. Efetiva proteção das crianças enquanto titulares de dados pessoais?	92
9.1 Profiling	99
9.2 Marketing	102
Conclusão	105
Referências bibliográficas:	108

Introdução

O tema que nos propomos tratar diz respeito ao Estatuto da Criança no Mundo Digital, à luz do Regulamento Geral de Proteção de Dados¹.

Como se compreende as novas tecnologias possuem um enorme impacto no desenvolvimento das crianças, para além de permitirem um acesso a inúmera informação em questões de segundos, acarretam inerentemente à sua exposição certos riscos, uma vez que permitem formar uma “identidade digital”, a par da tradicional “identidade pessoal”.

Relatórios da UNICEF² relativos a 2017 concluíram que um em cada três utilizadores da internet possui idade inferior aos 18 anos, o que demonstra que esta faixa etária representa um número significativo. Por sua vez, o resultado de um questionário levado a cabo em 19 países, de entre os quais se insere Portugal, realizado entre 2017 e 2019, concluiu que 80% das crianças entre os 9 e os 16 anos utilizam um *smartphone* para aceder à internet pelo menos uma vez por dia³. O Relatório "Cyber Safe Kids", relativo ao ano letivo de 2022-2023 concluiu que 84% das crianças de 8-12 anos tinham a sua própria conta nas redes sociais⁴. O tempo médio passado pelas crianças na internet tem aumentado, constituindo cada vez mais uma maior parte das suas vidas.

Os primeiros anos da *internet* foram marcados por preocupações quanto às consequências negativas que a utilização da mesma poderia trazer para o desenvolvimento das crianças, tais como o acesso a conteúdos inadequados, a exposição a predadores, o *cyberbullying*, encontros com estranhos⁵; hoje é necessário encarar estas preocupações de uma outra ótica. A utilização da internet e o surgimento de novas tecnologias permite o tratamento de dados pessoais desde uma idade muito precoce, originando problemas, nomeadamente, por se tratar de um ser a quem não é reconhecida plena capacidade e se encontrar em desenvolvimento, pelo que se deve equacionar a necessidade de uma especial proteção⁶.

¹ Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados- Lei n.º 58/2019, de 08 de agosto, que assegura a execução, na ordem jurídica nacional, do Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento e do Conselho da União Europeia, de 27 de abril de 2016.

² Children in a Digital World, The State of the World's Children 2017, UNICEF, p.1.

³ SMAHEL, D., Machackova, et.al., EU Kids Online 2020: Survey results from 19 countries, EU Kids Online, 2020, p.18.

⁴ Cyber Safe Ireland, *Keeping Kids Safer Online Online. Safety. Matters.*, Relatório do ano letivo 2022-2023, p.3.

⁵ PONTE, Cristina (Coord.), *Nós na Rede Ambientes digitais de crianças e jovens*, Almedina, 2020, p.8.

⁶ DÍAZ, Raquel, *La protección de los datos del menor en el uso de las tecnologías de la información y comunicación (TIC)*, Revista de Derecho Privado, 102, 2018, p. 67.

Antigamente a exposição dos mais diversos aspetos da personalidade restringia-se a uma comunidade fisicamente limitada, quer quanto ao número de pessoas, quer quanto ao tempo e espaço, com a emergência de novas tecnologias estes aspetos passam a ser fornecidos a uma comunidade virtual, da qual se desconhece os limites, o tempo e o espaço.

Sucedem que os dispositivos eletrónicos utilizados para realizar esse acesso à internet transmitem uma (falsa) segurança, originando, por vezes, comportamentos de risco, em que as crianças transmitem dados pessoais sem consciência. Estes dados, se utilizados indevidamente, podem transformar um mundo que se perspetiva como de liberdade e divertimento, num mundo completamente diferente. Acrescendo ao facto de que ao acederem a determinados domínios facultam, voluntária ou involuntariamente, dados pessoais, que os obtêm, gravam e utilizam para diversos fins. Pelo que o presente estudo se relaciona com a proteção de dados de dados pessoais destes seres em desenvolvimento- as crianças.

Por este motivo, torna-se necessário adaptar a legislação a tais realidades, inferir medidas de proteção das crianças nos meios digitais, equacionando até que ponto as crianças terão a sua autonomia no que diga respeito aos seus dados pessoais e aos seus direitos no mundo digital. Já que a par da proteção que o próprio Estado lhes deve, às crianças não deve ser retirado o seu próprio direito de participação nas decisões que dizem respeito à direção e projeto da sua vida. Prova de tal, é que se assiste a uma autonomia cada vez maior das crianças, o seu paradigma foi-se modificando ao longo do tempo, quer na família, quer na sociedade.

Neste sentido, a fim de alcançar o objetivo derradeiro deste estudo, que consiste em compreender como o RGPD encara a criança, torna-se imperativo, em primeiro lugar apreender o estatuto da criança e a sua perceção no âmbito do ordenamento jurídico português. Consequentemente, embora o presente estudo seja composto por duas partes, é essencial reconhecer que ambas estão intrinsecamente interligadas e não podem ser consideradas de forma isolada.

Parte I- Sujeição e autonomia das crianças

1. A Alteração do Paradigma das Crianças

A posição da criança na família e na sociedade, ao longo do tempo, foi-se modificando, bem como a natureza e o conteúdo do poder paternal. Durante vários séculos perdurou a ideia de que a criança era um ser irracional, que devia obedecer ao *paterfamilias* quase que cegamente, em que enquanto filho era vista como um bem, como uma mais-valia para o auxílio das lides domésticas e agrícolas⁷. O período que vai até meados do século XIX não pôs em causa a estrutura hierárquica da família dominada pelo pai⁸, os filhos continuavam submetidos ao poder paternal e não parental. O papel da mãe era de mera orientação da educação e de mediação de conflitos entre os filhos e o pai⁹.

O século que reconhece as maiores mudanças no estatuto da criança é o século XX, em que se assiste à libertação da mulher e dos filhos do poder paternal¹⁰ e se valoriza a defesa e proteção das crianças¹¹. Foi com o fim da Primeira Guerra Mundial, após a sua exploração durante a revolução industrial, que surgiram uma série de mecanismos internacionais¹² no sentido de reconhecer alguns direitos às crianças.

A Segunda Guerra Mundial vem aflorar as preocupações para com as crianças, pois surge um sentimento geral de que as atrocidades cometidas contra as crianças não podiam repetir-se, exigindo-se a formulação de direitos¹³. Como resposta a essas necessidades, é criado, em 1946, o Fundo das Nações para a Infância- UNICEF¹⁴, que tem como objetivo melhorar a vida das crianças e defender os seus direitos. Porém, é a 20 de novembro de 1959, que a ONU produz a Declaração Universal para os Direitos das Crianças¹⁵ que foi adotada por unanimidade em Assembleia Geral. A DUDC consagrava uma série de princípios protetivos, era nítida a preocupação em reconhecer a criança como

⁷AMARAL, Jorge Pais, *A criança e os seus direitos*, Estudos em homenagem a Rui Epifânio, coordenação de Armando Leandro, Álvaro Laborinho Lúcio, Paulo Guerra, Almedina, 2010, p.164.

⁸CAMPOS, D./CAMPOS, M., *Lições de Direito da Família*, Almedina, 5ª edição, 2020, p.89.

⁹DIAS, Cristina, *A Criança Como Sujeito De Direitos E O Poder De Correção*, JULGAR, N.º 4, 2008, p.90.

¹⁰CAMPOS, D./CAMPOS, M., *Lições de Direito... op.cit.*, p.90.

¹¹AMARAL, Jorge Pais, *A criança... op. cit.*, p.163.

¹²Desde a convenção da Organização Internacional do trabalho em que se estabeleceu uma idade mínima para que estas pudessem trabalhar, até culminar na Convenção sobre o Direito das Crianças.

¹³AMARAL, Jorge Pais, *A criança... op. cit.*, p.163.

¹⁴Conforme se retira do *website* oficial da UNICEF, disponível em <https://www.unicef.pt/unicef/a-historia/>

¹⁵Declaração Dos Direitos Da Criança, Proclamada pela Resolução da Assembleia Geral das Nações Unidas n.º 1386 (XIV), de 20 de Novembro de 1959.

um ser frágil¹⁶, no entanto faltava-lhe força vinculativa. Pelo que a 20 de novembro de 1989, a ONU aprova a Convenção Sobre os Direitos das Crianças.

A criança é, atualmente, perspetivada pelo Direito como um verdadeiro sujeito de direitos, titular de Direitos Fundamentais, é lhe reconhecida capacidade para orientar a condução da sua vida, com uma autonomia progressiva em função da sua idade, maturidade e desenvolvimento¹⁷. Este reconhecimento, como observado, é relativamente recente¹⁸ e aflora, precisamente, da CDC, instrumento reconhecido como a Magna Carta dos Direitos da Criança¹⁹. É nesta fase que se começa a assistir à passagem de um modelo assistencial e autoritário, que encara a criança como um ser menor que é mero objeto de proteção, para um modelo participativo e democrático, que promove os direitos das crianças, e se encara como um sujeito de direitos dotado de uma progressiva autonomia na condução da sua vida²⁰.

A União Europeia, por sua vez, elaborou a 25 de janeiro de 1996 a Convenção Europeia sobre o Exercício dos Direitos das Crianças²¹, em que reconhece o superior interesse das crianças e visa garantir e promover os seus direitos, especialmente os processuais, como o direito de informação e participação, seja por si próprias ou através de representante, concedendo-lhes o direito de expressar a sua opinião quando os seus interesses estejam em conflito com os dos pais.

No entanto, apesar dos diversos instrumentos internacionais e europeus, a visão que a sociedade possuía da criança de ser indefeso enraizou-se de tal modo na forma como a sociedade olha para a criança, que o reconhecimento como pessoa, sujeito autónomo e pleno de direitos, tem sentido grandes dificuldades de interiorização e concretização²².

A Constituição da República Portuguesa de 1976²³ consagrou preceitos constitucionais que elevaram os direitos das crianças à categoria de direitos fundamentais, concedendo uma série de direitos protecionistas às crianças, por exemplo:

¹⁶RIBEIRO, Alcina Costa, *Autonomia da criança no tempo de criança*, Estudos em homenagem a Rui Epifânio, coordenação de Armando Leandro, Álvaro Laborinho Lúcio, Paulo Guerra, Almedina, 2010, p.17.

¹⁷DIAS, Cristina, *A Criança Como Sujeito De Direitos...* op. cit., p.93.

¹⁸AMARAL, Jorge Pais, *A criança...* op. cit., p.164;

¹⁹DIAS, Cristina, *A Criança Como Sujeito De Direitos...* op. cit., p.94.

²⁰*Ibidem*.

²¹Resolução da Assembleia da República n.º 7/2014 que aprova a Convenção Europeia sobre o Exercício dos Direitos das Crianças, adotada em Estrasburgo, em 25 de janeiro de 1996, publicada em Diário da República, 1.ª série, N.º 18, 27 de janeiro de 2014 pp.538-542.

²²RIBEIRO, Alcina Costa, *Autonomia da criança...* op. cit., p.11.

²³Decreto de Aprovação da Constituição da República Portuguesa, publicado no Diário da República n.º 86 de 10 de Abril de 1976.

- Proteção da infância (art.69º CRP texto originário) em que “*as crianças têm direito à protecção da sociedade e do Estado, com vista ao seu desenvolvimento integral.*” e, ainda, no n.º2 proteção especial contra todas as formas de abuso, exploração e negligência por parte da família.

Contudo, estes direitos só são consagrados em legislação ordinária em 1999, com a que vem sendo designada como a Reforma do Direito dos Menores²⁴, que ocorre na esteira da CDC.

2. A convenção sobre os Direitos da Criança

A CDC entrou em vigor internacionalmente em 1990, tendo sido ratificada por Portugal a 21 de setembro de 1990²⁵. A CDC foi, assim, o primeiro marco²⁶ na concretização dos direitos das crianças, com enorme acolhimento internacional, tendo sido ratificada por 196 países²⁷.

A criança surge neste instrumento numa dupla perspetiva: 1) enquanto titular de direitos e liberdades fundamentais; 2) como ser humano necessitado de uma proteção especial que assegure o desenvolvimento harmonioso da sua personalidade, com o objetivo que se transforme num adulto ativo e responsável na sociedade.

O mais evidente na CDC é o reconhecimento de um progressivo desenvolvimento da criança até que esta atinja a maioridade. Conferindo-lhe autonomia, dando-lhe o direito de livre e pessoalmente participar, decidir de forma ativa na organização da sua própria vida e pronunciar-se nos assuntos familiares importantes, de acordo com a sua idade e evolução do seu grau de maturidade física e intelectual²⁸.

A criança é, então, encarada como titular de um conjunto de direitos civis e políticos, mas a CDC reitera com especial enfoque a importância do desenvolvimento da personalidade num ambiente familiar. São notórios os objetivos de a salvaguardar de situações de exploração, de violência e, por outro lado, de lhe proporcionar o direito à saúde, o direito a um nível de vida socialmente aceitável, o direito à liberdade de

²⁴RIBEIRO, Alcina Costa, *Autonomia da criança... op. cit.*, p.22.

²⁵Convenção 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.

²⁶Conforme Pais de Amaral explicita: “*Aos direitos básicos que, como é evidente, não podiam deixar de estar presentes, visto que são o pródromo dos demais, seguem-se aqueles que constituem uma verdadeira inovação, como o direito à opinião, o direito à liberdade de expressão, o direito de reunião e o direito à privacidade.*” In AMARAL, Jorge Pais, *A criança... op. cit.*, p.165.

²⁷Segundo informação veiculada pela UNICEF no seu *website*, disponível em <https://www.unicef.pt/actualidade/publicacoes/0-a-convencao-sobre-os-direitos-da-crianca/>

²⁸RIBEIRO, Alcina Costa, *Autonomia da criança... op. cit.*, p.19.

expressão, o direito à informação, o direito à privacidade etc. A CDC coloca em enfoque o princípio que deve reger toda a atuação em seu redor, o Princípio do Interesse Superior da Criança (art. 3º CDC).

Na impossibilidade de se referir todos os direitos, uma vez que a CDC contém 54 artigos, de modo a compreender os diversos tipos de direitos que consagra, é possível subdividi-los em quatro categorias²⁹:

1. Os direitos relacionados com a sobrevivência, como: O Direito a cuidados adequados art. 3º, nº2; O Direito à vida art. 6º; O Direito à saúde art. 24º.
2. Os direitos relacionados com o seu desenvolvimento, como: O direito à liberdade de pensamento art. 14º; O Direito ao nível de Vida art. 27º; O Direito à educação art. 28º.
3. Os direitos de proteção, como: O direito de ser protegida contra maus-tratos e negligência art. 19º; O direito de proteção contra a exploração económica art. 32º; O direito de proteção contra a exploração sexual art. 34º.
4. Os direitos de participação, como: O direito de expressar a sua opinião art. 12º, todos da CDC.

Estes direitos são direitos “extraconstitucionais”, com a mesma força dos direitos, liberdades e garantias previstos na constituição (art. 16º, 17º e 18º da CRP)³⁰.

Resulta, expressamente, do art. 12º CDC o direito de livremente expressar a sua opinião sobre as questões que lhe digam respeito, logo que tenha capacidade de discernimento, mas impõe-se que a sua opinião seja valorada de acordo com a sua idade e maturidade.³¹ O que significa que independentemente da idade, a criança que possua capacidade de entendimento deve dar a sua opinião sobre as questões que lhe digam respeito³². Como se compreende o respeito pela opinião da criança nos assuntos do seu interesse é fruto de uma demorada evolução, em que a criança deixa de ser perspectivada

²⁹Conforme a UNICEF os categoriza no seu *website*, disponível em <https://www.unicef.pt/actualidade/publicacoes/0-a-convencao-sobre-os-direitos-da-crianca/>; Por sua vez, em BOLIEIRO, Helena, GUERRA, Paulo, *A Criança e a Família - Uma Questão de Direito(s)*, 2.ª edição atualizada, Coimbra Editora, 2014, p.17, reconduz a sistematização a três categorias: 1) Direitos referentes à provisão; 2) Direitos de Proteção; 3) Direitos de Participação.

³⁰SOTTOMAYOR, Maria Clara, *Temas de Direito das Crianças*, Coimbra: Almedina, 2014., p.53.

³¹RIBEIRO, Alcina Costa, *Autonomia da criança... op. cit.*, p.19.

³²PEREIRA, Rui Alves, *Por uma Cultura da Criança enquanto Sujeito de Direitos “O Princípio da Audiência da Criança”*, Artigo online, Revista Julgar online, 2015, p.2.

como um ser cuja proteção cabia exclusivamente aos adultos para se reconhecer que deve ser a própria criança a emitir opinião sempre que esteja em causa³³.

Também o art. 13º da CDC estabelece o direito de liberdade de expressão, e o art. 14º o direito da criança à liberdade de pensamento, de consciência e de religião. Deste modo, deve assegurar-se que a criança tem autonomia para exprimir com liberdade o seu pensamento, ideias e convicções, com um juízo crítico.

Demonstrativo do desenvolvimento harmonioso e integral da sua personalidade através da promoção da sua autonomia são os art. 28º e 29º da CDC, relativos ao direito da criança à educação. No entanto, a convenção mantém a ideia de que a criança deve ser criança e, portanto, consagra no art. 31º o direito de brincar, trata-se de um reconhecimento da importância que a brincadeira possui para o desenvolvimento da criança e da aceitação como parte do processo de formação do ser humano³⁴. Estes direitos constituem meios para a prossecução da autonomia como conteúdo final³⁵.

O Comité dos Direitos das Crianças, reconhecendo a evolução que se tem assistido no mundo digital e as consequências que daí podem advir para as crianças, considerou fundamental transpor a CDC para a Era digital. Neste sentido, através do Comentário geral n.º 25 (2021) sobre os direitos das crianças em relação ao ambiente digital³⁶, forneceram quatro princípios que devem ser utilizados como guia para transpor e garantir os direitos da CDC em relação ao ambiente digital. São eles: o Princípio da não discriminação, exige que os Estados tomem medidas que permitam ultrapassar a exclusão digital e adotem medidas proactivas para prevenir a discriminação com base em qualquer fator; o Princípio do Interesse Superior da criança, este princípio deve ser uma consideração primordial pelos Estados em todas as ações que tomem relacionadas com o ambiente digital, devendo ter em conta todos os direitos da criança. Tal como de serem protegidas contra danos, verem as suas opiniões devidamente ponderadas, devendo observar-se transparência na avaliação do interesse superior da criança e dos critérios que foram aplicados; o Princípio do direito à vida, à sobrevivência e ao desenvolvimento, os Estados devem adotar todas as medidas adequadas para proteger as crianças dos riscos que as possam afetar nesse sentido, como os riscos relacionados com conteúdos violentos e sexuais; o Princípio do respeito pelas opiniões da criança, a utilização de tecnologias

³³AMARAL, Jorge Pais, *A criança... op. cit.*, p.167.

³⁴*Ibidem*, p.172.

³⁵Conforme explicita RIBEIRO, Alcina Costa, *Autonomia da criança... op. cit.*, p.18.

³⁶Committee on the Rights of the Child, *General comment No. 25 (2021) on children's rights in relation to the digital environment*, United Nations.

digitais pode ajudar a concretizar a participação das crianças, pelo que os Estados devem ouvir e ter em conta as suas opiniões ao desenvolver políticas sobre os direitos das crianças em relação ao ambiente digital.

Para além do mais, consagra que os Estados devem atender ao Princípio da progressiva autonomia, devendo respeitar a evolução das capacidades da criança e conceber medidas adequadas à idade e ao estágio de desenvolvimento, também no ambiente digital³⁷.

Compreender-se-á, após esta breve explanação dos direitos que a CDC perspetiva a criança como um ser que efetivamente necessita de proteção, mas cuja sua autonomia e própria personalidade não deve ser obliterada. A criança tem direito à dignidade, a um desenvolvimento físico, psicológico, afetivo, moral, cultural e social com o objetivo último de adquirir autonomia, no entanto esta autonomia é gradativa, sendo essencial para a sua realização enquanto pessoa com uma personalidade própria, inserida na sua comunidade³⁸. A criança encara-se, então, como um verdadeiro sujeito de direitos, que se vão gradualmente desenvolvendo, física e intelectualmente³⁹.

3. _Enquadramento legal das crianças

3.1 Noção de Crianças

A primeira dificuldade com que nos deparamos, centra-se na definição deste sujeito, como podemos definir o que é uma criança ou o que significa ser criança?⁴⁰

A noção legal de criança pode ser retirada da CDC no seu art. 1º, pelo que criança será todo o ser humano com idade inferior a 18 anos.

O ordenamento jurídico português, opta pelo conceito de menor, sendo que a maioridade só se atinge a partir dos 18 anos, conforme resulta do art. 122º CC⁴¹, ou nos casos de emancipação por via do casamento, nos termos do art. 129º e 132º CC; sendo que a idade núbil se cifra nos 16 anos para ambos os sexos. Deste modo, o conceito de criança encontra-se intrinsecamente interligado com o de menor.

³⁷Committee on the Rights of the Child, *General comment No. 25 (2021) on children's rights in relation to the digital environment*, United Nations, p.4.

³⁸RIBEIRO, Alcina Costa, *Autonomia da criança... op. cit.*, p.19.

³⁹CHABY, Estrela, *Percursos de autonomia do menor, notas a propósito da intervenção do menor no âmbito da lei de protecção de crianças e jovens em perigo*, *Lex Familiae*. 14, 2010, p.10.⁴⁰SOTTOMAYOR, Clara, *Temas de Direito das Crianças... op.cit.*,p.22

⁴⁰SOTTOMAYOR, Clara, *Temas de Direito das Crianças... op.cit.*,p.22

⁴¹ Decreto-Lei n.º 47344/66, de 15 de novembro, 85ª versão, Lei n.º 46/2023, de 17/08, versão à data da elaboração desta dissertação.

Creemos, no entanto, que a utilização da expressão “menor” é redutora, pelo que adotamos a expressão da CDC de “criança”, embora se possa efetuar uma distinção entre criança e adolescente/jovem⁴². Contudo, para efeitos de exposição adotaremos a expressão “criança” para todo o universo de seres humanos com idade inferior a 18 anos.

Deste modo, não basta compreender a noção legal, o direito não pode ser uma ciência estanque e deve socorrer-se de outras ciências sociais e humanas para se compreender a particularidade de ser criança e da infância.

O próprio conceito de infância encontra-se intrinsecamente interligado com o conceito de criança, o qual pode parecer numa análise superficial simples e direto, mas revela-se complexo⁴³.

Na sociologia, este termo é frequentemente utilizado para individualizar um determinado momento da vida de uma pessoa, em que as crianças são concebidas como um ser distinto face aos adultos⁴⁴. Não sendo possível determinar uma única infância, uma vez que existem diversas infâncias consoante a realidade em que a criança se encontra inserida⁴⁵. Ressaltando-se que a infância se diferencia da fase adulta com base nas diferenças físicas e biológicas⁴⁶, tal como as psicológicas, como a capacidade cognitiva e a capacidade emocional. A infância tem sido compreendida como uma construção social⁴⁷, o que significa que a infância não é um dado natural, mas antes uma construção do modo como a vida das crianças são estruturadas em resultado do discurso, da cultura, das crenças, das leis e das práticas⁴⁸.

Por sua vez, a criança é reconhecida como uma entidade única, que deve ser entendida como um todo, devendo ter uma família que a apoia, um lugar em que se sinta segura, um espaço para brincar e explorar a sua criatividade, de modo a desenvolver a sua individualidade⁴⁹.

⁴²Esta diferenciação é patente na Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo, Lei n.º147/99, de 01 de setembro.

⁴³THOMAS, Nigel Patrick, *Infância como conceito*, Conceitos-chave em Sociologia da Infância, coordenação de Catarina Tomás, Gabriela Trevisan, Maria João Leote de Carvalho, Natália Fernandes, Uminho editora, 2021, p.293.

⁴⁴*Ibidem*.

⁴⁵NASCIMENTO, Cláudia. T. do, BRANCHER, Vantoir. R., e OLIVEIRA, Valeska. F. de., *A Construção Social do Conceito de Infância: algumas interlocuções históricas e sociológicas*, Revista Contexto & Educação, ano 23, n.º 79, Editora Unijuí, 2008, p.60

⁴⁶PROUT, Alan, *Reconsiderando a Nova Sociologia Da Infância*, Tradução por Fátima Murad, Cadernos de Pesquisa, v.40, n.141, 2010, p.736

⁴⁷Esta ideia advém de uma análise histórica efetuada por ARIÉS, Philippe. *História social da criança e da família*. 2. ed. Rio de Janeiro: Guanabara, 1986.

⁴⁸THOMAS, Nigel Patrick, *Infância como conceito...op.cit.*, p.284.

⁴⁹PINTO, Manuel, *Infância como construção social*, As crianças e a infância: definindo conceitos, delimitando o campo, Coleção infans, centro de estudos da criança, Universidade do Minho, 1997, p.67.

Atualmente, contesta-se a posição das crianças como meros futuros sujeitos, assentando antes na defesa de um reconhecimento como verdadeiros atores sociais⁵⁰. Deste modo, a criança deve ser perspectivada enquanto ator social, através da promoção dinâmica da sua imagem como capaz de participar na sociedade, enquanto indivíduo autónomo e cidadão com direitos⁵¹. No fundo, estas ciências defendem que a criança deve ser ouvida e deve ter direito a exprimir as suas próprias opiniões. A criança tem capacidade para aprender e deve ser encorajada a fazer perguntas, resolver problemas e procurar respostas⁵².

Neste sentido, destacamos alguns psicólogos que nas suas teorias defendem que a criança deve ser encarada enquanto ator social:

- Lev Vygotsky, através da sua teoria sociocultural, considera que a criança nasce com as funções psicológicas elementares e é a partir da aprendizagem, das interações sociais⁵³, da cultura e do ambiente social em que se encontra inserida que apreende os elementos para a formação dos mecanismos psicológicos que são fundamentais para o desenvolvimento cognitivo⁵⁴.
- Jean Piaget, na sua teoria do desenvolvimento cognitivo, pretendeu compreender a construção do conhecimento e do desenvolvimento cognitivo da criança numa verdade interativa⁵⁵. Para este a infância é um período particular do desenvolvimento humano, em que apesar do crescimento natural/orgânico, a criança através das interações com o meio alcança o nível subsequente, subdividindo a infância em quatro períodos⁵⁶. As faixas etárias utilizadas são interpretadas como meramente indicativas, já que o início e fim de cada estágio varia consoante a evolução de cada criança⁵⁷.

⁵⁰SARMENTO, Manuel J., PINTO, Manuel, *As crianças e a infância: definindo conceitos, delimitando o campo*, Coleção infans, centro de estudos da criança, Universidade do Minho, 1997, p.20.

⁵¹PECHTELIDIS, Yannis, *A Criança como Ator Social*, Conceitos-chave em Sociologia da Infância, coordenação de Catarina Tomás, Gabriela Trevisan, Maria João Leote de Carvalho, Natália Fernandes, Uminho editora, 2021, p.55.

⁵²*Ibidem*, p.54.

⁵³MOORE, Melisa., *Vygotsky's Cognitive Development Theory*, Encyclopedia of Child Behavior and Development, coord. Goldstein, S., Naglieri, J.A., Springer, Boston, MA., 2011, p.1540 e 1549.

⁵⁴CANELA DIAS, R., BUENO, F., *O Processo Ensino Aprendizagem Na Perspectiva Da Teoria Histórico-Cultural De Lev Vygotsky*, Revista Triângulo, Uberaba - MG, vol. 8, n. 2, jul./dez. 2015, p.176.

⁵⁵SKOLNICK, Arlene, *The Limits of Childhood: Conceptions of Child Development and Social Context*, Law and Contemporary Problems, vol. 39, no. 3 (Summer 1975), p.55-56.

⁵⁶Para mais informação sobre os estágios, vide: REGO, Sérgio, *Teoria do Desenvolvimento Moral de Jean Piaget e Lawrence Kohlberg*, in A Formação Ética dos Médicos, Editora da Fundação Oswaldo Cruz, 2003, pp.76-78; e DULIT, E., *Adolescent thinking à la Piaget: The formal stage.*, Journal of Youth and Adolescence, Vol. 1, no. 4, 1972, pp.282-289.

⁵⁷REGO, Sérgio, *Teoria do Desenvolvimento Moral de Jean Piaget ...op.cit.*, p.76.

- Lawrence Kohlberg, na sua teoria do desenvolvimento moral, enfatiza a importância para a resolução de conflitos morais das oportunidades para assumir papéis sociais, devendo tal resolução ser guiada por princípios como a justiça e a igualdade⁵⁸. Considerando, por sua vez, a existência de seis estágios de desenvolvimento.⁵⁹

A infância é uma etapa de crescimento marcada pelo desenvolvimento de diversas capacidades humanas, formação da personalidade e do comportamento, pelo que, como Martin Seligman evidencia, os eventos ocorridos nesta etapa influenciam a construção do futuro adulto⁶⁰.

Como Erik Erikson frisa, o afeto e os cuidados dos pais são essenciais para o desenvolvimento de uma confiança básica no mundo, permitindo que as crianças explorem, corram riscos e desenvolvam a sua competência⁶¹.

Consequentemente, a criança é um ser social que se encontra inserido num contexto histórico, político e económico que alterará a sua perspetiva sobre o mundo e a sua própria vivência da infância. Assim, a infância representa uma fase específica do desenvolvimento humano, marcada pela imaturidade biológica e psicológica, que evolui através do desenvolvimento natural para a maturidade de um adulto. No entanto, este processo varia consoante o contexto em que a criança se insere, apesar do conceito de criança ser universal, o mesmo é indeterminado.

Acresce que, atualmente, as crianças têm ao seu dispor diversas fontes de informação como a *internet*. E, se é verdade que o uso de tecnologias no caso das crianças não é o mais aconselhável, não deixa de ser verdade que permite que tenham à sua disposição toda a informação, promovendo a sua curiosidade e conhecimento. Sendo a *internet* utilizada com cautela, permitirá à criança adquirir uma capacidade de discernimento e novos conhecimentos que há uns anos eram inimagináveis. O que afetará, necessariamente, a forma como se deve perceber a criança desta era digital.

O reconhecimento da criança enquanto ator social, implica valorizar a construção de uma identidade pessoal e social, em que através da socialização e de uma aprendizagem pautada em direitos e deveres se constrói uma criança cidadã do mundo e

⁵⁸*Ibidem*, pp.84-96.

⁵⁹BERK, Laura E., *Child Development*, 9ª edição, Pearson, 2012, pp.16-21.

⁶⁰GILLHAM, J., REIVICH, K., *Cultivating Optimism in Childhood and Adolescence*, Annals of the American Academy of Political and Social Science, 591, 2004, p.149.

⁶¹GILLHAM, J., REIVICH, K., *Cultivating Optimism in Childhood and Adolescence...op.cit.*, p.150.

será com base nesta premissa que definiremos ao longo deste trabalho o que significa ser criança.

3.2 (In)capacidade das crianças

Após a compreensão do que significa ser criança, cabe compreender que o nosso ordenamento jurídico estabelece um regime distinto de capacidade para estes seres. Deste modo, apesar de lhes ser reconhecido, a partir do nascimento completo e com vida⁶², personalidade jurídica, conforme estabelece o art. 66.º do CC.⁶³ Prevalece no ordenamento jurídico português o princípio de incapacidade dos menores, como se retira do consagrado no art. 122.º, 123.º e 129.º do CC.

No entanto, para se compreender o que significa esta incapacidade, é necessário compreender o que significa ter capacidade jurídica. Deste modo, a capacidade jurídica encontra-se prevista no art. 67.º do CC, traduzindo-se na suscetibilidade de ser sujeito de situações ou posições jurídicas ativas ou passivas, de direitos ou vinculações. Esta capacidade jurídica implica que ainda se efetue uma distinção entre a capacidade de gozo e a capacidade de exercício⁶⁴. Assim, a capacidade de gozo engloba a capacidade de um indivíduo ser titular de direitos ou situações jurídicas, enquanto a capacidade de exercício envolve a capacidade de um indivíduo exercer pessoal e livremente os direitos e situações jurídicas do qual é titular.

Como se observa da leitura do art. 123.º do CC *os menores carecem de capacidade para o exercício de direitos*. Portanto, esta incapacidade restringe-se à capacidade de exercício. A criança é titular de todos os direitos que não se encontrem vedados por lei, como são os casos, a título exemplificativo: a incapacidade de testar (art. 2189.º do CC); a incapacidade de perfilhar (art. 1850.º do CC); a incapacidade de representar os seus filhos (art. 1913.º, n.º2 do CC); e o impedimento absoluto de casamento entre menores de 16 anos (art. 1601.º, alínea a) do CC), nesta circunstância, mesmo com autorização dos titulares das responsabilidades parentais, doravante RP, a criança não pode contrair

⁶²Realiza-se apenas uma breve nota, uma vez que tal questão não será abordada, que existem autores que entendem que a personalidade se adquire no momento da concepção, ou seja, em momento anterior ao seu nascimento, para tal *vide*: OLIVEIRA ASCENSÃO, J., *A Dignidade da pessoa e o fundamento dos direitos humanos*, Revista da Ordem dos Advogados, 2008, ano 68, vol.I.; MENEZES CORDEIRO, A., *Tratado de Direito Civil IV*, 5ª edição, Almedina, Reimpressão 2021, p.379; e, GONZÁLEZ, José Alberto, *Código Civil Anotado Vol. V*, Quid Iuris, 2021, p.369.

⁶³Este entendimento é reiterado por: CABRAL DE MONCADA, L., *Lições de Direito Civil*, 4ª edição, Almedina, 1995, p.253; e CASTRO MENDES, João de, *Teoria Geral do Direito Civil*, Vol. I, AAFDL, 1998, pp.105-109.

⁶⁴CORREIA, Sérgio M. J., *A Dogmática Do Direito Das Crianças: Implicações Do Abandono Afetivo Parental*, AAFDL, 2020, p.39.

casamento; pelo que se trata de uma incapacidade absoluta, à criança não é reconhecida a titularidade desse direito, é um direito que não se encontra na sua capacidade de gozo. Deste modo, excetuando-se algumas limitações à sua capacidade de gozo conforme observado *supra*, de um modo geral a incapacidade reconhecida à criança é a incapacidade de exercício. Desta forma, apesar das crianças serem titulares de direitos, não lhes é reconhecida liberdade para definir o modo de exercício desses direitos, requerendo a intermediação de representantes legais.

No entanto, será que esta incapacidade de exercício, prevista no art. 123.º do CC, se circunscreve aos atos patrimoniais ou, pelo contrário, se trata de uma incapacidade geral de exercício?

A tese tradicional defende que se trata de uma incapacidade geral de exercício, em que se considera que o legislador pretendeu abranger todos os atos, incluindo os pessoais, na esfera de atos que não podem ser praticados pelas crianças⁶⁵.

Por sua vez, tem se vindo a defender que esta incapacidade deve apenas abranger os atos patrimoniais, devendo ser reconhecido à criança capacidade para exercer os atos pessoais, pois só assim se respeitará os princípios constitucionais do livre desenvolvimento da personalidade.⁶⁶ Apesar de se compreender esta posição, a tese tradicional permanece enraizada no nosso ordenamento. Uma vez que se considera que às crianças falta aptidão natural para por si cuidar da sua pessoa e bens, ou seja, estas não possuem, ainda, aquilo que se denomina como capacidade natural de autogoverno⁶⁷.

Assim, apesar da origem do instituto de incapacidade de exercício ser patrimonial, visando em primeiro lugar a proteção patrimonial do menor e a proteção da segurança do tráfico jurídico⁶⁸, também se fundamenta na necessidade de proteção da própria criança contra a sua inexperiência⁶⁹. Tal proteção é justificada com o objetivo de permitir à criança atingir através de experiências e aprendizagens, um grau suficiente de maturidade

⁶⁵Neste sentido OLIVEIRA ASCENSÃO, J., *Direito Civil – Teoria Geral*, Vol. I, 2ª edição, Coimbra Editora, 2000, p. 188; e a explanação sobre o entendimento tradicional em MARTINS, Rosa, *Menoridade, (in)capacidade e cuidado parental*, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, pp.90-92.

⁶⁶MARTINS, Rosa, *Menoridade, (in)capacidade e cuidado parental...op.cit.*, pp. 99-104; e PEREIRA, André Dias, *A Capacidade para Consentir: Um Novo Ramo da Capacidade Jurídica*, In “Comemorações dos 35 Anos do Código Civil e dos 25 Anos da Reforma de 1977”, Volume 2, Coimbra Editora, 2006, pp. 202-203.

⁶⁷AGUIRRE, Carlos M., *La protección jurídico-civil de la persona por razón de la menor edad (Una aproximación teleológica a las instituciones de asistencia y protección de menores en nuestro Derecho civil)*, Anuario de Derecho Civil, Tomo XLV, n.º4, Ministerio de Justicia centro de publicaciones,1992, p.1399.

⁶⁸SOTTOMAYOR, Maria Clara, *Temas de Direito das Crianças...op.cit* p.59.

⁶⁹OLIVEIRA, Guilherme de, *Proteção de menores/protecção familiar*, in *Temas de Direito da Família*, 2ª edição, Coimbra Editora, 2001, p.296 e 297.

psicobiológica, pelo que a sua autonomia deve estar limitada pelo princípio geral da incapacidade de agir⁷⁰.

Deste modo, é possível justificar e afirmar que numa primeira fase a criança é protegida por ainda não possuir as faculdades intelectuais para poder tomar decisões; e numa segunda fase, já próxima da maioridade, pelo facto de necessitar de um meio de proteção que permita obter a experiência imprescindível para o seu desenvolvimento, já que nesta fase dispõe das faculdades, mas ainda não possui a experiência necessária para se autogovernar⁷¹.

Considera-se, assim, que para o exercício de atos patrimoniais e pessoais se requer que o indivíduo seja plenamente capaz, i.e., que atue de forma voluntária e com consciência das consequências que advirão da prática do seu ato. Neste sentido, as capacidades necessárias para que se ocupe autonomamente dos seus direitos são desenvolvidas à medida do seu crescimento, pelo que o momento concreto em que a criança atinge a capacidade natural de autogoverno difere de pessoa para pessoa, tal como o processo concreto que é seguido para alcançar essa maturidade⁷².

Em suma, até aos 18 anos a criança é protegida pela incapacidade geral de exercício, embora lhe seja reconhecido direitos, não os pode exercer pessoalmente⁷³. Porém, ao se reconhecer que o ser humano se desenvolve gradualmente, questiona-se se a proteção não deveria diminuir à medida que se adquire a maturidade suficiente para decidir e agir.

Apesar do sistema de fixação de maioridade português ser um sistema de fixação normativa e automática num limite etário rígido (os 18 anos), ele é mitigado, pois permite espaços de autodeterminação de acordo com a maturidade da criança, as chamadas maioridades especiais⁷⁴, com a atribuição de capacidade às crianças para atos específicos⁷⁵. Salientamos, desde já, as exceções consagradas face à incapacidade de exercício patentes taxativamente no art. 127.º do CC. Em que aos menores é reconhecida capacidade para inúmeros atos quando relacionados com o exercício de uma profissão e ainda aos *negócios jurídicos próprios da vida corrente do menor que, estando ao alcance*

⁷⁰SOTTOMAYOR, Maria Clara, *Temas de Direito das Crianças...op.cit.*, p.35.

⁷¹AGUIRRE, Carlos M., *La protección jurídico-civil... op.cit.*, p.1414.

⁷²*Ibidem*, p.1415.

⁷³PINHEIRO, Jorge Duarte, *Limites ao Exercício das Responsabilidades Parentais em matéria de Saúde da Criança*, 1ª edição, Gestlegal, 2020, p.21.

⁷⁴OLIVEIRA, Guilherme, *O acesso dos Menores aos cuidados de saúde*, Revista de Legislação e Jurisprudência, ano 132, nº. 3898, 1999, p.16.

⁷⁵SOTTOMAYOR, Maria Clara, *Temas de Direito das Crianças... op. cit.*, p.23.

*da sua capacidade natural, só impliquem despesas, ou disposições de bens, de pequena importância*⁷⁶.

Menezes Cordeiro sustenta que a consagração de tais maioridades especiais acaba por inverter o dispositivo legal e admitir uma lata capacidade⁷⁷. Porém, estas zonas de autonomia encontram-se de forma dispersa, sem uma lógica unificadora.

Consequentemente, alguma doutrina considera que o nosso regime jurídico possui contradições quanto ao facto de permitir a prática de certos atos enquanto menores de idade e outros sem justificação lógica, só quando alcançam a maioridade⁷⁸.

Como será obvio não é na mera passagem para os 18 anos que a criança se torna madura e um adulto completo. Assim, este limite etário pré-estabelecido não é um critério autêntico de averiguação da capacidade do menor, esta opção legislativa deve-se exclusivamente ao facto de que, por razões práticas, seria impensável realizar-se uma análise casuística a todas as crianças. Pelo que o legislador optou por esta idade que será num modo genérico, de acordo com os padrões de normalidade, quando a maioria adquire o discernimento para o exercício de direitos⁷⁹.

Contudo, será este um bom critério?

Como será perceptível e atendendo aos direitos das crianças, em especial ao direito ao livre desenvolvimento da personalidade, conforme se retira do art. 26º e 69º, nº1 da CRP e ao reconhecimento da sua dignidade humana patente no art. 1º da CRP, é defensável o abandono da regra de incapacidade de exercício. Por conseguinte, têm-se vindo a defender a sua substituição pelo princípio de capacidade de agir limitada a um âmbito de atuação, tendencialmente coincidente com a capacidade natural das crianças, apelidando-o “método da inversão”⁸⁰.

Podemos observar que De Castro, um dos pioneiros a sugerir a adoção desta inversão, defende que a criança deve ser dotada de capacidade de agir ainda que seja

⁷⁶Artigo 127.º, n.º 1, alínea b) do CC.

⁷⁷MENEZES CORDEIRO, A., *Tratado de Direito Civil IV...op.cit.*,p.479

⁷⁸SOTTOMAYOR, Maria Clara, *Temas de Direito das Crianças... op. cit.*,p.26; RIBEIRO, Alcina Costa, *Autonomia da criança... op.cit.*, p.16-17.

⁷⁹VASCONCELOS, Pedro Pais, *Teoria Geral do Direito Civil*, 9ª edição, Almedina, 2019, p.117; FERNANDES, Luís. A. Carvalho, *Teoria Geral do Direito Civil*, vol.1, 6ª edição, Universidade Católica Editora, 2012, p.254 e 255; e CORREIA, Sérgio M. J., *A Dogmática Do Direito Das Crianças... op.cit.*,p.42.

⁸⁰A título de exemplo: MARTINS, Rosa, *Menoridade, (in)capacidade e cuidado parental...op.cit.*,p.112-113; SOTTOMAYOR, Maria Clara, *Temas de Direito das Crianças... op. cit.*, p.59; RIBEIRO, Alcina Costa, *Autonomia da criança...op.cit.*, p.16 nota 5; TORRES, Filipe, *A autonomia progressiva das crianças e dos adolescentes*, Lex familiae, 14, 2010, p.48.

limitada devido à necessidade de proteger estes sujeitos⁸¹. Traduz-se, assim, na regra de que a iniciativa da atuação e a decisão que a suporta cabem à criança, sempre que esteja em condições de tal; só se não estiver se justifica a intervenção alheia, privilegiando-se a autodeterminação na condução da sua vida⁸².

Tratar-se-á de uma inversão do princípio consagrado no nosso ordenamento, não reconhecendo uma plena capacidade, mas antes uma consagração da sua capacidade natural que sucessivamente vai adquirindo, pelo que este princípio será mais restrito no início da sua vida. Deste modo, as limitações à capacidade da criança terão de se encontrar expressas na lei, devendo, no entanto, ser interpretadas restritivamente, atendendo sempre ao grau de desenvolvimento da criança⁸³. Assentando o critério na Capacidade Natural da criança, este não pode ser interpretado em total correspondência, uma vez que seria impraticável aferir em concreto a capacidade natural de cada criança⁸⁴. Decorrente deste facto, o critério assenta numa correspondência tendencial entre a capacidade legal e a natural⁸⁵, pelo que se tem sugerido a adoção de um modelo gradualista⁸⁶.

Por sua vez, Maria Morón⁸⁷ defende que se deveria atender sempre ao critério da capacidade natural quando estiverem em causa atos de natureza pessoal e direitos de personalidade. Uma vez que o núcleo base destes direitos é a liberdade e a dignidade humana, deve permitir-se a todos os indivíduos tomar a sua própria decisão, sempre que possuam o discernimento suficiente para compreender o ato em causa⁸⁸. Considerando, assim, que se deve optar por este critério casuístico ao invés do critério cronológico⁸⁹. Maria Morón defende que a aferição da capacidade natural se efetua do seguinte modo: 1) o tipo de consequências que podem advir do ato; 2) a capacidade de entendimento e discernimento necessárias para compreender as consequências; 3) a conclusão que as capacidades que a criança possui são suficientes para que a criança adote uma decisão responsável, i.e. que compreenda o alcance e as consequências do ato⁹⁰. Deste modo,

⁸¹ CASTRO, Frederico de., *Derecho Civil de España...Apud MARTINS, Rosa, Menoridade, (in)capacidade e cuidado parental...op.cit.*, nota 241 p. 110.

⁸² *Ibidem*, p.113.

⁸³ *Ibidem*, p.114.

⁸⁴ *Ibidem*, p.116

⁸⁵ *Ibidem*, p.117

⁸⁶ *Ibidem*, p.119

⁸⁷ MORÓN, María José Santos, *Menores Y Derechos De La Personalidad. La Autonomía Del Menor*, in *El menor ante el Derecho en el Siglo XXI*, Boletín Oficial del Estado; Universidad Autónoma de Madrid, AFDUAM, nº 15, 2011, p.64.

⁸⁸ *Ibidem*, p.64.

⁸⁹ *Ibidem*, p.73 e 74.

⁹⁰ *Ibidem*, p.64 e 68.

quanto mais graves forem as consequências que podem advir do ato, maior grau de maturidade se deve exigir para que possa adotar uma decisão válida⁹¹.

Esta solução baseia-se num critério puramente subjetivo que remete para o juiz a tarefa de verificar em concreto a capacidade natural da criança para a prática daquele determinado ato, o que poderá conduzir a situações muito díspares entre si⁹².

Não é fácil concretizar e alcançar uma definição geral do conceito “capacidade natural”, uma vez que é um critério casuístico, pelo que concordamos com Aguirre⁹³ ao afirmar que a aquisição de capacidade natural é fruto de um processo que se desenrola no tempo, pelo que a idade pode ser considerada como a expressão numérica do desenvolvimento de uma pessoa. Consequentemente, existe um paralelismo entre ambas as realidades, o que permite utilizar a idade como instrumento para determinar a capacidade natural, embora essa fixação seja artificial, ela é necessária⁹⁴. Deste modo, a utilização do critério cronológico baseia-se na consideração de que uma pessoa normal, em condições normais, nessa dita idade já adquiriu a capacidade natural necessária para levar a cabo o exercício dos direitos que o legislador autoriza.

Realizado este enquadramento, consideramos que será difícil percecionar uma alteração do critério cronológico pelo critério da capacidade natural.

Quanto à adoção do princípio da capacidade limitada cremos que não se verificarão grandes diferenças nos efetivos direitos das crianças, pelo menos em termos práticos, parecendo antes que se trata de uma mera alteração gramatical, em que será atribuída capacidade para exercer os seus direitos, mas restringida em determinadas zonas em que a sua capacidade se encontrará limitada e, consequentemente, será incapaz. Por conseguinte, a diferenciação centrar-se-á no modo como o legislador elaborará as exceções, até porque numa fase inicial da vida da criança estas obrigatoriamente terão de ser extensas. Porém, compreende-se que do ponto de vista teórico a desconsideração da criança como incapaz, e a sua consideração como pessoa com capacidade limitada seja “*uma viragem quase copernicana de indubitável transcendência*”⁹⁵, até porque o termo “incapaz” constitui um conceito com conotação negativa.

⁹¹*Ibidem*, p.68.

⁹²MARTINS, Rosa, *Menoridade, (in)capacidade e cuidado parental...op.cit.*,p.122.

⁹³AGUIRRE, Carlos M., *La protección jurídico-civil... op.cit.*, p.1417.

⁹⁴*Ibidem*.

⁹⁵*Ibidem*, p.1434.

Por tudo o exposto, defendemos que o tempo de criança não tem de significar sempre tempo de menoridade e uma sujeição total às responsabilidades parentais⁹⁶, a presunção de que é apenas aos 18 anos que a criança atinge a maturidade de um adulto foi ilidida com a evolução do ser humano⁹⁷. Não se negando, nem se podendo negar, que a criança passa por um processo de desenvolvimento progressivo da sua própria personalidade, cuja necessidade de proteção se altera conforme a idade e maturidade⁹⁸.

Uma vez que as necessidades de proteção e a capacidade para uma atuação consciente são distintas consoante a faixa etária, só um modelo escalonado permitirá alcançar uma tendencial correspondência com a capacidade natural⁹⁹ e respeitar a autonomia das crianças em harmonia com as fases do seu desenvolvimento¹⁰⁰. Fará sentido, por esse motivo, uma alteração legislativa em que se consagre um modelo escalonado¹⁰¹, a título de exemplo: 1) Fase da Infância (do nascimento aos 7 anos); 2) Fase da Pré-adolescência (dos 7 aos 14 anos); Fase da Adolescência (dos 15 aos 18 anos).

O facto de se reconhecer, cada vez mais, maioridades especiais vem favorecer a defesa do princípio da capacidade limitada, mas como será de alcançar estas maioridades normalmente cifram-se nas idades entre os 14 e os 16 anos, pelo que pensamos que a chave se encontra no não tratamento de idades tão diferentes de modo unitário. Entendemos que será defensável a manutenção de uma incapacidade geral de exercício na fase da infância e na fase da pré-adolescência, em que a criança só terá capacidade nas exceções elencadas. Porque se atendermos às crianças desde o nascimento até aos 6/7 anos, efetivamente elas são incapazes e não se encontram numa capacidade limitada, pois não possuem sequer as capacidades cognitivas necessárias; pelo que não lhes é sequer reconhecida capacidade para o exercício de qualquer direito, será sempre outro a decidir por si. Ressalvando-se, no entanto, que este facto não deve retirar da esfera da criança a possibilidade de se expressar sobre as decisões que a afetem, nos termos do art. 1878.º, n.º2 do CC. Devendo o círculo de atos permitidos aumentar ao se passar da fase da

⁹⁶RIBEIRO, Alcina Costa, *Autonomia da criança...op.cit.*, p.15.

⁹⁷*Ibidem*, p.16.

⁹⁸SOTTOMAYOR, Maria Clara, *Temas de Direito das Crianças... op. cit.*,p.35.

⁹⁹*Ibidem* e AGUIRRE, AGUIRRE, Carlos M., *La protección jurídico-civil... op.cit.*, p.1427 e 1428, onde salienta que o tratamento que o direito dá a um recém-nascido e a um menor que tenha cumprido os 17 anos, não pode ser o mesmo, uma vez que a sua capacidade natural se encontra muito mais próxima de quem já tenha cumprido os 18 anos.

¹⁰⁰OLIVEIRA ASCENSÃO, J., *Direito Civil – Teoria Geral... op.cit.*, p.181

¹⁰¹Por exemplo, o Ordenamento Jurídico Alemão distingue duas fases de menoridade, no § 104, I BGB e no § 106 BGB, veja-se German Civil Code (BGB) in the version promulgated on 2 January 2002 (Federal Law Gazette [Bundesgesetzblatt] I page 42, 2909; 2003 I page 738), last amended by Article 1 of the Act of 10 August 2021 (Federal Law Gazette I p.3515).

infância para a da pré-adolescência, uma vez que também aumenta o nível de desenvolvimento da criança.

Por sua vez, na fase da adolescência será de se reconhecer uma capacidade geral limitada, em que só nas exceções expressas a criança não terá capacidade. Tal ideia assemelha-se ao defendido por Gisser¹⁰², porém este defende a criação de um único escalão, que será a criação de um estatuto de pré-maioridade em que identifica as idades entre os 15 e os 18 anos, no qual lhes é concedido um âmbito de capacidade alargado em concordância com a sua capacidade natural. Todavia, reconhecemos que mesmo sem uma inversão do princípio nesta fase, a mera indicação escalonada e o aumento do círculo de atos, facilitaria o reconhecimento de autonomia às crianças.

Obviamente que tal modelo não é isento de críticas, pois as indicações das idades para cada escalão não deixam de ser discricionárias e não atender por completo à capacidade natural. Cada criança tem as suas próprias fases que acontecem no seu tempo específico e que requerem um acompanhamento personalizado, adequado às suas necessidades e maturidade. A necessidade de intervenção dos titulares das RP vai diminuindo à medida que estas adquirem capacidade, pelo que faz sentido uma total representação quando estas se encontram na infância, mas quando entram na adolescência esta representação ir diminuindo¹⁰³. As próprias Ciências Sociais e Humanas têm contribuído para o reconhecimento de fases de desenvolvimento.

Só, assim, será conforme à ideia de progressiva autonomia e facilitará o projeto educativo que tem por finalidade a promoção do desenvolvimento autónomo e responsável. Isto irá significar uma mudança de paradigma, em especial, quanto ao modo como se entende as responsabilidades parentais.

3.3 As Responsabilidades Parentais

O instituto das responsabilidades parentais¹⁰⁴ surge no quadro da Teoria Geral do Direito Civil como um meio de suprir a incapacidade que as crianças possuem no nosso ordenamento jurídico¹⁰⁵. Como ficou exposto *supra*, são os titulares das responsabilidades parentais que representam as crianças no exercício dos seus direitos até

¹⁰²GISSER, F., *Réflexion en vue d'une réforme de la capacité des incapables mineurs. Une institution en cours de formation : la pré-majorité*, JCP 1984, I, 3142 *apud* POMART-NOMDÉDÉO, Cathy, *L'enfant et le droit. L'évolution de l'approche juridique de la question de la minorité depuis le XVIIIe siècle*, *Revue historique de l'océan Indien*, 2010, (XVIIIème - XXIème siècles), 06, p.41.

¹⁰³MARTINS, Rosa, *Menoridade, (in)capacidade e cuidado parental...op.cit.* p.125.

¹⁰⁴Não se pretende desenvolver exaustivamente, pois tal transcende o objeto do presente texto, mas tão só explicitar e realizar um contexto.

¹⁰⁵PINHEIRO, Jorge Duarte, *O direito da família contemporâneo*, Gestlegal, 7ª edição, 2020, p.260.

alcançarem a maioria ou se emanciparem, conforme se retira do art. 124.º, 1877.º, 1878.º e 1881.º do CC.

Deste modo, as responsabilidades parentais, anteriormente identificadas pela expressão “poder paternal”¹⁰⁶, têm como características a indisponibilidade, intransmissibilidade, uma vez que possuem carácter *intuitu personae*, como resulta do art. 1699.º, n.º 1, al. b) e do art. 1882.º ambos do CC. Regra geral este exercício pertence a ambos pais, conforme se retira dos arts. 1878.º, 1901.º, 1906.º, 1911.º e 1912.º do CC. Contudo, a evolução da sociedade, para uma sociedade contemporânea teve consequências na família e nas relações familiares e, atendendo às novas realidades familiares, este exercício pode ser exercido em diversos regimes¹⁰⁷. Inclusive este exercício pode ser atribuído a um terceiro, são os casos patentes, a título de exemplo, no art. 1903.º do CC (impedimentos), no 1904.º do CC (morte), e no art. 1918 do CC.

Ora, as responsabilidades parentais constituem uma situação jurídica complexa¹⁰⁸, que se desdobra numa heterogeneidade de situações jurídicas, que devem ter como orientação o interesse, a proteção e promoção do desenvolvimento do filho (cfr. art. 1877.º e 1878.º)¹⁰⁹, com o objetivo de permitir o seu desenvolvimento integral. A atribuição das responsabilidades parentais aos pais, não significa que seja uma decisão unilateral, em que apenas o interesse dos pais deve ser atendido, muito menos utilizado como uma prerrogativa para os pais expressarem a sua personalidade e olvidarem por completo a personalidade da criança, o interesse dos pais cede sempre perante o interesse do filho¹¹⁰. Neste sentido, os pais devem sempre atender à maturidade dos filhos e conceder-lhes autonomia na organização da própria vida, conforme advém do art. 1878.º, n.º 2 do CC.

Assim, torna-se claro que as responsabilidades parentais são mais do que um meio de suprimento da incapacidade das crianças, procuram também assegurar o

¹⁰⁶Embora se mantenha esta designação no art. 124.º do CC, adotaremos a expressão de responsabilidades parentais, sobre esta questão terminológica *vide* PINHEIRO, Jorge Duarte, *O direito da família contemporâneo...op.cit.*, p.261-262.

¹⁰⁷Para os regimes em que as responsabilidades parentais podem ser exercidas, veja-se, PINHEIRO, Jorge Duarte, *O direito da família contemporâneo... op.cit.*, pp.281-285.

¹⁰⁸A natureza jurídica das responsabilidades parentais na sua globalidade, tem suscitado divergências quanto a essa caracterização, nesse sentido, como: direito subjetivo *vide*, MIRANDA, Jorge, *Sobre o Poder Paternal*, Revista de Direito e de Estudos Sociais, Almedina, ano XXXII, V da 2ª série, 1990, pp.30 a 38; direito subjetivo sui generis, para tal, veja-se PINHEIRO, Jorge Duarte, *O direito da família contemporâneo... op.cit.*, pp. 266-269; e FERNANDES, Luís. A. Carvalho, *Teoria Geral do Direito Civil... op.cit.*, pp.273-274; e poder funcional, este é o entendimento reiterado pela maioria da doutrina, PINHEIRO, Jorge Duarte, *O direito da família contemporâneo... op.cit.*, p.268-269; CORREIA, Sérgio M. J., *A Dogmática Do Direito Das Crianças... op.cit.*, pp.51-56, onde realizam uma explanação e indicam outros autores.

¹⁰⁹PINHEIRO, Jorge Duarte, *O direito da família contemporâneo... op.cit.*, p.260.

¹¹⁰*Ibidem*, p.269.

desenvolvimento integral da sua personalidade, como Guilherme Oliveira afirma “(...) são os instrumentos jurídicos que facilitam prestar o cuidado que se espera que os pais dispensem aos filhos.”¹¹¹.

As situações jurídicas compreendidas no conteúdo das responsabilidades parentais encontram-se consagradas no art. 1878.º, n.º 1 do CC. Assim, da redação da norma podemos retirar que as responsabilidades parentais são compostas por um conjunto de poderes-deveres, a enumeração dos poderes-deveres varia consoante o autor¹¹², por conseguinte, seguiremos a enumeração adotada por Jorge Duarte Pinheiro¹¹³. No entanto, apenas chamaremos aqui à colocação os poderes-deveres que assumem uma especial importância no mundo digital e apenas nessa perspetiva, não efetuando uma excursão sobre o que abrangem na sua totalidade:

- **O Poder-dever de guarda**¹¹⁴ (cfr. art. 1887.º e 1887.º-A do CC e art. 36.º, n.º 6 da CRP). Perante este poder os pais zelam, também, pela segurança dos filhos¹¹⁵. Uma vez que se traduz numa relação de proximidade existencial, devem os pais criar um ambiente que promova um harmonioso desenvolvimento do filho, tendo sempre em atenção o seu interesse superior. Deste modo, assegura-se a possibilidade de vigiar e dispensar atenção com vista à proteção da integridade do filho¹¹⁶. Assim, é incumbido aos pais, igualmente, a vigilância das ações dos filhos, sendo lhes lícito interferir nas relações dos filhos, afastá-lo de situações de perigo, de “controlar” a sua correspondência¹¹⁷ e navegação na internet, sempre atendendo à necessidade de proteção e interesse da criança. É através deste poder-dever que os pais se encontram adstritos a verificar se a atuação das crianças no mundo digital é segura. O ambiente digital assume especiais riscos, pois as crianças podem envolver-se de forma mais independente da

¹¹¹Guilherme de, *Manual de Direito da Família*, com a colaboração de Rui Moura Ramos, Coimbra, Almedina, 2020, p.579.

¹¹²PINHEIRO, Jorge Duarte, *O direito da família contemporâneo... op.cit.*, p.270 nota 500, MIRANDA, Jorge, *Sobre o Poder Paternal... op.cit.*, p.30 e 31; e, OLIVEIRA, Guilherme de, *Manual de Direito da Família...op.cit.*, p.596.

¹¹³PINHEIRO, Jorge Duarte, *O direito da família contemporâneo... op.cit* pp.270-278.

¹¹⁴Como Guilherme de Oliveira indica este poder-dever de guarda e vigilância não é especificado na lei, mas é sem dúvida “um aspecto permanente e relevante, tanto que é do reconhecimento destes deveres que justifica a responsabilização dos pais pelos atos ilícitos dos filhos (art. 491.º).” vide OLIVEIRA, Guilherme de, *Manual de Direito da Família...op.cit.*, p.596.

¹¹⁵PINHEIRO, Jorge Duarte, *O direito da família contemporâneo... op.cit.*,p.271.

¹¹⁶MARTINS, Rosa, *Menoridade, (in)capacidade e cuidado parental...op.cit.*,p.201.

¹¹⁷PINHEIRO, Jorge Duarte, *O direito da família contemporâneo... op.cit.*,p.272.

supervisão dos pais, pelo que é necessário que os pais assumam um papel de vigilância, respeitando, porém, a autonomia, as capacidades e a privacidade das crianças¹¹⁸.

• O **Poder-dever de dirigir a educação** trata-se de uma verdadeira obrigação imposta pela lei e encontra-se constitucionalmente patente no art. 36.º, n.º 5 da CRP, à luz do qual os pais têm o direito e dever de educação dos filhos. O objetivo deste poder-dever é prepará-los para uma vida enquanto seres autónomos, para que se tornem cidadãos adultos responsáveis. Trata-se igualmente de um poder em relação ao Estado, devendo este cooperar com os pais na educação dos filhos (art.67.º, n.º 2 da CRP). O art. 1885.º do CC estabelece que os pais devem promover o desenvolvimento a todos os níveis da criança e, ainda, proporcionar uma instrução geral e profissional adequada às aptidões e inclinações do filho. Deste modo, o poder-dever de educação abrange a orientação do processo de socialização, com a aquisição das faculdades físicas, morais e intelectuais, mas também a promoção de competências técnicas e profissionais. Não se trata de uma faculdade ao dispor dos pais, deve ser exercida no interesse dos filhos e com respeito pela personalidade do mesmo (art. 1874.º, n.º1 e 1878.º, n.º2 do CC), pois concretizar-se-á na formação da própria personalidade do filho¹¹⁹. Neste âmbito, assumirá no mundo digital uma importante ferramenta para que se aumente a literacia digital, quer pelos ensinamentos dos pais, quer pela cooperação do Estado nesse sentido, através da implementação de programas que preparem e capacitem as crianças¹²⁰. A literacia digital¹²¹ é de extrema importância para que as crianças adquiram a capacidade de entender e utilizar a informação recolhida de forma crítica e estratégica, percebendo que nem tudo o que se encontra na *internet* é verídico, tal como os diversos perigos. De acordo com o dever dos Estados de prestar assistência adequada aos pais no desempenho das suas responsabilidades de educação, os Estados devem promover ações de sensibilização e programas, quer para as crianças, quer para os pais, a fim de os ajudar a assistir as crianças na realização dos seus direitos, incluindo o direito à proteção em relação ao ambiente digital¹²². Devendo, assim, incentivar programas educativos em que

¹¹⁸Committee on the Rights of the Child, *General comment No. 25 (2021) on children's rights in relation to the digital environment*, United Nations, p.4.

¹¹⁹MARTINS, Rosa, *Menoridade, (in)capacidade e cuidado parental...op.cit.*,p. 211.

¹²⁰Committee on the Rights of the Child, *General comment No. 25 (2021) on children's rights in relation to the digital environment*, United Nations, p.4.

¹²¹MAGRIÇO, Manuel Aires, *A Proteção de dados e a Privacidade das Crianças no Ciberespaço*, Fórum de Proteção de dados "Privacidade das Crianças no Ambiente Digital", Nº06, novembro 2019, Comissão Nacional de Proteção de Dados, pp.15-18.

¹²²Committee on the Rights of the Child, *General comment No. 25 (2021) on children's rights in relation to the digital environment*, United Nations, p.6.

se incluem informações sobre a importância dos seus dados pessoais, riscos, privacidade e os direitos que possui quanto a subjacentes violações, permitindo-se desenvolver a sua literacia e competências digitais.

• O **Poder-dever de representação** compreende o exercício de todos os direitos e o cumprimento de todas as obrigações do filho. Deste modo, os pais atuam no lugar do filho assumindo as suas vinculações, pelo que devem orientar a sua atuação sempre com base no interesse do filho, já que os efeitos se produzem na esfera jurídica deste. No entanto, é vedado aos pais representarem os filhos quando esteja em causa:

- 1) Atos puramente pessoais, pelos quais se entende, a título de exemplo, a perfilhação (art. 1850.º do CC) e o casamento (art. 1601.º, al. a));
- 2) Atos que o filho tem o direito de praticar pessoal e livremente, onde se inserem os atos enumerados no art. 127.º do CC e as apelidadas maioridades especiais que se encontram dispersas em diversa legislação; e,
- 3) Atos respeitantes a bens cuja administração não pertença aos pais, são o caso dos bens referidos no art. 1888.º do CC.

Deste modo, o poder-dever de representação consiste na substituição do filho pelos pais na realização de todos os atos para os quais é considerado incapaz, inclusive no mundo digital.

Conforme explicitado anteriormente, defende-se a consagração de escalões de menoridade e, por ordem de coerência lógica, também a forma como as responsabilidades parentais serão encaradas terá de mudar. Deste modo, deve entender-se que na fase da adolescência, se deve abandonar a representação legal. Devendo ponderar-se a aplicação de outro instituto, como o da assistência¹²³, o que oferecerá uma maior flexibilidade ao desenvolvimento progressivo da criança¹²⁴. Só assim é possível conciliar a autonomia com a proteção que ainda é requerida nesta fase. A utilização da representação como mecanismo para suprir a incapacidade das crianças tem sido frequentemente criticada¹²⁵,

¹²³SOTTOMAYOR, Maria Clara, *A Autonomia do Direito das Crianças*, Estudos em homenagem a Rui Epifânio, coordenação de Armando Leandro, Álvaro Laborinho Lúcio, Paulo Guerra, Almedina, 2010, p.82 e TORRES, Filipe, *A autonomia progressiva das crianças...op.cit.*, p.48; e, MARTINS, Rosa, *Menoridade, (in)capacidade e cuidado parental...op.cit.*, p.126.

¹²⁴Fraçois Gisser, Jean-Jaques Lemouland e Julien Roque, defendem a consagração de uma etapa intermédia entre a menoridade e a maioridade, a pré-maioridade, em que o instituto de suprimento da incapacidade deverá ser a Assistência, vide POIRRET, Jennifer, *La représentation légale du mineur sous autorité parentale*, Thèse pour le doctorat en droit privé et sciences criminelles, Université ParisEst, 2011, p.309.

¹²⁵POIRRET, Jennifer, *La représentation légale du mineur sous autorité parentale...op.cit.*, p.309.

especialmente quando a criança já possui uma certa capacidade e maturidade. Uma vez pode resultar em atos contrários à vontade da mesma, nomeadamente, quando o titular das responsabilidades parentais é autoritário e não atende à vontade própria da criança e oblitera a sua autonomia na direção da sua vida.

Assim, nas palavras de Jorge Duarte Pinheiro pode resumir-se a complexidade do estatuto jurídico da criança, da seguinte forma: “*incapaz, sujeita à acção dos adultos incumbidos de suprir a incapacidade, que, porém, têm de agir no interesse dela e tendo em conta a sua autonomia; titular de um interesse que sendo designado como superior, nem sempre prevalece total ou parcialmente sobre o interesse de outrem.*”¹²⁶.

4. Princípios orientadores do Estatuto da Criança

4.1 Princípio da autonomia progressiva da criança

Ao longo da exposição tem se frisado que a criança é um verdadeiro sujeito de direitos, que deve ser reconhecida como “ator social”, com um envolvimento ativo na organização da sua vida e para que tal seja possível necessita de espaços de autonomia. Deste modo, a nova perceção da criança exige que lhe seja reconhecido o direito de participar na organização da sua vida e, conseqüentemente, uma autonomia progressiva, pois, só assim se respeitará os princípios subjacentes à CDC¹²⁷.

Por conseguinte, o art. 1878.º, n.º2 do CC estabelece que a criança é dotada de uma progressiva autonomia “inversamente proporcional”¹²⁸ ao exercício das responsabilidades parentais. Este artigo atribui, então, autonomia à criança, mas, igualmente, subordina-a aos pais, por força da obediência que lhes é devida e dos poderes que detêm sobre a criança¹²⁹. Deste modo, os pais ao tomarem decisões parentais podem intrometer-se na esfera pessoal do filho e, portanto, devem admitir a participação do filho nestas decisões¹³⁰. Como explica Guilherme Oliveira é difícil fazer um elenco destas decisões, só sendo possível “*afirmar que se trata das decisões necessárias ou convenientes que não cabem na esfera de capacidade do próprio menor (cfr. o art.*

¹²⁶PINHEIRO, Jorge Duarte, *Temas de Direito Pediátrico*, 1ª edição, Gestlegal, 2021, p.12.

¹²⁷PECHTELIDIS, Yannis, *A Criança como Ator Social...op.cit.*, p.53.

¹²⁸MOREIRA, Sónia, *A Autonomia do Menor no Exercício dos seus Direitos*, Scientia Iuridica ,nº 291, 2001, p.162; PRATA, Ana, *Código Civil Anotado*, vol.II, 2ª Edição Reimpressão 2022, Almedina, 2019, p.803; DIAS, Cristina, *A Criança Como Sujeito De Direitos... op. cit.*p.93; RIBEIRO, Alcina Costa, *Autonomia da criança... op.cit.*,p.12.

¹²⁹PINHEIRO, Jorge Duarte, *O direito da família contemporâneo...op.cit.*, p.278.

¹³⁰OLIVEIRA, Guilherme de, *Manual de Direito da Família...op.cit.*,p.593.

127.º).¹³¹. Pelo que neste âmbito é necessário atender e respeitar a autonomia progressiva da criança.

A questão que surge neste ponto centra-se no modo como se efetiva o respeito pela autonomia progressiva da criança?

As responsabilidades parentais são um instrumento de proteção da criança no seu desenvolvimento, sendo importante que em cada etapa da vida da criança se encontre um equilíbrio entre a subordinação e autonomia¹³². Assim, enquanto os filhos não têm capacidade de entendimento e decisão, cabe aos pais substituírem totalmente os filhos, porém, quando o filho tem capacidade para entender o ato e formar uma vontade, os pais só devem substituir formalmente o filho¹³³.

No entanto, a lei estabelece que os filhos devem obediência aos pais, este dever de obediência (cfr. o art.128.º do CC) consagra que os filhos estão sujeitos às decisões dos pais sem poderem contestar, exceto se a ordem for ilícita ou imoral. Por sua vez, o art.1878, n.º 2 CC indica que, apesar da obediência devida pela criança, os pais devem reconhecer autonomia à mesma na organização da sua própria vida e nos assuntos familiares importantes, de acordo com a sua maturidade. Não se pode substituir totalmente a autonomia da criança, até porque não é por se impedir uma criança de realizar certos atos, recorrendo a uma proteção excessiva para afastá-la dos fatores de risco, através do seu isolamento, repreensão e penalização, que se elimina fatores de risco, entre os quais os comportamentos delinquentes¹³⁴. Há investigações¹³⁵ que demonstram que quando as crianças são excessivamente protegidas e não são auxiliadas no seu processo de crescimento psicológico, o seu desenvolvimento pessoal é negativo. Apesar de crescerem física e psicologicamente, tornam-se adultos imaturos em decorrência da falta de estímulos para se desenvolverem autonomamente¹³⁶.

A realidade é que não é passível de se demonstrar um critério igualitário para todas as situações, a autonomia da criança não é, em si, estanque¹³⁷; o processo de desenvolvimento evolui no tempo e ritmo específico de cada criança, dependendo de diversos fatores, uns naturais e que lhe são intrínsecos, e outros que, por sua vez, lhe são

¹³¹*Ibidem*.

¹³²PINHEIRO, Jorge Duarte, *O direito da família contemporâneo... op.cit.*, p.279.

¹³³OLIVEIRA, Guilherme de, *Manual de Direito da Família...op.cit.*, p.593.

¹³⁴PINHEIRO, Maria do Rosário, *(Re)pensar o menor adolescente: contributos para o seu desenvolvimento e (re)educação*, in o direito de menores reforma ou revolução?, coordenação Joana Marques Vidal, Cadernos da Revista do Ministério Público, edições cosmos, 1998, p.97.

¹³⁵CRUZ, Orlanda, *Parentalidade*, coleção Psicologias, Quarteto, 1.ª edição junho de 2005, p.154.

¹³⁶PINHEIRO, Maria do Rosário, *(Re)pensar o menor adolescente: contributos...op.cit.*, p.100.

¹³⁷*Ibidem*, p.14.

externos e a influenciam. O seu grau de autonomia deve ser encontrado e respeitado em cada uma das etapas da vida, pelo que é necessário, ao se atender ao grau de maturidade da criança, efetuar-se um juízo de necessidade, adequação e proporcionalidade¹³⁸ da interferência das decisões parentais na vida do filho. Sob pena de ofenderem o direito ao desenvolvimento da personalidade e à identidade pessoal, consagrado no art. 26.º da CRP, que fundamenta a liberdade de cada um traçar o seu plano de vida através da concessão de autonomia e autodeterminação individual¹³⁹, direito este que assume especial relevância no estatuto de criança¹⁴⁰.

Uma vez que frequentemente os pais assumem funções de vigilância do filho, é necessário efetuar um exercício onde se analisará a maturidade da criança e se verificará se existe justificação para a intervenção parental, tal como se o modo e a intensidade de como a decisão é tomada respeita a maturidade da criança.

Como observado *supra* no ordenamento português a menoridade enquanto fase da vida é predominantemente tratada como bloco, não existindo uma diferença de graus consoante a idade ou discernimento¹⁴¹. Porém, o legislador aparenta não ser indiferente a esta desarmonia e para além da consagração da obrigação de reconhecer autonomia à criança consoante o seu grau de desenvolvimento (art. 1878º, n.º 2 do CC); outros preceitos demonstram e dão força à tese da progressiva autonomia das crianças, as apeladas de maioridades especiais, a título de exemplo:

- O art.1886.º do CC que permite a livre escolha de religião ao jovem com 16 anos;
- O acesso livre às consultas de planeamento familiar sem qualquer autorização prévia, art. 5.º, n.º1 da lei nº3/84¹⁴² e o art. 5.º, n.º2 da Portaria nº52/85¹⁴³;
- A decisão de interrupção voluntária da gravidez a partir dos 16 anos (art. 142.º, n.º 5 do Código Penal);
- A capacidade do maior de 16 anos para perfilhar (art. 1850.º do CC);

¹³⁸OLIVEIRA, Guilherme de, *Manual de Direito da Família...op.cit.*, p.595.

¹³⁹OLIVEIRA, Guilherme de, *Manual de Direito da Família...op.cit.*,p.51.

¹⁴⁰*Ibidem*.

¹⁴¹MARTINS, Rosa, *Menoridade, (in)capacidade e cuidado parental...op.cit.*, p.97.

¹⁴²Lei n.º 3/84 de 24 de Março de 1984, publicado em Diário da República n.º 71/1984, Série I de 24/03/1984, páginas 981 – 983.

¹⁴³Portaria nº52/85 de 26 de Janeiro, publicado em Diário da República n.º22/1985, Série I de 26/01/1985, páginas 219 e 220.

- As exceções à incapacidade previstas no art.127.º do CC para o exercício de atos jurídicos de pequena importância; e,
- A prestação de consentimento no tratamento dos seus dados pessoais a partir dos 13 anos, art 16.º, nº 1 Lei de Proteção de Dados Pessoais.

O legislador atribuiu, assim, diversos espaços em que à criança é reconhecida autonomia e autodeterminação na condução da sua vida, tendo como referência o grau de maturidade das suas faculdades¹⁴⁴. Porém, estas normas são meras exceções ao regime geral de incapacidade, não fornecendo nenhuma indicação de como se deve concretizar a autonomia. Apenas se consegue retirar a ideia de que a interpretação a efetuar do art.1878.º, n.º 2 do CC é de que a medida que as crianças vão crescendo, a intervenção protetora dos pais vai-se tornando desnecessária, restringindo-se os poderes dos pais ao estritamente necessário¹⁴⁵.

Caminha-se num movimento de progressiva autonomização da criança, em que se entende que a mesma não necessita de uma proteção absoluta por parte dos pais ao longo do seu crescimento, mas, antes, que se deve assistir a uma redução proporcional dessa proteção adaptada ao seu desenvolvimento, enquanto ser com personalidade própria e autónomo. Cabendo aos pais reconhecer os espaços em que a autonomia da criança se pode manifestar e concretizar. Este princípio deve ser tido em consideração aquando da interpretação do estatuto que a criança assume no mundo digital.

4.2 Princípio do Interesse Superior da criança

O princípio do interesse superior da criança necessita de ser chamado à colação, uma vez que é o princípio que deve reger todas as atuações que interfiram na esfera da criança. A audição da criança constitui uma das manifestações do interesse superior, ajudando o juiz na aferição do mesmo conceito.

Encontramos este princípio, desde logo, na DUDC, no art. 2.º, de onde se retira que a preocupação fundamental na elaboração das leis em torno das crianças, será a consideração do seu interesse superior.

Por sua vez, na CDC encontramos no seu art. 3º que todas as decisões devem ter em conta o interesse superior da criança, pelo que deverá atender-se a este princípio como um guião para a interpretação de todo o articulado.

¹⁴⁴MARTINS, Rosa, *Menoridade, (in)capacidade e cuidado parental...op.cit.*,p.33.

¹⁴⁵OLIVEIRA, Guilherme, *Manual de Direito da Família...op.cit.*,p.580.

Deste modo, encontramos diversas manifestações deste princípio no nosso ordenamento jurídico, desde logo, no art. 1878.º, n.º 1 do CC, que indica que as responsabilidades parentais devem ser exercidas no interesse dos filhos. Também a Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo¹⁴⁶, consagra, no art. 4.º, al. a), que a intervenção para a promoção dos direitos e proteção da criança e do jovem em perigo obedece a este princípio. Assim, será através deste conceito que se justificam intervenções estaduais na família, como as inibições e limitações ao exercício das responsabilidades parentais¹⁴⁷.

Também, no ambiente digital este princípio assume relevância e manifesta-se no RGPD, em que se exige que todas as atuações que contendem com dados pessoais das Crianças tenham em consideração o interesse superior da criança. Reconhece-se que o mundo digital não foi originalmente concebido para a proteção da criança, no entanto, desempenha um papel significativo na vida das crianças. Nesse sentido, o Comité do Direito das Crianças¹⁴⁸ considera que os Estados devem considerar primordialmente este princípio em todas as ações relacionadas com o ambiente digital e ter em conta todos os direitos da criança.

Neste sentido, é possível apreender que este princípio assume dimensões diferentes consoante a circunstância em que seja chamado à colação. O comité do Direito das Crianças¹⁴⁹ reconhece que este conceito possui uma natureza tripla, enquanto: direito substantivo (cfr. art. 3.º, parágrafo 1, da CDC); princípio jurídico fundamentalmente interpretativo- deve ser acolhida a interpretação que melhor se compatibilize com o superior interesse da criança; e regra processual- nos processos que subjazem a toma de decisões que afetarão a criança, deverá existir garantias processuais de uma avaliação e determinação do interesse superior da criança no caso concreto.

Laborinho Lúcio, também indica, embora de um modo diferente, que é necessário atender o superior interesse da criança numa tripla dimensão: “*ora enquanto figura jurídica abstrata; ora enquanto fonte de direitos; ora ainda enquanto realidade de facto,*

¹⁴⁶Lei n.º 147/99, de 01 de Setembro.

¹⁴⁷OLIVEIRA, Guilherme de, *Manual de Direito da Família...op.cit.*, p.439.

¹⁴⁸Committee on the Rights of the Child, *General comment No. 25 (2021) on children's rights in relation to the digital environment*, United Nations, p.2-3.

¹⁴⁹Comité dos Direitos da Criança, *Comentário geral n.º 14 (2013) sobre o direito da criança a que o seu superior interesse seja primordialmente em tido consideração (artigo 3.º, parágrafo 1)*, Editorial do Ministério da Educação e Ciência, 2017, p.10.

*a apreciar e a valorar em concreto.*¹⁵⁰”. Assim sendo, na primeira dimensão o princípio visa assegurar o reconhecimento e o gozo de todos os direitos da criança já reconhecidos¹⁵¹. A segunda dimensão coincide com a sua dimensão naturalística, o que significa que o interesse superior da criança assume a dimensão de fonte de direitos. Por sua vez, na terceira dimensão, o interesse da criança assume a sua real dimensão que se manifesta no caso concreto, sendo construída em adequação e em conformidade com esse interesse, projetando-se como o fundamento de decisão¹⁵².

Deste modo, será de entender que o superior interesse da criança possui um conteúdo variável que se ajustará em cada caso às circunstâncias concretas.

Todavia, o que significa este superior interesse da criança¹⁵³?

A legislação não o define¹⁵⁴, trata-se de um conceito vago e indeterminado, mas que orienta as intervenções nas esferas jurídicas das crianças. É um conceito que carece, portanto, de um preenchimento valorativo o que enfatiza o entendimento da criança como pessoa e para os seus direitos¹⁵⁵. O próprio Comité do Direito das Crianças refere que “*A flexibilidade do conceito do interesse superior da criança permite-lhe ser sensível à situação de cada criança e à evolução dos conhecimentos sobre desenvolvimento infantil.*”¹⁵⁶. Porém, também reconhece que permite espaço para manipulação e usos abusivos¹⁵⁷.

Por esse motivo, existe doutrina¹⁵⁸ que considera que este critério, enquanto conceito indeterminado, não deve possuir uma relevância exacerbada.

No entanto, não concordamos com esta posição, justamente porque só um conceito indeterminado permite a adaptação às imprevisíveis e diversas circunstâncias de cada caso concreto¹⁵⁹. Anabela Rodrigues considera que é verdade que o conceito de

¹⁵⁰LÚCIO, Laborinho, *As crianças e os direitos- o superior interesse da criança-*, Estudos em homenagem a Rui Epifânio, coordenação de Armando Leandro, Álvaro Laborinho Lúcio, Paulo Guerra, Almedina, 2010, p.186.

¹⁵¹*Ibidem*.

¹⁵²*Ibidem*, p.187.

¹⁵³O recurso ao conceito “superior interesse da criança”, ao longo desta exposição, abrange as três dimensões.

¹⁵⁴Acórdão do tribunal da Relação de Guimarães de 19/01/2023, Proc. n.º 2396/16.3T8BRG-I.G1, “O interesse superior da criança aparece em vários textos, mas não existe uma definição legal.”

¹⁵⁵SOTTOMAYOR, Maria Clara, *A Autonomia do Direito das Crianças...op.cit.*, p.86.

¹⁵⁶Comité dos Direitos da Criança, *Comentário geral n.º 14 (2013) do sobre o direito da criança a que o seu superior interesse...op.cit.*, p.17.

¹⁵⁷Criticando essa discricionariedade SOTTOMAYOR, Maria Clara, *Temas de Direito das Crianças... op.cit.*, p.314.

¹⁵⁸CLEMENTE, Rosa, *Inovação e Modernidade no direito dos menores - a perspectiva da lei de protecção de crianças e jovens em perigo*, Coimbra Editora, 1ª edição, 2009, p.18.

¹⁵⁹BOLIEIRO, Helena, GUERRA, Paulo, *A Criança e a Família...op.cit.*, p.156.

interesse superior da criança é vago, aberto ou genérico, mas não compreende porque se tenha de ter como “*maléfica e que possa- ou deva- ser torneada através de uma definição legal.*”¹⁶⁰

Creemos que seria vantajoso uma maior determinação deste conceito indeterminado¹⁶¹, por exemplo, através do recurso a elementos orientadores que auxiliem o seu alcance. Existe doutrina¹⁶² que enuncia um conjunto de fatores e elementos a ter em conta aquando da determinação deste interesse.

Deste modo, a avaliação e determinação do interesse da criança deve seguir dois passos¹⁶³: em primeiro lugar, atender ao contexto factual específico do caso, analisar os elementos relevantes e determinar o seu conteúdo concreto e efetuar um juízo de ponderação entre os diversos elementos; em segundo lugar, adotar um procedimento em que se assegure as garantias legais de uma aplicação adequada do interesse superior da criança. Esta determinação do interesse da criança deverá ser levada a cabo por uma equipa multidisciplinar que deve coadjuvar-se mutuamente.

Na prática, este critério tem se revelado complicado, uma vez que abrange diversos sentidos, sendo constantemente interpretado subjetivamente com apoio nas convicções pessoais e ideológicas do decisor¹⁶⁴. Neste contexto, o direito como ciência social que se projeta na vida das crianças, deve socorrer-se de outras ciências sociais e humanas que auxiliam a identificação do interesse superior¹⁶⁵.

Ora, quando este princípio é chamado à colação num caso específico em tribunal, entendemos que apesar de ser um conceito indeterminado, o que verdadeiramente interessa na formação da decisão é a ponderação do seu ponto de vista, não propriamente a adoção acrítica da posição trazida pela criança¹⁶⁶. A opinião da criança deve ser tida sempre em conta para efeitos de ponderação do seu interesse superior. O que significa que, em todas as decisões relativas à criança, deve partir-se da criança, avaliando-se o seu grau de autonomia e maturidade. O preenchimento do interesse superior da criança em cada caso, é complexo, implicando uma análise exaustiva de vários fatores, condenando

¹⁶⁰RODRIGUES, Anabela Miranda, *O Superior Interesse da Criança*, Estudos em homenagem a Rui Epifânio, coordenação de Armando Leandro, Álvaro Laborinho Lúcio, Paulo Guerra, Almedina, 2010, p.40.

¹⁶¹RODRIGUES, Hugo Manuel Leite, *Questões de Particular Importância no Exercício das Responsabilidades Parentais*, Coimbra Editora, 2011, p.82.

¹⁶²*Ibidem*, p. 82-83.

¹⁶³Comité dos Direitos da Criança, *Comentário geral n.º 14 (2013) do sobre o direito da criança a que o seu superior interesse...op.cit.*, p.20.

¹⁶⁴SOTTOMAYOR, Maria Clara, *A Autonomia do Direito das Crianças...op.cit.*, p.86.

¹⁶⁵*Ibidem*.

¹⁶⁶TORRES, Filipe, *A autonomia progressiva das crianças e dos adolescentes... op.cit.*, p.31.

o juiz numa posição complexa¹⁶⁷. Por esse motivo, o Comité do direito das crianças considerou que seria útil a elaboração de uma lista não-exaustiva e não-hierarquizada de elementos que possam ser incluídos na avaliação do interesse superior por qualquer decisor que deva determinar o interesse superior da criança¹⁶⁸.

Todavia, mesmo fora dos casos em que é necessário atender ao interesse daquela criança em concreto, para a determinação do interesse superior da criança é necessário considerar todos os direitos que são reconhecidos à criança. Analisando a decisão que se pondera acatar, de modo a concluir se esta garante o pleno gozo desses direitos e o desenvolvimento global da criança¹⁶⁹. Só deste modo se poderá avaliar as questões problemáticas e verificar entre as várias soluções possíveis, a que se compatibilizará melhor com os vários interesses legítimos em confronto e o que será o interesse superior da criança. Como se compreenderá, se não fosse um conceito que apenas se determina aquando das circunstâncias específicas em que a criança se encontra, diversas realidades poderiam não se encontrar abrangidas.

Em suma, o interesse superior que deve prevalecer sobre todas as decisões e atuações, é um conceito de valor indeterminado e não é estático¹⁷⁰. O interesse superior da criança é diferente de caso para caso¹⁷¹ e varia consoante o passar do tempo, conforme a autonomia e maturidade. Já que é a partir da consideração da criança como ser autónomo e completo que se permite densificar esse conceito¹⁷². Será com base nestas considerações que o princípio também deverá ser entendido pelos responsáveis pelo tratamento, no âmbito do RGPD, em que será este o princípio orientador das suas atuações quando o titular de dados pessoais for uma criança.

¹⁶⁷RODRIGUES, Hugo Manuel Leite, *Questões de Particular Importância no Exercício...op.cit.*, p.73.

¹⁶⁸Comité dos Direitos da Criança, *Comentário geral n.º 14 (2013) do sobre o direito da criança a que o seu superior interesse...op.cit.*, p.22.

¹⁶⁹É este o entendimento jurisprudencial quanto à concretização do conceito, vide Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 27/01/2022, Proc. n.º 19384/16.2T8LSB-A.L1.S1, e Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 13/07/2022, Proc. n.º 200/14.6T8MTS-G.P1.

¹⁷⁰RODRIGUES, Hugo Manuel Leite, *Questões de Particular Importância no Exercício...op.cit.*, p.73.

¹⁷¹Conforme se retira da expressão utilizada por Sottomayor “Este critério só adquire eficácia quando referido ao interesse de cada criança, pois há tantos interesses da criança como crianças.” SOTTOMAYOR, Maria Clara, *Regulação do exercício das responsabilidades parentais nos casos de divórcio*, 8.ª Edição, Reimpressão 2022, Almedina, 2021, p.60. No mesmo sentido, AMARAL, Jorge Pais, *A criança e os seus direitos... op. cit.*, p.74.

¹⁷²LÚCIO, Laborinho, *As crianças e os direitos- o superior interesse da criança...op.cit.*, p.183.

Parte II- A criança no mundo digital

5. Direito à proteção de dados pessoais da criança

O direito à proteção de dados emerge de um reflexo do advento da Era Digital¹⁷³ assumindo uma importância incontestável no quotidiano da maioria das pessoas, onde se inserem particularmente as crianças.

Ora, atualmente a maioria das crianças nasce e cresce imersa neste mundo de hiperdigitalização e dataficação em massa, pelo que se assiste a um acréscimo da utilização de tecnologias digitais cada vez mais precocemente. Parecendo que o mundo real assume uma importância secundária, uma vez a maioria das atividades diárias são realizadas online, desde os trabalhos de casa, conversar com amigos, aceder a redes sociais, ouvir música, jogar jogos até à utilização de *chatbots* e inteligência artificial, etc. As preocupações aumentam largamente à medida que o mundo digital evolui e são apresentadas inovações tecnológicas a um nível galopante. A emergência de novas tecnologias disruptivas como a inteligência artificial, o metaverso (realidade virtual e aumentada), a Internet das Coisas, com o recurso a diversos instrumentos de tratamento e armazenamento de dados pessoais, em que se insere a título de exemplo¹⁷⁴, a integração de *cyber-physical systems*, o recurso a tecnologia *blockchain* e *machine learning*, ao *big data* e à computação em nuvem. É um advento que traz consigo diversas problemáticas para os utilizadores, uma vez que o volume, a variedade de dados pessoais recolhidos, os tratamentos a que são sujeitos após a sua recolha, assumem grande complexidade, o que pode colocar em causa a proteção dos dados pessoais e a sua privacidade¹⁷⁵.

A título de exemplo, a Internet das Coisas(IoT)¹⁷⁶ é o termo utilizado para designar as tecnologias que utilizam conectividade em vários tipos de objetos do dia a dia, que para além da ligação à internet apresentam sensores capazes de captar o mundo real, recolhendo dados pessoais e enviando-os para plataformas que os armazenam e utilizam

¹⁷³MENEZES CORDEIRO, A. Barreto, *Direito da Proteção de Dados- À luz do RGPD e da Lei n.º 58/2019*, Almedina, 2020, p.27.

¹⁷⁴Para uma perceção destas tecnologias e evolução das mesmas vide RAY, Partha, *Web3: A comprehensive review on background, technologies, applications, zero-trust architectures, challenges and future directions*, Internet of Things and Cyber-Physical Systems, Volume 3, 2023, p.216.

¹⁷⁵*Ibidem*, pp.213-248; e PAGALLO, Ugo; MASSIMO, Durante; e MONTELEONE, Shara, *What Is New with the Internet of Things in Privacy and Data Protection? Four Legal Challenges on Sharing and Control in IoT*, in *Data Protection and Privacy: (In)visibilities and Infrastructures, Law, Governance and Technology Series*, vol. 36, Springer, 2017, p.60; VOIGT, P., Bussche, A., *The EU General Data Protection Regulation (GDPR)*, Springer, 2017, pp.235-242.

¹⁷⁶ FRIAS, Hélder, *A Internet de Coisas e o Mercado Segurador*, in *FinTech Desafios da Tecnologia Financeira*. coord. António Menezes Cordeiro, Ana Perestrelo de Oliveira, Diogo Pereira Duarte, Almedina, 2ª edição, 2019, p.238.

de forma inteligente, moldando-se numa rede de objetos interligados. Como Jeremy Siegel¹⁷⁷ refere, com o incremento de dispositivos inteligentes, as pessoas utilizam-nos para facilitar a sua vida sem ter noção de como as suas informações estão a ser protegidas ou o seu grau de segurança em relação à recolha de dados. Alertando para o risco de invasões de privacidade por meio de *Hackers*, seja através dos próprios dispositivos, com o objetivo de os controlar, seja das empresas que armazenam uma grande quantidade de dados, constituindo um alvo atrativo para os piratas informáticos. Estes riscos assumem especial preocupação quando nos encontramos perante crianças, especialmente perante brinquedos inteligentes (*smart toys*) dotados de sensores e câmaras, que detêm capacidade de interação com a criança¹⁷⁸ e armazenamento de dados. Estes *smart toys* são capazes de processar e utilizar os dados das crianças para proporcionar uma interatividade mais personalizada através da coleta de dados e armazenamento em nuvem¹⁷⁹.

O facto de nos encontrarmos perante uma sociedade digital cada vez mais conectada, origina questões quanto à dataficação da infância, não só quanto ao modo como os seus dados são tratados, mas também quanto à possibilidade dos diversos dados pessoais recolhidos formarem um conjunto vasto de informação, permitindo traçar um perfil (*profiling*) e rastrear o utilizador para fins de marketing.

Acresce que os dados pessoais assumem cada vez mais uma particular importância na sociedade de informação, descrevendo-se que os dados pessoais “são o novo petróleo”¹⁸⁰, o que demonstra que o seu valor patrimonial tem vindo a crescer¹⁸¹. O que origina uma especial preocupação quanto aos dados referentes a crianças.

A privacidade é indubitavelmente um dos domínios que se tem colocado aquando da proteção que o direito confere aos utilizadores. Os contornos conceituais e doutrinários relativos à proteção de dados surgiram com a evolução do conceito de privacidade, com

¹⁷⁷SIEGEL, Jeremy, *When the Internet of Things Flounders: Looking into GDPR-Esque Security Standards for IoT Devices in the United States from the Consumers' Perspective.*, Journal of High Technology Law, Vol. 20, n.º1, 2020, pp.190-191.

¹⁷⁸*Ibidem*, p.202 e 203. Veja-se, ainda, como exemplo o caso em que um casal comprou um monitor de bebé inteligente para garantir a segurança do seu filho, circunstância em que o filho de três anos começou a dizer que falava com um homem no seu quarto à noite. Preocupados com esses relatos, uma noite, o casal esperou no quarto do filho e ouviram uma voz vinda do monitor: "Acorda, rapazinho. O papá anda à tua procura.", observando-se, que nesse momento a camara do monitor os seguia pelo quarto. Acontecimento relatado em ENSENAT, Sarah, *Smart Baby Monitors: The Modern Nanny Or a Home Invader*, Catholic University Journal of Law and Technology, Vol. 26, n.º1, 2018, p.72.

¹⁷⁹MANCHES, Andrew, PLOWMAN, Lydia, *Smart toys and children's understanding of personal data*, International Journal of Child-Computer Interaction, Volume 30, 2021, pp.2-10.

¹⁸⁰MENEZES CORDEIRO, A. Barreto, *Direito da Proteção de Dados...op.cit.*, p. 29.

¹⁸¹DUARTE, D. Pereira, GUSEINOV, Alexandra, *O direito de portabilidade de dados pessoais*, in FinTech II Novos Estudos sobre Tecnologia Financeira, coord. António Menezes Cordeiro, Ana Perestrelo de Oliveira, Diogo Pereira Duarte, Almedina, 2019, p.107.

o reconhecimento da necessidade de proteger a posição jurídica dos titulares de dados. No entanto, numa perspetiva dogmática atual¹⁸², a justificação para a produção legislativa relativa aos dados pessoais advém do surgimento de tecnologias capazes de tratar dados numa escala inédita, possibilitando o cruzamento de informações de origens diversas. Todavia, não se nega que uma das *rationes* subjacentes à criação deste ramo é o reconhecimento da necessidade de proteger a individualidade e controlar o acesso e a divulgação de informações privadas¹⁸³. O direito à autodeterminação informacional e à sua proteção representaram um importante papel. No entanto, foi especialmente o crescente tratamento de dados que originou a urgência de densificação de normas específicas, que ultrapassem a genérica proteção de privacidade¹⁸⁴.

Foi com a revisão da CRP de 1982 que o nosso ordenamento garantiu proteção constitucional aos dados pessoais (cfr. art. 35.º da CRP), remetendo a definição de dados pessoais para a legislação ordinária¹⁸⁵. Esta definição surge apenas em 1991 com Lei da Proteção de Dados Pessoais face à Informática (Lei n.º 10/91, de 27 de Abril), estando em vigência até 1998, quando foi revogada pela Lei n.º 67/98, de 26 de outubro, responsável pela transposição da Diretiva 95/46/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de outubro de 1995, para o nosso ordenamento. Nesta diretiva inexistia qualquer norma específica que fizesse referência à proteção de dados das crianças, deixando aos Estados a adoção de medidas concretas a este respeito, o que originava diversas questões¹⁸⁶. No entanto, as crescentes preocupações internacionais e comunitárias com a questão da proteção de dados culminaram no Regulamento (EU) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016, ou Regulamento Geral de Proteção de Dados (RGPD).

Atualmente, o art. 35.º da CRP consagra um direito do indivíduo à autonomia informacional, em que se inclui, por exemplo¹⁸⁷, o direito a conhecer a finalidade dos tratamentos de dados(n.º1). Esta previsão coloca em evidência a autonomia que o direito

¹⁸²MENEZES CORDEIRO, A. Barreto, *Direito da Proteção de Dados...op.cit.*,p.33.

¹⁸³*Ibidem*.

¹⁸⁴*Ibidem*.

¹⁸⁵O art 35.º, na sua redação originária, reconhecia aquilo que se apelida como “o núcleo embrionário do Direito da Proteção de Dados contemporâneo”. Foi com as revisões constitucionais de 1982, 1989 e 1997 que o texto constitucional alcançou a sua atual redação. *Ibidem*, p.73.

¹⁸⁶DÍAZ, Raquel, *La protección de los datos del menor...op.cit.*, p.92.

¹⁸⁷SARMENTO E CASTRO, C., *40 anos de “Utilização da Informática”- O artigo 35.º da Constituição da República Portuguesa*, Revista e-Pública, vol. 3, n.º3, 2016, pp. 50 e 51.

da proteção de dados assume em relação à proteção da intimidade da vida privada, consagrada no art. 26.º da CRP, apesar do primeiro ser uma manifestação deste último¹⁸⁸.

Assente esta ideia, consagra-se um Direito Fundamental de Proteção de Dados Pessoais¹⁸⁹, reconhecido no art. 8.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, no art. 16.º, n.º1, do Tratado sobre o funcionamento da União Europeia e no art. 35.º n.º2 da CRP.

Como alcançado nos capítulos antecedentes, as crianças são titulares de direitos, encontrando-se protegidas constitucionalmente no art. 69.º da CRP, por parte da família comunidade e Estado. Esta proteção necessita de ser mantida em relação ao mundo digital, uma vez que apesar das inúmeras vantagens, se perfilam graves perigos, resultantes do tratamento de dados pessoais¹⁹⁰. No entanto, o estatuto reconhecido à criança a par da proteção que lhes é devida, exige que seja respeitado o desenvolvimento da sua autonomia, através da articulação com os direitos reconhecidos à criança.

Foi a assunção de que a criança enquanto ser em desenvolvimento pode não compreender os riscos inerentes a uma partilha de dados pessoais que conduziu a uma preocupação crescente sobre a necessidade de regulamentação e promoção de uma eficaz defesa de direitos das crianças. A UNICEF¹⁹¹ tem demonstrado uma preocupação quanto à utilização de dados de crianças, assinalando que cabe aos Estados implementar mecanismos que permitam proteger a privacidade, as informações pessoais e a reputação das crianças. Assumindo que é da responsabilidade coletiva da sociedade civil, em particular a indústria tecnológica e dos Estados, atender ao interesse superior da criança quando se trata de tecnologia¹⁹².

A maioria das crianças, e muitos pais, têm uma consciência muito limitada, se é que têm alguma, da quantidade de dados pessoais que estão a partilhar ao utilizar a *internet*, quanto mais da forma como esses dados poderão um dia ser utilizados. Sempre que uma criança publica uma fotografia nas redes sociais, pesquisa produtos ou procura algo são gerados dados. Esses dados, por sua vez, alimentam uma indústria que processa

¹⁸⁸PINTO, Paulo Mota, *A proteção da vida privada e a jurisprudência do Tribunal Constitucional*, Relatório elaborado pelo Cons. Paulo Mota Pinto, com a colaboração da Assessora do Tribunal Constitucional, Dr.ª Raquel Reis, 2006, p.2.

¹⁸⁹Sobre este direito, veja-se FUSTER, G. Gonzales; GUTWIRTH, Serge, *Opening up personal data protection: a conceptual controversy*, Computer Law & Security Review, vol.29, 2013, pp.531-539.¹⁹⁰LOURENÇO, Ana Paula, *Dados pessoais das crianças e jovens no mundo digital: aspetos legais*, in Lopes, P. & Reis, B., *Comunicação Digital: media, práticas e consumos*, 2019, p.21.

¹⁹⁰LOURENÇO, Ana Paula, *Dados pessoais das crianças e jovens no mundo digital: aspetos legais*, in Lopes, P. & Reis, B., *Comunicação Digital: media, práticas e consumos*, 2019, p.21.

¹⁹¹Children in a Digital World, The State of the World's Children 2017, UNICEF, 2017 p.70 e p.127.

¹⁹²*Ibidem*, p.108.

as informações pessoais da criança, incluindo a sua identidade, localização, preferências e muitos outros pormenores¹⁹³.

Por isso, importa esclarecer que, sem prejuízo da importância que a proteção da privacidade assume, este estudo incide sobretudo sobre os desafios que se colocam quanto ao estatuto das crianças no mundo digital, nomeadamente, em relação aos esforços que têm sido concebidos para proteger os seus dados pessoais através do Regulamento Geral de Proteção de Dados.

6. Regulamento Geral de Proteção de Dados

O Regulamento Geral da União Europeia sobre a Proteção de Dados (Reg. (EU) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho de 27 de abril de 2016) entrou em vigor a 25 de maio de 2018. Este regulamento assume uma dupla função, por um lado, defender os direitos e as liberdades fundamentais das pessoas singulares, i.e., assegurar o direito à proteção dos dados pessoais e, por outro, promover a livre circulação dos dados pessoais dentro da UE¹⁹⁴. Deste modo, o RGPD encontra-se funcionalizado a estes dois objetivos que se encontram positivados no art. 1º do RGPD, igualmente, evidenciado pelos considerandos 1, 2 e 6. Devendo ter-se sempre em mente estes dois objetivos aquando da interpretação do normativo.

Deste modo, o RGPD procurou unificar o Direito aplicável em matéria de proteção de dados em todos os Estados-Membros. No entanto, apesar da sua natureza jurídica de aplicação direta, o RGPD contém diversas cláusulas de abertura¹⁹⁵, em que se atribui a cada Estado-Membro competência legislativa para que concretizem, complementem ou modifiquem determinados aspetos do regulamento. Exigindo, assim, diplomas de execução nacionais, o que pode ocasionar alguns entraves e preocupações de índole dogmática¹⁹⁶. No caso português a Lei n.º 58/2019, de 8 de agosto, assegura a execução do RGPD no ordenamento jurídico português. Por conseguinte, os preceitos constantes na LE devem ser interpretados à luz do RGPD, pelo que efetuaremos uma análise com base no RGPD e só chamaremos à colação a LE quando se esteja perante uma cláusula de abertura.

¹⁹³*Ibidem*, p.91.

¹⁹⁴MENEZES CORDEIRO, A. Barreto, *Direito da Proteção de Dados...op.cit.*,p. 33.

¹⁹⁵*Ibidem*, p.41-43, para uma melhor compreensão.

¹⁹⁶Veja-se o caso da interpretação subjacente ao art. 5º, n.º1, alínea a) do RGPD, e o preenchimento do conceito de lealdade devido às diferenças linguísticas. *Ibidem*, p.44-45.

6.1 Âmbitos de aplicação

6.1.1 Âmbito de aplicação material

O âmbito de aplicação material encontra-se consagrado no art. 2.º do RGPD. Neste sentido, o RGPD aplica-se apenas aos casos em que existe um tratamento de dados pessoais, sendo que por “tratamento” entende-se qualquer operação ou conjunto de operações efetuadas sobre dados pessoais ou sobre conjuntos de dados pessoais, com ou sem meios automatizados (cfr. art. 4.º, n.º 2 do RGPD).

Para que as operações efetuadas sobre dados pessoais se enquadrem no conceito de tratamento do RGPD, exige-se que por detrás dessa operação de tratamento exista, direta ou indiretamente, um ato humano¹⁹⁷. Pelo que se exclui do âmbito de aplicação as operações que não decorram de uma manifestação humana, por exemplo, no caso de ocorrer uma catástrofe natural e os dados pessoais serem destruídos¹⁹⁸.

Os exemplos de operações adiantados pelo legislador europeu incluem diversas modalidades de tratamento (cfr. art. 4.º, n.º2 do RGPD) como a recolha, registo, organização, estruturação, conservação, limitação, apagamento, etc. A redação aberta resulta da intenção do legislador de evitar qualquer risco de evasão e de tornar o âmbito de aplicação independente das alterações tecnológicas¹⁹⁹. Trata-se, assim, de uma manifestação do princípio da neutralidade tecnológica.

Contudo, é possível encontrar no RGPD outras modalidades de tratamento:

- A definição de perfis, cuja definição consta no art. 4.º, n.º4 do RGPD, de onde se retira que se trata de um tratamento automatizado de dados pessoais com o objetivo de avaliar e prever determinados aspetos acerca dos titulares dos dados, tais como: o desempenho profissional, a situação económica, a saúde, as preferências pessoais, os interesses, a localização etc. Não basta a organização dos dados, é necessário que exista uma intenção de avaliar ou prever esses aspetos²⁰⁰.
- A pseudonimização (cfr. art. 4.º, n.º5 do RGPD), possuindo como objetivo impossibilitar a identificação do titular de determinados dados, sem

¹⁹⁷*Ibidem*, p.144.

¹⁹⁸*Ibidem*.

¹⁹⁹VOIGT, P., Bussche, A., *The EU General Data Protection...op.cit.*,p.9 e BIEKER, Félix, *The Right to Data Protection*, Information Technology and Law Series, vol.34, Springer, 2022, p.19.

²⁰⁰MENEZES CORDEIRO, A. Barreto, *Direito da Proteção de Dados...op.cit.*,p.149.

recurso a informações suplementares. Devendo estas informações suplementares ser conservadas separadamente para que não seja possível identificar o titular. Este tratamento é incentivado pelo legislador e facilita o cumprimento dos deveres impostos pelo RGPD ao responsável pelo tratamento²⁰¹.

- A transferência de dados pessoais (cfr. art. 44º e ss do RGPD), pelo que deve observar-se o cumprimento do RGPD. Não se proibindo a transferência de dados para países não pertencentes à União Europeia, desde que se verifiquem determinados requisitos relacionados com o nível de proteção que esse país concede aos dados pessoais (cfr. art. 44.º do RGPD).

O conceito de “tratamento de dados pessoais” assume um papel nuclear na aplicação do RGPD, é ele que despoleta a verdadeira proteção assumida pelo RGPD²⁰². Todavia, estas operações que resultam num tratamento de dados pessoais, só relevam se forem realizadas através de determinados meios.

Neste âmbito, o RGPD aplica-se materialmente ao tratamento de dados pessoais realizados (cfr. art. 2º, n.º 1 do RGPD), por: meios totalmente automatizados; meios parcialmente automatizados; meios não automatizados desde que contidos em ficheiros ou a eles destinados.

Destarte, é necessário definir o que se entende por “meios automatizados”, o legislador europeu não o define com fundamento no princípio da neutralidade tecnológica²⁰³, i.e., para que se evite que o RGPD se torne obsoleto à medida que novos meios de tratamento de dados surgem²⁰⁴. Porém, é possível preencher o conceito de “meios automatizados”, no sentido de que se trata de operações sobre dados pessoais que envolvam equipamentos de processamento de dados, numa aceção ampla²⁰⁵.

Neste sentido, é perceptível que o RGPD aplicar-se-á a tratamentos que sejam totalmente automatizados, em que o humano não intervém e são efetuados exclusivamente através de tecnologia, e a dados parcialmente automatizados, em que o humano intervém de um modo circunscrito em conjunto com equipamentos tecnológicos.

²⁰¹*Ibidem*, p. 150.

²⁰²*Ibidem*, p.143.

²⁰³ Considerando 15 do RGPD.

²⁰⁴VOIGT, P., Bussche, A., *The EU General Data Protection...op.cit.*, p.9.

²⁰⁵MENEZES CORDEIRO, A. Barreto, *Direito da Proteção de Dados...op.cit.*, p.85.

Por sua vez, o RGPD também se aplicará quando nos encontrarmos perante tratamentos por meios não automatizados, o que recorrendo ao considerando 15, se compreende que são tratamentos inteiramente executados por seres humanos. No entanto, o RGPD só se aplicará a tratamentos manuais quando duas condições²⁰⁶ se verificarem (cfr. o art. 2.º, n.º 1 do RGPD e Considerando 15):

- 1) Os dados se encontrarem contidos em ficheiros ou se destinem a um sistema de ficheiros;
- 2) Esses ficheiros se encontrarem estruturados de acordo com critérios específicos.

Ora, estabelece o art. 4.º, n.º6, do RGPD que por “ficheiro” se deve entender:

- i) qualquer conjunto de dados pessoais: o que significa que o ficheiro deve conter uma compilação de vários dados pessoais, independentemente da natureza, formato ou suporte, podendo pertencer a um único titular, desde que represente mais que um dado pessoal²⁰⁷;
- ii) estruturado: no sentido de que os dados devem estar organizados sob qualquer método, sendo irrelevante o modo como o ficheiro se encontra estruturado; e,
- iii) acessível segundo critérios específicos: o regulamento não especifica quaisquer requisitos para esses critérios específicos, mas tendo em conta a legislação anterior e a forma ampla de interpretação do RGPD, serão critérios que permitam que quem aceda ao ficheiro consiga consultar e compreender a informação aí contida²⁰⁸, como por exemplo, os ficheiros organizados por ordem cronológica, por ordem alfabética ou organizados de acordo com categorias pré-determinadas²⁰⁹.

Por fim, cabe mencionar que o RGPD exclui do seu âmbito de aplicação, no art. 2.º, n.º 2 do RGPD, os tratamentos que sejam efetuados: a) no exercício de atividades não sujeitas à aplicação do Direito da União²¹⁰; b) por Estados-Membros no exercício da sua política externa e segurança comum da UE²¹¹; c) por uma ou mais pessoas singulares

²⁰⁶VOIGT, P., Bussche, A., *The EU General Data Protection...op.cit.*,p.10.

²⁰⁷MENEZES CORDEIRO, A. Barreto, *Direito da Proteção de Dados...op.cit.*,p. 86.

²⁰⁸*Ibidem*, p. 87.

²⁰⁹VOIGT, P., Bussche, A., *The EU General Data Protection...op.cit.*,p.10.²¹⁰Art. 2.º, n.º 2, al. a) do RGPD.

²¹⁰Art. 2.º, n.º 2, al. a) do RGPD.

²¹¹Art. 2.º, n.º2, al. b) do RGPD.

aquando do exercício de atividades exclusivamente pessoais ou domésticas²¹²; d) para efeitos de prevenção, investigação, deteção e repressão de infrações penais²¹³.

6.1.2 Âmbito de aplicação territorial

Embora o RGPD seja um regulamento europeu, o art. 3.º do RGPD prescreve um âmbito territorial particularmente alargado do ponto de vista territorial, não se restringido às fronteiras europeias.

Neste sentido, o RGPD aplicar-se-á principalmente em duas situações:

- 1) o tratamento de dados pessoais ocorre no contexto das atividades de um estabelecimento do responsável pelo tratamento ou do subcontratante na UE (cfr. art. 3.º, n.º1 do RGPD); ou
- 2) o tratamento dos dados de pessoas singulares na UE é efetuado por um responsável pelo tratamento ou subcontratante não estabelecido na UE, mas o tratamento está relacionado com a oferta de bens ou serviços ou controlo de comportamentos de titulares de dados que se encontram na UE (cfr. art. 3.º, n.º2 do RGPD).

Ora, o art. 3.º, n.º1 do RGPD estabelece que o RGPD se aplica ao tratamento de dados pessoais efetuado pelo estabelecimento de um responsável pelo tratamento ou de um subcontratante situado em território da União, independentemente desse tratamento em concreto ocorrer dentro ou fora do território da União.

O titular dos dados que são objeto de tratamento pode nem ser cidadão europeu, nem se encontrar em território da União no momento que o tratamento ocorre²¹⁴. Contudo, para que se considere que um responsável pelo tratamento possui estabelecimento em território da União, é necessário definir este conceito de “estabelecimento”. Este conceito é, por conseguinte, o fator de conexão relevante para determinar a aplicabilidade das disposições do RGPD²¹⁵. Esta ideia reflete a posição que o TJUE adota em diversos

²¹²Esta noção deve ser interpretada com base na opinião social geral/senso comum e inclui os dados pessoais que são tratados a propósito de atividades de lazer, hobbies, férias ou entretenimento, para a utilização de uma rede social ou dados que fazem parte de uma coleção pessoal de endereços, aniversários ou outras datas importantes, como datas comemorativas. No entanto, se o tratamento disser respeito tanto a informações privadas como a informações comerciais, a exceção não será aplicável. A palavra "exclusivamente" implica uma interpretação restrita desta exceção. *Vide* considerando 18 do RGPD e VOIGT, P., Bussche, A., *The EU General Data Protection...op.cit.*,p.16.

²¹³Art. 2.º, n.º2, d) e considerando 19 do RGPD.

²¹⁴Considerando 14 e 22 do RGPD.

²¹⁵GÖMANN, Merlin, *The New Territorial Scope of EU Data Protection Law: Deconstructing a Revolutionary Achievement*, *Common Market Law Review*, vol.54, 2017, p.570-574; e VICENTE, D.

acórdãos, a propósito do art. 4.º, n.º1, al. a) da Diretiva 95/46/CE idêntico neste aspeto ao art. 3.º, n.º1 do RGPD, como no caso do Acórdão Google Spain²¹⁶ e do Acórdão Weltimmo²¹⁷.

O RGPD não define o que se deve entender por “estabelecimento”, porém o considerando 22 fornece-nos pistas ao indicar que pressupõe:

- i) exercício efetivo e real de uma atividade: neste sentido, basta “uma atividade ligeira, ainda que mínima.”²¹⁸;
- ii) com base numa instalação estável: este pressuposto não requer o registo da pessoa coletiva em território da União²¹⁹. Além disso, o local em que se encontrar a sede não equivale automaticamente ao local de estabelecimento, mas o primeiro pode ser uma indicação do segundo²²⁰. Um escritório com um único trabalhador na união europeia pode ser considerado estabelecimento no sentido do RGPD, mas um trabalhador na união como tal, não necessita de desencadear a aplicação do RGPD²²¹. Acrescendo que o simples facto de uma entidade ter um *website* acessível aos utilizadores da UE não é suficiente para concluir que esta entidade tem estabelecimento na UE²²². A existência de um "estabelecimento" depende das circunstâncias individuais de cada caso.;
- iii) independente da forma jurídica de estabelecimento: a natureza jurídica da entidade não revela, pode ser tanto uma sucursal ou um mero escritório.

Uma vez concluído que o responsável pelo tratamento ou o subcontratante está estabelecido na UE, deve seguir-se uma análise *in concreto* para determinar se no contexto das atividades desse estabelecimento se contribui direta ou indiretamente para o tratamento em questão, a fim de determinar se é aplicável o n.º 1 do art. 3.º.

Moura, CASIMIRO, S. Vasconcelos, *Data Protection in the Internet*, Ius Comparatum– Global Studies in Comparative Law, Springer Cham, Vol. 38, 2020, p.31-32.

²¹⁶A propósito do elemento no “contexto do exercício da atividade”, o TJUE considerou que a legislação da UE em matéria de proteção de dados se aplicava a um responsável pelo tratamento de dados com sede num país terceiro- Acórdão do TJUE de 13 de maio de 2014, proc. C-131/12 (Google Spain).

²¹⁷Este acórdão considerou que a "exploração de um sítio Web" dirigido aos clientes na língua desse Estado-Membro é suficiente para satisfazer o requisito de "atividade real e efetiva". O facto de o responsável pelo tratamento publicar dados pessoais no seu *website* e de os utilizar ocasionalmente "para efeitos de faturação", levou o TJUE a concluir que esse tratamento é efetuado no contexto das atividades do estabelecimento- Acórdão do TJUE de 1 de outubro de 2015, proc. C-230/14 (Weltimmo).

²¹⁸MENEZES CORDEIRO, A. Barreto, *Direito da Proteção de Dados...op.cit.*p.94.

²¹⁹*Ibidem*, p.93.

²²⁰VOIGT, P., Bussche, A., *The EU General Data Protection...op.cit.*,p.23.

²²¹European Data Protection Board, *Guidelines 3/2018 on the territorial scope of the GDPR (Article 3)*, Version 2.1, 2020, p.6.

²²²*Ibidem*, p.7.

Por conseguinte, é importante atender ao critério "no contexto das atividades" desse estabelecimento, tal como salientado no Considerando 22 o tratamento de dados apenas tem de ocorrer "no contexto das atividades" do estabelecimento, este último não tem de realizar ele próprio quaisquer atividades de tratamento de dados²²³. Em última análise, tem de existir uma ligação entre a atividade desenvolvida pelo estabelecimento e o tratamento de dados em concreto. Como demonstrado, o facto da execução geográfica do tratamento efetivo ser dentro ou fora da UE não é decisivo para estabelecer a aplicabilidade do RGPD ao abrigo desta disposição²²⁴.

O objetivo do legislador era clarificar que a aplicação territorial não depende "do facto de o tratamento ter ou não lugar na União". No entanto, Gömann critica esta opção, pois considera que os cenários em que um estabelecimento não trata os dados pessoais "no contexto das suas atividades" são apenas de natureza teórica, devido à interpretação lata que o TJUE efetua²²⁵.

Em suma, o RGPD aplicar-se-á mesmo que a sede do responsável pelo tratamento seja num país terceiro, quando apesar desse facto o responsável pelo tratamento se considere estabelecido em território da União por aí exercer atividades relacionadas com tratamento de dados.

No entanto, mesmo que o responsável pelo tratamento ou o subcontratante não se considerem estabelecidos na UE na aceção do n.º1 do art. 3.º do RGPD, o n.º2 desse artigo permite que em determinadas circunstâncias o RGPD se aplique. Assim, o RGPD aplica-se extraterritorialmente quando as atividades efetuadas estejam relacionadas com: i) a oferta de bens e serviços²²⁶ a titulares que se encontrem na UE; ou, ii) o controlo dos comportamentos²²⁷ de titulares que se encontrem na UE.

²²³VOIGT, P., Bussche, A., *The EU General Data Protection...op.cit.*,p.24.

²²⁴É esta a interpretação acolhida pelo TJUE no Acórdão Google Spain, *op.cit.*, de onde se retira que apesar do tratamento de dados ser efetuado exclusivamente pela Google inc., as atividades publicitárias realizadas pela Google Spain são decisivas para o desenrolar das atividades da Google inc.

²²⁵GÖMANN, Merlin, *The New Territorial Scope of...op.cit.*,p.583.

²²⁶O considerando 23 permite retirar que esta oferta de bens abrange coisas corpóreas e incorpóreas; já a oferta de serviços tem de ser intencionalmente dirigida a indivíduos na UE, para esta aferição consideram-se diversos fatores, como a utilização de uma língua ou moeda de um ou mais Estados-Membros da UE. MENEZES CORDEIRO, A. Barreto, *Direito da Proteção de Dados...op.cit.*p.97; European Data Protection Board, *Guidelines 3/2018 on the territorial scope of the GDPR (Article 3)*, Version 2.1, 2020, p.16-19; GÖMANN, Merlin, *The New Territorial Scope of...op.cit.*p.584-586.

²²⁷Através da interpretação do considerando 24 é possível compreender que o "controlo" pressupõe a cumulação dos seguintes requisitos: i) o comportamento dos titulares, ii) ser seguido; iii) na internet; e, iv) a potencial utilização de técnicas de definição de perfis. No mesmo sentido, MENEZES CORDEIRO, A. Barreto, *Direito da Proteção de Dados...op.cit.*p.99-100; European Data Protection Board, *Guidelines 3/2018 on the territorial scope of the GDPR (Article 3)*, Version 2.1, 2020, p.19-20; GÖMANN, Merlin, *The New Territorial Scope of...op.cit.*p.586-588.

A aplicação transnacional do RGPD procura garantir a proteção dos dados dos indivíduos e condições de concorrência equitativas no mercado interno da UE. Além disso, o legislador através deste âmbito de aplicação territorial procurou evitar o fenómeno do fórum shopping, i.e., no caso de serem aplicáveis diferentes normas de proteção de dados nos Estados-Membros da UE, as empresas poderiam escolher o seu local de atividade de acordo com o nível mais baixo de proteção de dados (entre outros fatores)²²⁸, ou, ainda, constituírem a sua sede fora do território da união europeia, apesar de tratarem dados de titulares da União europeia.

Por fim, o art. 3.º, n.º3, estende a aplicação ao tratamento de dados realizado por um sujeito não estabelecido em território na união, quando por razões subjacentes ao Direito Internacional Público se aplique o direito de um Estado-Membro, como por exemplo, um posto consular de um Estado Membro.

6.1.3 Âmbito de aplicação pessoal

A crescente importância económica dos dados, exige que qualquer entidade, independente da forma jurídica que adote, seja abrangida pelo RGPD, pelo que se aplica a qualquer pessoa que processe ou controle o processamento de dados pessoais²²⁹.

A fim de estabelecer o âmbito de aplicação pessoal do RGPD e as responsabilidades de proteção de dados daí resultantes, é necessário, por conseguinte, determinar quem é um "responsável pelo tratamento", quem é um "subcontratante" e quem beneficia da proteção de dados ao abrigo do RGPD.

A definição de "Responsável pelo tratamento", surge no art. 4.º, n.º 7 do RGPD, de onde se retira que para a sua definição se deve observar três componentes: 1) ser uma pessoa singular ou coletiva, autoridade pública, agência ou outro organismo; 2) que, individualmente ou em conjunto com outros; 3) determina as finalidades e os meios de tratamento de dados pessoais. Deste modo, este conceito é alheado dos entendimentos nacionais quanto às categorias de pessoas, pois não releva a sua natureza jurídica²³⁰. Pelo que é importante frisar que para aferir quem é o responsável de facto para todos os efeitos legais, importa saber quem define as finalidades concretas do tratamento para identificar a quem se imputa os deveres e as responsabilidades inerentes à aplicação do RGPD. Logo, é este elemento decisivo, isto significa que o responsável pelo tratamento tem de escolher,

²²⁸VOIGT, P., Bussche, A., *The EU General Data Protection...op.cit.*,p.21-22.

²²⁹*Ibidem*, p.18.

²³⁰MENEZES CORDEIRO, A. Barreto, *Direito da Proteção de Dados...op.cit.*,p.307.

nomeadamente, quais os dados que devem ser tratados, durante quanto tempo, quem deve ter acesso e que medidas de segurança devem ser tomadas; questões menos cruciais, como a escolha do *hardware* ou do *software*, não têm necessariamente de ser especificadas pelo responsável pelo tratamento²³¹. Podendo, inclusive, neste processo de escolha de finalidades e dos meios de tratamento decidir em conjunto com outros sujeitos, pelo que pode existir uma responsabilidade conjunta pelo tratamento, conforme advém do art 26.º do RGPD.

Por sua vez, para além do responsável pelo tratamento, o RGPD impõe obrigações em matéria de proteção de dados ao "subcontratante", não devendo estas duas figuras confundirem-se. Este último é definido no art. 4.º, n.º 8 do RGPD como uma entidade jurídica/indivíduo distinto do responsável pelo tratamento que trate dados pessoais por conta do responsável pelo tratamento²³². Assim, a existência de um subcontratante depende de uma decisão tomada pelo responsável pelo tratamento em delegar a totalidade ou parte das atividades de tratamento a um terceiro, tornando este último num "subcontratante". O responsável apenas poderá recorrer a esta figura se os requisitos do art. 28.º do RGPD se verificarem. Se esta entidade terceira assumir um papel na definição das finalidades de tratamento, transforma-se num responsável pelo tratamento de dados em conjunto com a entidade que lhe delegou determinadas funções.

Por fim, cabe mencionar que apesar dos destinatários do RGPD serem todas as entidades que se incluam nas definições supramencionadas, o RGPD possui ainda beneficiários da proteção que oferece. Neste sentido, estabelece o art. 1º do RGPD que o mesmo apenas se aplica a pessoas singulares. Pelo que qualquer pessoa, independentemente da sua nacionalidade ou local de residência, pode beneficiar da proteção prevista no RGPD. Consequentemente, exclui-se do âmbito de proteção as pessoas coletivas. De um modo geral, todos os indivíduos beneficiam de proteção ao abrigo do RGPD. Todavia, para efeitos de aplicação do RGPD apenas serão considerados titulares de dados, destinatários do âmbito de proteção do RGPD, as pessoas singulares cujos dados pessoais sejam objeto de tratamento efetuado por parte de entidades às quais se aplique o âmbito territorial do RGPD²³³.

Neste sentido, ao se aplicar a qualquer pessoa singular analisaremos se efetivamente as crianças beneficiam de alguma proteção específica, uma vez que são seres

²³¹VOIGT, P., Bussche, A., *The EU General Data Protection...op.cit.*,p.19.

²³²*Ibidem*, p.20.

²³³MENEZES CORDEIRO, A. Barreto, *Direito da Proteção de Dados...op.cit.*, p.255.

em desenvolvimento que se encontram menos conscientes dos riscos em causa, bem como dos seus direitos em relação ao tratamento de dados pessoais. Desde já, podemos adiantar que o RGPD não contém uma definição de menores/crianças pelo que para a aplicação do RGPD deve recorrer-se aos direitos internos. No direito português, como observado na parte 1, a maioria só se atinge aos 18 anos, pelo que para efeitos da exposição que aqui ocorre entende-se por criança todo o ser com idade inferior a 18 anos.

Resta mencionar que esta proteção advém do reconhecimento de um direito à autodeterminação informacional, embora esta denominação seja alvo de críticas, é uma designação que se encontra consolidada²³⁴. Os titulares de dados pessoais, onde se incluem as crianças, beneficiam de todos os direitos que o RGPD lhes reconhece²³⁵, sendo os principais: o direito de acesso (cfr. art. 15.º do RGPD); o direito de retificação (cfr. art. 16.º do RGPD); o direito ao apagamento (cfr. art. 17.º do RGPD); o direito à limitação do tratamento (cfr. art. 18.º do RGPD); o direito à portabilidade (cfr. art. 20.º do RGPD); e o direito de oposição (cfr. art. 21.º do RGPD). Não analisaremos individualmente cada um destes direitos, estes serão oportunamente chamados à colocação a propósito do estatuto da criança.

6.2 Conceito de Dados Pessoais

O conceito de dado pessoal é a pedra angular no quadro de proteção de dados pessoais, sendo uma verdadeira *conditio sine qua non* para a aplicação das leis de proteção²³⁶. Trata-se de um conceito que se encontra bem consolidado no espaço europeu, uma vez que corresponde à noção já adotada pela diretiva 95/46/CE,²³⁷ Com o RGPD a noção de dado pessoal manteve-se inalterada²³⁸, encontrando-se consagrada, no art. 4º, nº1 do RGPD.

Alguns autores²³⁹, insurgem-se sobre o papel fundamental do conceito, por receio que o mesmo abranja todas as informações e as reconduza a dados pessoais; o que não seria compatível com a evolução tecnológica.

²³⁴*Ibidem*, p. 261.

²³⁵*Ibidem*.

²³⁶CORTE, Lorenzo, *Scoping personal data: Towards a nuanced interpretation of the material scope of EU data protection law*, European Journal of Law and Technology, vol. 10, nº 1, 2019, p.1.

²³⁷À luz da Diretiva n.º 95/46/CE, a noção de dado pessoal encontrava-se no art. 2º, a).

²³⁸MENEZES CORDEIRO, A. Barreto, *Direito da Proteção de Dados...op.cit.*, p.107 nota 340.

²³⁹MENEZES CORDEIRO, A. Barreto, *Dados Pessoais: Conceito, Extensão E Limites*, Universidade de Lisboa, 2018 p.1 nota nº2.

Sendo patente a consolidação do conceito no espaço jurídico europeu, é pacífico a sua decomposição em quatro elementos distintos e automatizáveis²⁴⁰: 1) Qualquer informação; 2) Relativa a; 3) Pessoa Singular; 4) Identificada ou Identificável. Limitar-nos-emos a realizar uma breve explanação dos elementos, de modo que se compreenda o conceito de dado pessoal adotado:

1) Qualquer informação:

O conceito de informação aqui extravasa o sentido que lhe é concedido noutras realidades, toda a informação é relevante, por mais insignificante que possa parecer²⁴¹. A informação pessoal abarca todos os aspetos relativos à pessoa, sejam estes de conteúdo familiar, profissional, social, físico ou mental, privados ou públicos, quer de natureza objetiva ou subjetiva, independentemente da sua veracidade, ou do formato em que a informação foi recolhida ou do suporte em que se encontra armazenada, basta que represente informação sobre uma pessoa²⁴².

O entendimento do TJUE no acórdão Nowak²⁴³ confirma, precisamente, uma intenção por parte do legislador de consagrar um conceito alargado de informação pessoal ao recorrer à expressão “*qualquer informação*”.

Este facto permitirá a recondução de diversas situações ao conceito de informação, o que numa era de computação e de algoritmos avançados levará à inclusão de todas as informações no escopo da lei de proteção de dados²⁴⁴?

Purtova²⁴⁵ demonstra que o conceito de “informação” apresenta diferentes significados consoante a compreensão de informação adotada. Por exemplo, se assumirmos a posição de Hildebrandt²⁴⁶ que adota uma conceção ampla, independente do pensamento humano, toda a natureza é um enorme sistema de processos de informação, tudo é informação. A verdade é que o GT29 se limita a indiciar que tipo de informações se enquadram, deixando o conceito em aberto para potencialmente se poder aplicar a tudo, literalmente tudo²⁴⁷. O que significa que se adota uma noção ampla de informação.

²⁴⁰MENEZES CORDEIRO, *Direito da Proteção de Dados...op.cit.*, p.107; PURTOVA, Nadezhda, *The law of everything. Broad concept of personal data and future of EU data protection law*, in Law, Innovation and Technology, vol. 10, nº 1, 2018, p.45.

²⁴¹MENEZES CORDEIRO, A. Barreto, *Dados Pessoais: Conceito...op.cit.*, p.6.

²⁴²MENEZES CORDEIRO, A. Barreto, *Direito da Proteção de Dados...op.cit.*, p.108-109; Parecer nº4/2007 sobre o conceito de dados pessoais, adotado em 20 de Junho, pelo Grupo de trabalho de proteção de dados do art.29º, p.6-8.

²⁴³Acórdão do TJUE, de 20 de dezembro de 2017, Processo C-434/16 (Nowak).

²⁴⁴PURTOVA, *The law of everything. Broad concept of personal...op.cit.*, p.48

²⁴⁵*Ibidem*, p. 50.

²⁴⁶*Ibidem*, p. 52.

²⁴⁷*Ibidem*, criticando a falta de critérios.

Assim, seguindo a ideia de Purtova²⁴⁸ o mais seguro é supor que todos os dados possuem um significado, ainda que meramente potencial, tudo são dados e todos os dados têm significados, logo, tudo é ou contém informações.

2) Relativa a:

Por sua vez, este segundo elemento, exige que cada informação se conecte com uma pessoa, i.e., que seja sobre uma pessoa, o que exclui, desde logo, a informação que diga respeito a realidades jurídicas não subjetiváveis²⁴⁹. O que significa que é necessário aferir se existe uma relação entre a informação e o indivíduo.

Enquanto algumas situações permitem, facilmente, estabelecer esta relação, outras exigem um esforço adicional. O GT29 sistematizou três situações distintas e alternativas em que a informação se pode relacionar com uma pessoa, através: i) do conteúdo- quando é a própria pessoa o objeto de análise; ii) da finalidade- quando o uso da informação tem como propósito compreender a atuação da pessoa, mas poderá influenciar o comportamento da pessoa; iii) pelo resultado- em que apesar de não incidir sobre a pessoa, nem tencione avaliá-la ou influenciá-la, em termos abstratos permite um impacto nos direitos e interesse da pessoa²⁵⁰. O TJUE nos acórdãos YS²⁵¹ e Nowac²⁵² acaba por aderir implicitamente a esta construção sobre o vínculo relacional.

Salientamos a opinião peculiar de Purtova²⁵³ que entende que no limite até os dados meteorológicos serão informações relativas a uma pessoa, não numa relação através do seu conteúdo, mas antes devido à finalidade associada e ao resultado. Uma vez que numa cidade inteligente, em que as informações quanto às chuvas por hora, temperatura e vento são recolhidas e onde todos os aspetos são tornados em dados pessoais, os habitantes são submetidos a um tratamento de dados de modo a adaptar o seu comportamento.

Corte²⁵⁴ crítica esta argumentação e entende que é uma linha de raciocínio que potencia consequências incongruentes, que não faz sentido aplicar esta noção aos dados processados por um ambiente futurista, que torna o âmbito de aplicação do RGPD confuso.

²⁴⁸*Ibidem*, p.53.

²⁴⁹MENEZES CORDEIRO, A. Barreto, *Dados Pessoais: Conceito...*op.cit.,p.8.

²⁵⁰Para mais desenvolvimentos, veja-se, o Parecer nº4/2007 sobre o conceito de dados pessoais, adotado em 20 de Junho, pelo Grupo de trabalho de proteção de dados do art.29º, p.11.

²⁵¹Acórdão do TJUE, de 17 de julho de 2014, processos apensos C-141/12 e C-372/12(YS).

²⁵²Acórdão Nowac...op.cit.

²⁵³PURTOVA, *The law of everything. Broad concept of personal...*op.cit.,pp.57-59.

²⁵⁴CORTE, *Scoping personal data: Towards a nuanced...*op.cit.,p.6.

No entanto, o certo é que demonstra a fragilidade da conceção de dados pessoais ao se pensar numa evolução tecnológica futura com a crescente evolução da Iot, em que cada vez maiores quantidades de dados são recolhidos em tempo real, desconhecendo-se o que essas inovações automatizadas extraem das informações, pelo que se deve assumir que qualquer informação se poderá relacionar com a pessoa, quando não seja possível eliminar essa possibilidade com certeza²⁵⁵. Este elemento desempenha um papel crucial na determinação do âmbito material do conceito e exige uma análise casuística da relação existente entre cada informação e a pessoa.²⁵⁶

3) Pessoa singular:

O que se entende por pessoa singular não levanta particulares problemas, remetendo-se para o que foi supramencionado. No entanto cabe referir que se suscitam questões acerca dos dados pessoais dos nascituros e das pessoas falecidas²⁵⁷, pelo que apenas se realizará um breve enquadramento destas problemáticas. Em relação aos nascituros, não se coloca em causa se os seus dados são merecedores de proteção jurídica, mas antes a quem corresponde a titularidade desses dados, se ao nascituro se à mãe. Por sua vez, em relação às pessoas falecidas, onde se pode incluir os dados de uma criança falecida, cabe entender que o RGPD se circunscreve a pessoas vivas. Contudo, o art. 17.º da LE oferece uma tutela jurídica a determinados dados pessoais de pessoas falecidas.

4) Identificada ou identificável:

Desde logo, é necessário compreender que este elemento pode ser preenchido de dois modos, quando a informação for relativa a uma pessoa singular: **i-identificada**; ou **ii- identificável**.

Portanto, é importante perceber, o que cada conceito significa e como se distinguem. O legislador não refere o que se entende por “identificada”, nem em que medida se distingue da expressão “identificável”, porém densifica o que se deve entender por esta última expressão²⁵⁸.

²⁵⁵PURTOVA, *The law of everything. Broad concept of personal...op.cit.,p.55*.

²⁵⁶Parecer nº4/2007 sobre o conceito de dados pessoais, adotado em 20 de Junho, pelo Grupo de trabalho de proteção de dados do art.29º, p.12.

²⁵⁷Vide as questões em BARBOSA, Mafalda Miranda, *Protecção de Dados e Direitos de Personalidade: Uma Relação de Interioridade Constitutiva. Os Benefícios da Protecção e a Responsabilidade Civil*, Estudos de Direito do Consumidor, Coimbra, nº12, 2017, p.110-125; MENEZES CORDEIRO, *Dados Pessoais: Conceito...op.cit.,p. 10-14*; Parecer nº4/2007 sobre o conceito de dados pessoais, adotado em 20 de Junho, pelo Grupo de trabalho de proteção de dados do art.29º, p.23-25.

²⁵⁸Desde logo, no art. 4.º, n.º1, 2ª parte e nos considerandos 26 e 30 do RGPD.

Na realidade a proteção concedida por ambas é a mesma, bastando que a informação permita a identificação do titular²⁵⁹. A expressão “identificada”, em contraste com a “identificável”, transmite a ideia de que se aplica aos casos em que uma informação, à partida, identifica logo o sujeito e não necessita de mais nenhuma ação. Por sua vez, a expressão “identificável” quando é necessário recorrer a outros meios para determinar a identidade da pessoa, sendo, portanto, em abstrato identificável; ou seja, uma pessoa que venha a ser potencialmente identificada, através de meios técnicos, incluindo meios indiretos. Isto é, apesar da pessoa ainda não ter sido identificada, é possível fazê-lo²⁶⁰. Uma pessoa singular é “identificada” quando a informação permite de forma direta²⁶¹ e individual conhecer a sua identidade.

Neste âmbito, o TJUE²⁶² considerou que o caso de um endereço IP dinâmico que se altera conforme a ligação, não revela **diretamente**²⁶³ a identidade da pessoa que acedeu a um determinado *website*. Pois, para que o prestador de serviços em linha identificasse a identidade necessitava de recorrer a outras informações partilhadas, por exemplo, pelo cruzamento do IP dinâmico com o endereço eletrónico.

Deste modo, uma informação será relativa a pessoa “identificável” sempre que exista probabilidade razoável de o responsável pelo tratamento ou um terceiro conseguirem identificar, através da conjugação de outra informação que podem ou não deter. Ou seja, que permita à luz de um juízo de razoabilidade identificar a identidade do titular dos dados²⁶⁴. Consequentemente, para se analisar se uma pessoa é “identificável” tem de se atender a todos os meios e fatores que sejam suscetíveis de ser razoavelmente utilizados para identificar a pessoa, *como os custos e o tempo necessário para a identificação, tendo em conta a tecnologia disponível à data do tratamento dos dados e a evolução tecnológica*²⁶⁵, seja pelo responsável pelo tratamento ou por outra pessoa.

Devendo considerar-se todos os fatores objetivos inerentes ao processamento, tanto a tecnologia disponível no momento, como os desenvolvimentos tecnológicos

²⁵⁹MENEZES CORDEIRO, A. Barreto, *Dados Pessoais: Conceito, ...op.cit.*, p.16.

²⁶⁰Parecer nº4/2007 sobre o conceito de dados pessoais, adotado em 20 de Junho, pelo Grupo de trabalho de proteção de dados do art.29º, p.13.

²⁶¹MENEZES CORDEIRO, A. Barreto, *Direito da Proteção de Dados...op.cit.*, p.121.

²⁶²Acórdão do TJUE de 19 de outubro de 2016, proc. C-582/14(Breyer).

²⁶³ O TJUE entende que o endereço de IP dinâmico não constitui uma informação relativa a uma pessoa singular identificada, já que o endereço IP, ao ser dinâmico e não estático, não revela diretamente a identidade da pessoa singular proprietária do computador a partir do qual se efetua a consulta de um sítio na internet, nem a de outra pessoa que possa utilizar o computador. *Vide* Acórdão do TJUE 19-out.-2016, proc. C-582/14(breyer) p.9

²⁶⁴MENEZES CORDEIRO, A. Barreto, *Direito da Proteção de Dados...op.cit.*, p.122.

²⁶⁵Considerando 26 do RGPD.

previsíveis²⁶⁶. Uma vez que a identificação pode não ser hoje possível, mas se o “tempo de vida” do armazenamento dos dados for de 10 anos, fará sentido ponderar que ao longo desse tempo possam surgir novas tecnologias que permitam a identificação²⁶⁷. Os responsáveis pelo tratamento devem ficar atentos a possíveis evoluções e decretar medidas técnicas necessárias para proteger os dados que com essa evolução se tornaram identificáveis, exige-se, portanto, uma adaptação das medidas ao longo do ciclo de vida da informação²⁶⁸. Por conseguinte, à medida que as tecnologias de processamento de dados avançam e o conjunto de dados que podem ser combinados cresce, aumenta também a probabilidade razoável de alguém poder ligar qualquer informação a uma pessoa; os dados só não permitirão a identificação, quando a anonimização for irreversível²⁶⁹.

O critério para a determinação desta possibilidade é o da razoabilidade, se no caso concreto é expectável que dessa conjugação a identidade desses dados “anónimos” seja desvendada²⁷⁰. O que denota a impossibilidade fáctica de garantir a anonimidade absoluta dos dados recolhidos²⁷¹. Existindo a possibilidade de identificar o titular, sendo este critério aferido casuisticamente sobre a identificabilidade do titular²⁷² e não sobre os meios utilizados, deve considerar-se que a pessoa é “identificável”.

O TJUE exige, no entanto, que os meios que permitem a identificação sejam lícitos²⁷³. Ora, a ideia de que apenas prevalecem os meios lícitos para proceder à identificação é criticada²⁷⁴ e os argumentos compreendem-se. Desde logo, o facto de os dados recolhidos na Europa poderem ser acedidos por entidades fora desse espaço, o que traz à colação diferentes legislações, pelo que enquanto um ordenamento poderia considerar ilícito um determinado acesso, outro ordenamento poderia considerar lícito²⁷⁵, tal como a ocorrência frequente de ataques informáticos, pelos ditos *hackers*. Na nossa opinião o facto de não ser admissível legalmente o recurso a esses dados, não significa

²⁶⁶CORTE, *Scoping personal data: Towards a nuanced...op.cit.*, p.4-5.

²⁶⁷Parecer nº4/2007 sobre o conceito de dados pessoais, adotado em 20 de Junho, pelo Grupo de trabalho de proteção de dados do art.29, p.16.

²⁶⁸CORTE, *Scoping personal data: Towards a nuanced...op.cit.*, p.14.

²⁶⁹BRENNAN, Davina, EU General Court Considers Scope of Concept of Personal Data, Lexology, 2023; VOIGT, P., Bussche, A., *The EU General Data Protection...op.cit.*, p.235.

²⁷⁰MENEZES CORDEIRO, A. Barreto, *Direito da Proteção de Dados...op.cit.*, p.123.

²⁷¹*Ibidem*.

²⁷²*Ibidem*, p.17.

²⁷³Acórdão do TJUE 19-out.-2016, proc. C-582/14(Breyer).²⁷⁴PURTOVA, *The law of everything. Broad concept of personal...op.cit.*, p.64.

²⁷⁴PURTOVA, *The law of everything. Broad concept of personal...op.cit.*, p.64.

²⁷⁵MENEZES CORDEIRO, A. Barreto, *Dados Pessoais: Conceito...op.cit.*, p.18.

que a lei seja respeitada, como ocorre em inúmeros casos de informações que são acedidas e cruzadas ilicitamente, permitindo identificar os sujeitos. Pense-se no caso de uma criança que acede através de um computador numa biblioteca escolar a um *website*, onde não partilhou qualquer informação que a permita identificar diretamente, porém ocorria um ataque informático a uma base de dados escolar onde se encontrava registado o nome da criança, o computador que a mesma utilizou, tal como o horário. Uma informação que não identificava diretamente essa criança, era identificável, apesar de só através do recurso a meios ilícitos. Excluindo-se a possibilidade de se considerar os meios ilícitos, estes sujeitos ficam desprotegidos.

O que origina uma dupla penalização do direito fundamental à proteção de dados, uma vez que o titular dos dados não é protegido com a inclusão do seu dado no conceito de dados pessoais, pois só por meios ilegítimos seria abstratamente identificável, o que só por si já é reprovável; ainda é penalizado com o facto de ter sido identificado com recurso a meios ilegítimos, vendo a sua informação extravasada e violada.

Os elementos interpretativos apontam no sentido contrário ao adotado pelo TJUE. O elemento literal “razoabilidade” não exclui de modo algum as ilicitudes, nem nenhuma indicação nos sugere tal vontade do legislador até porque o objetivo das leis de proteção de dados é proteger de modo preventivo a devassa dos dados, sendo este o elemento teleológico; por sua vez, o elemento sistemático, indica precisamente que o direito da proteção de dados surgiu por se reconhecer que os dados pessoais podem ser obtidos ilicitamente²⁷⁶.

As informações que permitem tornar uma pessoa identificável, podem tanto encontrar-se na posse do responsável pelo tratamento como na posse de um terceiro. A referência no considerando 26 a “qualquer outra pessoa” abrange as informações que permitam identificar a pessoa em causa, mesmo não constando todas na posse de uma única pessoa e se encontrarem na posse de terceiro²⁷⁷. A doutrina costuma aferir a relevância dos conhecimentos e dos meios detidos por terceiros com recurso a duas teorias diferentes- objetiva e relativa²⁷⁸.

Em conclusão, a noção de dados pessoais deve ser abordada a partir de uma conceção ampla, não se indo ao encontro das posições que defendem um potencial

²⁷⁶MENEZES CORDEIRO, A. Barreto, *Direito da Proteção de Dados...op.cit.*,p. 123.

²⁷⁷Acórdão do TJUE 19-out.-2016, proc. C-582/14(Breyer).

²⁷⁸MENEZES CORDEIRO, A. Barreto, *Dados Pessoais: Conceito,...op.cit.*, p.24, não acompanha nenhuma dessas teorias e a verdade é que nenhuma corresponde efetivamente ao consagrado na lei, por esse motivo, recorre aos elementos interpretativos.

limitado para evitar a explosão iminente das situações enquadráveis no RGPD²⁷⁹. O impacto indesejável de uma noção ampla de dado pessoal é mitigado, não devendo ser considerado na fase de determinação do que é um dado pessoal, mas antes na aplicação proporcional das normas de proteção²⁸⁰. Pois se os dados podem influenciar as pessoas, devem desencadear alguma forma de proteção legal, a questão é resolvida na fase em que só os dados pessoais objeto de tratamento são protegidos pelo RGPD²⁸¹.

6.3 Dados Pessoais considerados sensíveis

O direito da proteção de dados oferece proteção jurídica a todos os dados pessoais que forem objeto de um tratamento, por mais banais que aparentem ser. Contudo, há determinadas categorias de dados pessoais que devido ao seu conteúdo exigem um especial tratamento e proteção. É nesse sentido que o RGPD distingue em relação aos demais dados pessoais- os dados pessoais sensíveis que “*pela sua natureza, especialmente sensíveis do ponto de vista dos direitos e liberdades fundamentais, dado que o contexto do tratamento desses dados poderá implicar riscos significativos para os direitos e liberdades fundamentais*”²⁸².

Apesar de não constar no RGPD uma definição destes dados sensíveis, o art. 9.º do RGPD consagra restrições ao tratamento destes dados; proibindo o seu tratamento, salvo se verificar-se alguma das exceções enumeradas no seu n.º 2. Da leitura do n.º 1 deste artigo é possível retirar um elenco dos dados que se inserem nesta categoria de dados pessoais sensíveis: i) o tratamento de dados que *revelem* a origem racial ou étnica, as opiniões políticas, as convicções religiosas ou filosóficas, ou a filiação sindical; ii) o tratamento de dados genéticos, dados biométricos para identificar uma pessoa de forma inequívoca, dados relativos à saúde ou dados relativos à vida sexual ou orientação sexual de uma pessoa.

Assim, o primeiro grupo abrange informações que resultam do tratamento efetuado, enquanto o segundo grupo já diz respeito a efetivas categorias de dados pessoais²⁸³.

²⁷⁹Neste sentido CORTE, *Scoping personal data: Towards a nuanced...op.cit.*, p.5.

²⁸⁰PURTOVA, *The law of everything. Broad concept of personal...op.cit.*, p. 62

²⁸¹*Ibidem*, p.73.

²⁸²Considerando 51 do RGPD.

²⁸³MENEZES CORDEIRO, A. Barreto, *Direito da Proteção de Dados...op.cit.*, p.133.

O critério subjacente à consideração de determinados dados como sensíveis não resulta de uma única razão²⁸⁴. Uma vez que para além da maioria dos dados catalogados fundarem-se em direitos fundamentais²⁸⁵, o risco de discriminação também assume um dos grandes fundamentos, tal como a situação de vulnerabilidade que o titular pode enfrentar ou, ainda, os efeitos prejudiciais que podem resultar do tratamento destes dados²⁸⁶.

Porém, como Inês Camarinha Lopes²⁸⁷ demonstra, o elenco do art. 9.º é apenas na sua aparência taxativo, uma vez que cabe ao intérprete densificar os dados que se inserem naquelas categorias.

Atente-se que ao elenco dos dados pessoais considerados sensíveis acabam por se reconduzir quase todos os tratamentos de dados pessoais realizados no quotidiano. Por exemplo, as informações que podem revelar a origem racial ou étnica, as opiniões políticas, as convicções religiosas ou filosóficas, a filiação sindical, são inúmeras, a mera nacionalidade ou nome pode revelar a origem racial ou étnica. As meras características físicas potenciam a revelação das origens, nomeadamente a origem racial.

A problemática inerente à identificação das informações que podem revelar essas circunstâncias é fortemente criticada por diversa doutrina²⁸⁸. Assim, existe quem questione se com o surgimento da Iot, que beneficia de tecnologias como a *Machine Learning* e os *Big Data*, permitindo a recolha e combinação de diversos dados, fará sentido continuar a distinguir esta categoria de dados, já que será possível inferir informações sensíveis a partir de quase todos os dados mesmo os mais triviais²⁸⁹.

O que conduz à seguinte questão empírica apresentada por Peppet²⁹⁰ “*everything reveals everything*”? O autor acaba por considerar que a correlação entre certa informação pode não revelar certas características, contudo não sabemos ao certo. Credo que

²⁸⁴*Ibidem*.

²⁸⁵Contendem, sobretudo, com o direito fundamental à reserva sobre a intimidade da vida privada (art. 26.º da CRP), o direito à liberdade de expressão, opinião e informação (art. 37.º da CRP) e ao direito de liberdade de consciência, de religião e de culto (art. 41.º CRP).

²⁸⁶MENEZES CORDEIRO, A. Barreto, *Direito da Proteção de Dados...op.cit.*, p.133.

²⁸⁷LOPES, Inês Camarinha, *Os Dados Sensíveis dos Menores à Luz do RGPD*, 1ª edição, Coimbra, Gestlegal, 2021, p.21.

²⁸⁸Uma vez que, o objetivo deste regime em oferecer um tratamento especial a categorias especiais de dados, é derrotado e todos os dados serão semelhantes. *Vide*, ZARSKY, Tal Z., *Incompatible: The GDPR in the age of big data*, *Seton Hall Law Review*, 2017, p.1015; LOPES, Inês Camarinha, *Os Dados Sensíveis...op.cit.*, p.21.

²⁸⁹DIAS, Carlos, *A Privacidade na era da Internet das Coisas, Direitos de Personalidade e Proteção de Dados*, no âmbito da dissertação de Mestrado em Ciências jurídico-Civilísticas, Faculdade de Direito do Porto, 2019, p. 32 e 47.

²⁹⁰PEPPET, Scott R., *Regulating the Internet of Things: First Steps toward Managing Discrimination, Privacy, Security and Consent*, *Texas Law Review*, 2014, p. 120.

existem razões para esperar, no entanto, que tudo possa revelar tudo o suficiente para justificar uma preocupação real²⁹¹.

No mesmo sentido, Zarski entende que se quase todos os conjuntos de dados podem produzir dados especiais, porquê manter tal distinção que é praticamente artificial²⁹²? Assinalando que com o crescimento do *Big Data* a distinção entre categorias "regulares" e "especiais" é artificial e inadvertidamente a informação passa de uma categoria para outra²⁹³.

Pode ser útil recorrer à teoria de Ohm, em que entende que há pelo menos três tipos de informação sensível²⁹⁴: i) a inerentemente sensível- é a informação que causa danos concretos, i.e., prejudica pelo simples facto de ser conhecida por outra pessoa. Muitas vezes é o tipo de informação que tendemos a considerar embaraçosa ou privada, como tal tende a ser guardada em segredo, é o caso dos dados relativos à saúde; ii) a inferencialmente sensível- é a informação que só se torna sensível, podendo causar dano, através da inferência. Algumas informações são sensíveis não porque as pessoas fazem inferências exatas, mas sim por estereótipos infundados. Por exemplo, os estereótipos relacionados com a religião ou origem étnica que as pessoas associam a esse grupo. Sendo que à medida que as técnicas de *Big Data* aumentam, a utilização e a amplitude das categorias de informações inferencialmente sensíveis também se intensificam; iii) instrumentalmente sensíveis- podem causar danos, mas não através do seu conhecimento ou inferência de outra pessoa. O dano resulta do facto da informação ser utilizada, é o exemplo do número da segurança social.

A informação instrumentalmente sensível é considerada por Lokke Moerel²⁹⁵ como dados sensíveis, este considera que os dados relativos à segurança social, número do cartão bancário são sensíveis porque se forem furtados a sua utilização tem um impacto no titular desses dados.

Ora, no âmbito do RGPD apenas as informações inerentemente e inferencialmente sensíveis são consideradas dados pessoais sensíveis, não devendo aquando da consideração de certas informações sensíveis atender ao risco da prática de comportamentos ilícitos, como a perda, furto ou utilização indevida²⁹⁶.

²⁹¹ *Ibidem*, p.121.

²⁹² ZARSKY, Tal Z., *Incompatible: The GDPR...op.cit.*, p.1013.

²⁹³ *Ibidem*.

²⁹⁴ OHM, Paul, Sensitive Information, *Southern California Law Review*, vol. 88, 2015, p.1170.

²⁹⁵ MOEREL, Lokke, *GDPR conundrums: Processing special categories of data*, iapp, 2016.

²⁹⁶ Este não é o fundamento que subjaz à consideração de certas informações como sensíveis na tradição europeia. *Vide* LOPES, Inês Camarinha, *Os Dados Sensíveis...op.cit.*, p.35.

Para a aplicação do art. 9.º, n.º1 do RGPD às informações inferencialmente sensíveis basta que as informações pessoais, mesmo que quotidianas, revelem informações consideradas sensíveis²⁹⁷. No entanto, tal conclusão depende do contexto em que as mesmas são recolhidas (cfr. considerando 51 RGPD), pelo que se recorre a um critério probabilístico para aferir se essa informação pode revelar dados sensíveis²⁹⁸. Assim, sendo necessário atender sempre ao contexto em que a informação é recolhida, a cor da pele pode constituir um dado sensível se indiretamente subjaz a esse tratamento o conhecimento da origem racial ou étnica, mas se conhecida noutra contexto pode não o ser²⁹⁹.

Pensemos num jogo em que a criança pode ajustar as características da personagem às suas características, se não estiver subjacente ao tratamento destes dados o conhecimento daquela origem, não se deve entender que estamos perante um dado sensível; por outro lado, se essas informações forem processadas para qualificar os titulares como pertencentes a determinada categoria especial já existirá um processamento de dados pessoais sensíveis.

O risco de discriminação estará sempre protegido, independentemente da consideração do dado pessoal como sensível ou “regular”, pelo direito fundamental à não discriminação³⁰⁰.

Concordamos com o facto de existir uma autonomização destas categorias de dados sensíveis, sujeitas a uma proibição geral de tratamento e a distintos fundamentos jurídicos de licitude, bem como a outras diferenças de regime, em relação aos dados pessoais ditos “regulares” que não merecem esta qualificação.

Porém, o critério subjacente à qualificação de determinadas informações como pertencentes às categorias especiais não deve ser dotado de uma flexibilidade tal que permita reconduzir qualquer informação a esta categoria, resultando numa inexistência de diferenças entre esta categoria e os restantes dados, tem de se permitir construir contornos precisos. Como será perceptível a justificação para estabelecer este nível mais elevado de proteção para categorias especiais é intuitiva³⁰¹. As categorias mencionadas são aquelas que quase todos os indivíduos consideram mais privadas, em que a sua

²⁹⁷*Ibidem*, p.34.

²⁹⁸MENEZES CORDEIRO, A. Barreto, *Direito da Proteção de Dados...op.cit.*p.134.²⁹⁹LOPES, Inês Camarinha, *Os Dados Sensíveis...op.cit.*,p. 32.

²⁹⁹LOPES, Inês Camarinha, *Os Dados Sensíveis...op.cit.*,p. 32.

³⁰⁰*Ibidem*, p.34.

³⁰¹ZARSKY, Tal Z., *Incompatible: The GDPR...op.cit.*, p.1012.

difusão é suscetível de causar maior angústia e potencialmente gerar danos, seja por razões históricas ou por perigos atuais³⁰².

Compreende-se a opção do legislador, pois foi motivada pela necessidade de acautelar os titulares de dados pessoais sensíveis³⁰³. No entanto, também se compreende as críticas efetuadas a esta norma pela ampla interpretação que o critério probabilístico permite e as considerações de que só se deveria circunscrever a esta categoria as informações que fossem particularmente sensíveis³⁰⁴.

Enquanto a maioria das críticas se percecionem e até se acompanhem, só farão sentido se falarmos de adultos plenamente desenvolvidos, não de crianças em desenvolvimento. Nos últimos, uma informação que revele a sua origem racial pode originar um incremento da possibilidade de ser alvo de *bullying* e discriminação, o que pode ter consequências nefastas. Por sua vez, atendendo ao circunstancialismo da sociedade atual e do mundo também a convicção religiosa, que muitas vezes não corresponde à sua efetiva convicção, pois até aos 16 anos no ordenamento jurídico português a criança não tem liberdade para escolher uma religião (cfr. art. 1886.º do CC) e muitas crianças acompanham os pais a celebrações religiosas, a informação que o pode revelar assume um especial contorno.

A proibição de tratamento das informações inferencialmente sensíveis previstas no art. 9º, não faz depender da certeza objetiva quanto ao sentido verídico das opiniões ou convicções, aplicar-se-á independentemente do sentido da interpretação efetuada pelo responsável pelo tratamento³⁰⁵. Atente-se que no ordenamento jurídico português uma criança a partir dos 16 anos pode filiar-se num partido³⁰⁶, o que permitirá identificar as suas opiniões políticas e essa informação será considerada um dado pessoal sensível.

A consideração de que determinada informação revela dados considerados sensíveis, através do critério probabilístico, é desligada da veracidade e da exatidão dessa informação. Se as informações mais triviais podem permitir revelar determinadas características do titular, permite-se gerar dados pessoais inexatos. O exemplo que o GT29 apresenta é demonstrativo de tal: “*existe a possibilidade de inferir o estado de saúde de uma pessoa a partir de registos das suas compras de produtos alimentares, em*

³⁰²OHM, Paul, *Sensitive Information*,...op.cit., pp.1161-1170.

³⁰³MENEZES CORDEIRO, A. Barreto, *Direito da Proteção de Dados*...op.cit.,p. 134.

³⁰⁴LOPES, Inês Camarinha, *Os Dados Sensíveis*...op.cit.,p.31.³⁰⁵MENEZES CORDEIRO, A. Barreto, *Direito da Proteção de Dados*...op.cit.,p.137.

³⁰⁵MENEZES CORDEIRO, A. Barreto, *Direito da Proteção de Dados*...op.cit.,p.137.

³⁰⁶Art. 2.º da Lei n.º 124/99, de 20 de agosto.

combinação com dados relativos à qualidade e ao valor energético dos alimentos.”. Basta imaginar que a compra desses alimentos é efetuada para uma outra pessoa. Inclusive, se as características e atributos individuais podem ser previstos com um alto grau de precisão com base nos “simples” registos de gostos no *Facebook*³⁰⁷.

O facto de a inferência a que se chega não ser verídica e corresponder a dados inexatos, não faz com que percam a sua qualificação como tal, mas o titular terá direito à retificação desses dados (cfr. art. 16.º do RGPD). No entanto, compreende-se que se falarmos de crianças a incorreção dos seus dados assume outros contornos, uma vez que são seres em desenvolvimento que estão em constante mudança de gostos e opiniões, passando mais tempo online em que a informação recolhida é utilizada e armazenada por diferentes prestadores de serviço. Pelo que as exigências de uma atualização dos dados e retificação dos mesmos é premente. Esta proteção é perceptível, pois apesar de serem dados sensíveis inexatos se públicos podem causar danos.

Por fim, em relação às categorias de dados: i) os dados genéticos encontram-se definidos no art. 4.º, n.º 13, abrangendo uma série de informações relativas às características pessoais genéticas, são dados que se mantém inalterados durante a existência do seu titular; ii) os dados biométricos encontram-se definidos no art. 4.º, n.º 14, permitindo a identificação única da pessoa³⁰⁸ através das impressões digitais, face, voz, etc, hoje em dia, estes dados são cada vez mais utilizados para, por exemplo, desbloquear um telemóvel; iii) os dados relativos à saúde encontram-se definidos no art. 4.º, n.º 15, a sua definição é complementada pelo considerando 35, neste sentido retira-se que todos os dados recolhidos e tratados por aplicações relacionadas com a saúde ou *fitness*, incluindo os *smart watches* são dados relativos à saúde, mesmo que não sejam precisos; iv) os dados relativos à vida sexual ou orientação sexual não se encontram definidos no RGPD, mas advém da sua consideração constitucional no art. 13.º, n.º2 da CRP e 21.º, n.º1 da Carta, abrangendo a identidade de género também, neste sentido o estado civil, os métodos contraceptivos, a compra de brinquedos sexuais ou produtos farmacêuticos, a frequência de determinados estabelecimentos, *websites* visitados,

³⁰⁷KOSINSKI, M., STILLWELL, D., GRAEPEL, T., *Private traits and attributes are predictable from digital records of human behavior*, PNAS, n.º15, vol.110, 2013, pp.5802-5805.

³⁰⁸Resultantes de um tratamento técnico específico, pelo que fotografias comuns não estão abrangidas. *Vide* Parecer n.º4/2007 sobre o conceito de dados pessoais, adotado em 20 de Junho, pelo Grupo de trabalho de proteção de dados do art.29º, p. 9; Acórdão do TJUE de 17 de outubro de 2013, proc. C-291/12 (*Schwarz*); MENEZES CORDEIRO, A. Barreto, *Direito da Proteção de Dados...op.cit.*,p.140.

participação em eventos, petições públicas, manifestações, são considerados dados relativos à vida sexual.

Estas categorias de dados, não decorrem da inferência, mas sim da sua própria natureza, são informações inerentemente sensíveis, pela que a sua consideração enquanto tal advém de uma consideração objetiva. Ao contrário do primeiro grupo que decorre da inferência e envolve uma avaliação casuística acerca da natureza daquelas informações e do contexto. A este conjunto de dados tem sido sugerido que se deveriam incluir, no âmbito das crianças, os dados relativos aos vínculos de filiação, como a pertença a uma família monoparental, a circunstância do casamento ou do divórcio dos pais, tal como os vínculos de adoção³⁰⁹. Ainda que se compreenda as razões, cada vez mais, a discriminação com base nestes pressupostos é esbatida.

7. Fundamentos de licitude para o tratamento dos dados pessoais

Em ordem à admissibilidade do tratamento de dados pessoais, estabelece o art. 8º, n.º 2 da Carta que, o tratamento de dados pessoais apenas pode ocorrer com o consentimento do titular ou com base num outro fundamento previsto na lei. Neste sentido, o RGPD consagra no art. 6º, n.º 1 taxativamente os fundamentos que permitem o tratamento lícito de dados pessoais. Impondo, igualmente, aos responsáveis pelo tratamento o respeito por uma série de princípios. Os princípios do tratamento de dados, encontram-se listados no artigo 5º do RGPD: princípio da licitude, lealdade e transparência (n.º 1, a)); princípio da limitação das finalidades (n.º 1, b)); princípio da minimização dos dados (n.º 1, c)); princípio da exatidão (n.º 1, d)); princípio da limitação da conservação (n.º 1, e)); princípio da integridade e confidencialidade (n.º 1, f)); princípio da responsabilidade (n.º 2).

Os fundamentos de licitude de tratamento vêm densificar, assim, o princípio da licitude, pois o tratamento de dados só será válido verificando-se, pelo menos, uma das situações enumeradas no art. 6º do RGPD.

Acrescendo que no âmbito do tratamento de dados pessoais sensíveis apesar de vigorar o princípio da proibição do tratamento de dados pessoais sensíveis, na presença de um dos fundamentos de licitude do art. 9º, n.º 2 do RGPD, será lícito o tratamento dessa categoria de dados. Neste sentido, para o tratamento de dados pessoais, independentemente da pertença à categoria sensível ou não, será sempre requerido que se

³⁰⁹LOPES, Inês Camarinha, *Os Dados Sensíveis...op.cit.*,p. 26.

verifique um fundamento de legitimidade do tratamento. As singularidades de cada categoria de dados pessoais fundamentam-se sobretudo nos fundamentos de legitimidade do processamento de dados.

Assim, analisaremos os fundamentos de licitude quando aplicáveis aos dados pessoais de titulares menores de idade (crianças). No entanto, é importante referir que o regime do art. 8º do RGPD estabelece, precisamente, que só se aplicará no âmbito do fundamento com base no consentimento- “*Quando for aplicável o artigo 6.º, n.º1, alínea a)(...)*”. Ora, é com suporte nesta premissa que se considera que os dados pessoais das crianças podem ser tratados ao abrigo de outros fundamentos de licitude, que se equacionem no caso concreto.

Neste âmbito, é necessário recorrer ao estatuto da criança apreendido na primeira parte com a dogmática civilística. Mantendo em mente que o direito à proteção de dados pessoais é um direito objetivo, do qual resultam vários direitos subjetivos, mas igualmente o reconhecimento de princípios; como o princípio da licitude de onde decorre, para o titular de dados pessoais, um direito a não ter os seus dados pessoais processados sem um fundamento válido. Pelo que nem todas as situações que podem legitimar o tratamento de dados pessoais das crianças exigem alguma atuação da sua parte ou dos titulares das responsabilidades parentais. À semelhança dos adultos os seus dados pessoais podem ser tratados sem o consentimento e independentemente da vontade dos mesmos. Porém, já não será assim quanto aos direitos subjetivos consagrados no RGPD, os quais exigem que o titular dos dados possua capacidade jurídica³¹⁰.

Ora, em relação aos fundamentos de licitude do tratamento dos dados ditos “regulares” estes são seis (cfr. art. 6.º, n.º 1 do RGPD):

- 1) O titular tiver dado consentimento (alínea a): o consentimento possui um regime especial quando o titular dos dados é uma criança (cfr. art. 8.º do RGPD), analisaremos esta questão autonomamente no ponto seguinte.
- 2) O tratamento for necessário para a execução de um contrato (alínea b): este fundamento resulta do facto de o tratamento de dados pessoais ser na maioria dos contratos indispensável à sua execução. Pelo que se trata de uma manifestação do direito à autodeterminação informacional, em que se considera que o tratamento de dados surge como uma consequência indireta da tomada de decisão livre e esclarecida de executar um contrato por parte do titular³¹¹. O âmbito de aplicação

³¹⁰*Ibidem*, p.39.

³¹¹MENEZES CORDEIRO, A. Barreto, *Direito da Proteção de Dados...op.cit.*, p.207.

material deste fundamento abrange os negócios jurídicos bilaterais durante toda a sua execução, incluindo as obrigações principais ou secundárias. Abrange, ainda, as diligências pré-contratuais, independentemente de o contrato ter sido efetivamente concluído³¹². Os dados que podem ser tratados circunscrevem-se e são apenas os respeitantes para o necessário cumprimento do contrato e para a realização de diligências contratuais³¹³. Ora, é com base nesta premissa de que apenas os dados necessários àquela execução serão tratados, que este é um fundamento que terá aplicação quando o titular dos dados for uma criança. Uma vez que atendendo à capacidade negocial da criança o art. 127.º do CC estabelece a capacidade de celebrar negócios jurídicos próprios da vida corrente da criança que só impliquem despesas, ou disposições de bens, de pequena importância, sendo para tal necessário que esses negócios reflitam a capacidade natural da criança. Pelo que não faria sentido que se encontrassem vedados da celebração de negócios jurídicos no âmbito digital. Pense-se no mero exemplo em que a uma criança é reconhecida capacidade para comprar um livro, dirigindo-se fisicamente a uma livraria poderia adquiri-lo, pelo que deve poder adquiri-lo numa livraria online, ou nos casos da compra de produtos de higiene. No entanto, se o negócio jurídico se inserir fora da capacidade negocial, o contrato é inválido e consequentemente não será permitido o tratamento dos dados necessários para a execução do contrato. Exigirá, contudo, aos responsáveis pelo tratamento uma averiguação dos direitos aplicáveis em cada EM. Por sua vez, este fundamento apenas se aplicará para o tratamento dos dados, efetivamente, necessários à execução do contrato, se o responsável colocar de alguma forma “encoberta” a prestação de consentimentos para outros tratamentos que a criança não tenha capacidade, esses tratamentos são ilícitos; exceto no caso do consentimento se inserir no âmbito do art. 8º, n.º1, como *infra* se menciona.

No âmbito dos contratos celebrados na esfera dos serviços de informação, o art. 8º, n.º 3 do RGPD estabelece que o direito contratual dos EM conserva toda a sua aplicabilidade, especialmente em relação à validade, à formação e aos efeitos do contrato na esfera jurídica da criança. O que permite concluir que esta solução

³¹²*Ibidem*, p.208.

³¹³*Ibidem*, p.211; VOIGT, P., Bussche, A., *The EU General Data Protection...op.cit.*,p.102-103.

admite duas soluções antagónicas³¹⁴: o consentimento prestado no âmbito do art.8º ser válido, mas o contrato não o ser (cfr. art. 125º CC); ou o contrato ser válido (cfr. art. 127º CC), apesar de não existir consentimento para o tratamento. Entendendo-se que, no âmbito desta última solução, se deve permitir o recurso pelo responsável a este fundamento para tratar licitamente os dados das crianças. Neste sentido, deve entender-se que se a criança celebrar um contrato no âmbito da sua capacidade negocial, uma vez que o mesmo é válido, deve permitir-se o tratamento dos dados necessários à sua execução. Se à criança é reconhecida capacidade negocial, à luz da sua capacidade natural, deve ser reconhecido que está ciente do ato em si. Neste sentido, cabe ao responsável pelo tratamento garantir que o contrato é válido à luz do direito nacional que se aplique à criança³¹⁵. Esta conclusão é alcançada quer o consentimento não seja válido, ou inexista por parte da criança com idade superior aos 13 anos, quer quando o contrato é celebrado por crianças com idade inferior aos 13 anos que não possuem capacidade para consentir³¹⁶. Contudo, o que agora se equaciona deve circunscrever-se aos contratos que se inserem no âmbito da oferta direta de serviços da sociedade de informação. Por sua vez, se o consentimento existir e for válido nos termos do art. 8.º, mas a criança carecia de capacidade negocial para o contrato em causa, o tratamento dos dados será válido, já que existe um fundamento válido, apesar do contrato ser inválido. Porém, a criança deverá ser informada que pode retirar o seu consentimento nos termos do art. 7º, n.º 3 do RGPD de modo a evitar o seu posterior tratamento³¹⁷.

A não consideração da aplicação deste fundamento de licitude, quer quanto aos contratos que se inserem no âmbito dos serviços de informação, quer quanto a qualquer outro contrato no âmbito da capacidade negocial, desferiria graves consequências na autonomia que deve ser reconhecida à criança.

- 3) O tratamento for necessário para o cumprimento de uma obrigação jurídica (alínea c): como exemplos clássicos de obrigações legais surgem as obrigações de comunicação da entidade empregadora às entidades fiscais e de segurança social.

³¹⁴MENEZES CORDEIRO, A. Barreto, *Direito da Proteção de Dados...op.cit.*, p.192; VOIGT, P., Bussche, A., *The EU General Data Protection...op.cit.*,p.100.

³¹⁵Information Commissioner's Office, *Children and the GDPR-Applications*, Guidance, 2018-2022,p.15.

³¹⁶LOPES, Inês Camarinha, *Os Dados Sensíveis...op.cit.*p.126-127.

³¹⁷*Ibidem*, p.125.

Sendo necessário recorrer aos n.ºs 2 e 3 do art. 6.º para concretizar os elementos necessários para a aplicação deste fundamento. “*A legislação laboral portuguesa impõe às entidades empregadoras uma multiplicidade de obrigações que implicam, necessariamente, a realização de operações de tratamento de dados pessoais dos seus trabalhadores.*”³¹⁸. Neste sentido, suscitam-se questões interpretativas relevantes sobre a aplicação deste fundamento para tratamento de dados pessoais de crianças quando esta se encontre sujeita a um contrato de trabalho. No entanto, pode equacionar-se que possuindo a criança capacidade laboral e encontrando-se a laborar, o responsável pelo tratamento encontra-se legitimado a tratar os seus dados para cumprir com as obrigações a que se encontra adstrito. A sujeição da aplicação deste fundamento à necessidade, exige que se efetue uma análise proporcional e se alcance um equilíbrio entre o direito à autodeterminação informacional e o interesse público que a obrigação legal prossegue³¹⁹. Sendo que neste juízo de proporcionalidade o que será proporcional para um adulto pode não o ser para uma criança. Será, necessário avaliar as circunstâncias do seu tratamento, tendo em conta o superior interesse da criança.

- 4) O tratamento for necessário para a defesa de interesses vitais (alínea d): Não requer qualquer atuação, nem sequer a capacidade jurídica da criança, para que o responsável pelo tratamento recorra a este fundamento de licitude. No entanto, para que o tratamento dos dados pessoais seja lícito com base neste fundamento, é necessário compreender o conceito de interesse vital. Apesar do RGPD não o definir, é possível realizar uma aproximação com o recurso ao considerando 112, de onde se retira que estarão em causa situações de maior gravidade, que coloquem em causa a integridade física ou a vida³²⁰. Estes interesses vitais podem ser tanto do titular dos dados pessoais, como de outros sujeitos singulares (cfr. considerando 46). Todavia requer-se que o tratamento seja necessário para essa defesa, no sentido de que se o tratamento não for efetuado produzir-se-ão danos gravosos para a vida, saúde ou integridade física³²¹. Por fim, o recurso a este

³¹⁸ Para as várias obrigações legais que a entidade empregadora se encontra adstrita *vide* HENRIQUES, S., LUÍS, J., *Consentimento e outros Fundamentos de Licitude para o Tratamento de Dados Pessoais em Contexto Laboral*, Anuário da Proteção de Dados 2019, (coord.) PEREIRA COUTINHO e CANTO MONIZ, CEDIS, 2019, p. 13.

³¹⁹ Para se compreender como se efetua este juízo *vide* MENEZES CORDEIRO, A. Barreto, *Direito da Proteção de Dados...op.cit.,p.217-218.*

³²⁰ *Ibidem*, p.205.

³²¹ *Ibidem*.

fundamento será circunscrito, na medida que a grande parte dos tratamentos para a defesa destes interesses implicará o tratamento de dados pessoais sensíveis, mormente relativos à saúde.

- 5) O tratamento for necessário ao exercício de funções públicas ou de autoridade pública(alínea e): para que este fundamento possa ser aplicado exige-se a verificação de determinados elementos³²²: i) o tratamento ser necessário; ii) para o exercício de funções de interesse público ou de autoridade pública; iii) determinadas pelo Direito da União ou de um Estado-Membro (art. 6.º, n.º3 do RGPD); iv) essa imposição legal deve corresponder a um objetivo de interesse público e ser proporcional ao objetivo legítimo prosseguido. Para uma maior compreensão de que tipo de responsável exerce funções públicas ou prerrogativas de autoridade pública deve analisar-se o considerando 45. Neste âmbito, a vontade do titular não é chamada à colação, a base legal é a mesma sendo o titular uma criança ou um adulto³²³. Atente-se que quanto aos dados pessoais das crianças, algumas funções das autoridades públicas são suscetíveis de envolver o tratamento de dados pessoais de crianças, por exemplo, as efetuadas pelos Tribunais de Família ou serviços de assistência social. No entanto, o conceito da necessidade desta alínea analisa-se com o recurso ao princípio da proporcionalidade, patente no art. 52.º, n.º1 da Carta. O que é proporcional (e, portanto, necessário) em relação ao tratamento de dados pessoais de crianças pode, no entanto, ser diferente do que é proporcional relativamente ao tratamento de dados pessoais de adultos, uma vez que se deve atender sempre ao interesse superior da criança e ao seu estatuto.
- 6) O tratamento for necessário para efeitos dos interesses legítimos prosseguidos pelo responsável pelo tratamento ou terceiro (alínea f): somos da opinião que o responsável pelo tratamento deve abster-se de aplicar este fundamento quando o titular de dados for uma criança. Uma vez que o interesse aqui prosseguido é o do próprio responsável, competindo a este decidir em concreto a realização do tratamento e os moldes em que o mesmo é efetuado, colocando o titular numa situação de particular fragilidade³²⁴. Para além das dificuldades interpretativas que

³²²Ibidem, p.219 e considerando 112 do RGPD.

³²³Information Commissioner's Office, Children and the GDPR-Applications, Guidance, 2018-2022, p.17.

³²⁴MENEZES CORDEIRO, A. Barreto, *Direito da Proteção de Dados...op.cit.*, p.224; VOIGT, P., Bussche, A., *The EU General Data Protection...op.cit.*, pp.103-107.

suscita, a solução caracteriza-se por um elevado grau de abstração³²⁵. Ora, neste âmbito, o tratamento será necessário se³²⁶: i) demonstrada a presença de um interesse legítimo do responsável ou de terceiro; e ii) os interesses e as liberdades fundamentais do titular não prevalecerem. Ao contrário dos restantes fundamentos em que a necessidade assume uma recondução ao princípio da proporcionalidade, aqui assume um conteúdo distinto³²⁷. A noção de interesses legítimos não se encontra definida no RGPD, por sua vez os considerandos 47 a 49 oferecem uma série de exemplos. Outros exemplos costumam ser enumerados³²⁸, como o caso da publicidade e marketing e a prossecução de ações judiciais ou extrajudiciais. Os exemplos são inúmeros pelo que se deverá considerar que “*um interesse pode ser considerado legítimo desde que o responsável pelo tratamento possa prosseguir esse interesse em conformidade com a legislação em matéria de proteção de dados e a demais legislação aplicável.*”³²⁹. Perante um interesse legítimo cabe perceber se desse tratamento resulta uma afetação dos interesses ou direitos e liberdades fundamentais do titular que exijam a proteção dos dados pessoais. A circunscrição aos direitos que sejam protegidos no âmbito os dados pessoais, deve ser desconsiderada, todos os direitos fundamentais do titular devem ser atendidos³³⁰. Ora, para a ponderação do interesse do responsável *versus* os direitos do titular, o GT29 sugeriu a adoção de um teste de ponderação³³¹, que abrange: a) avaliação do interesse legítimo do responsável pelo tratamento, b) impacto nas pessoas em causa, c) equilíbrio provisório e d) garantias complementares aplicadas pelo responsável pelo tratamento para evitar qualquer impacto indevido nas pessoas em causa. Já Barreto Menezes Cordeiro³³² propõe um teste de ponderação que possui 3 dimensões: 1) deve considerar-se os dados pessoais em causa; 2) as partes que estão envolvidas; 3) o modo, tipo, duração, frequência, propósito e impacto do tratamento. Não se analisará aqui nenhum dos testes de ponderação acima mencionados, pois considera-se que sempre que o

³²⁵MENEZES CORDEIRO, A. Barreto, *Direito da Proteção de Dados...op.cit.*,p. 223.

³²⁶*Ibidem*,p.225.

³²⁷*Ibidem*.

³²⁸Parecer n.º06/2014 sobre o conceito de interesses legítimos do responsável pelo tratamento dos dados na aceção do artigo 7.º da Diretiva 95/46/CE, adotado a 9 de abril de 2014, pelo Grupo de trabalho de proteção de dados do art.29º, p.39; VOIGT, P., Bussche, A., *The EU General Data Protection...op.cit.*p.103.

³²⁹*Ibidem*,p.39.

³³⁰MENEZES CORDEIRO, A. Barreto, *Direito da Proteção de Dados...op.cit.*,p.229.

³³¹Parecer n.º06/2014 sobre o conceito de interesses legítimos...*op.cit.*,pp.47-87.

³³²MENEZES CORDEIRO, A. Barreto, *Direito da Proteção de Dados...op.cit.*,pp.231-237.

titular for uma criança devem prevalecer os seus interesses e direitos. Atendendo à natureza deste titular que é um ser em desenvolvimento necessitado de uma especial proteção, mas, igualmente de um ser a quem deve ser reconhecida progressiva autonomia, poderia equacionar-se que à medida que a idade da criança avança a proteção concedida em concreto diminui³³³. Contudo, tendo em conta os diversos riscos aqui em causa, o facto de os dados pessoais das crianças não beneficiarem de um tratamento mais protetivo e o princípio do interesse superior da Criança, muito dificilmente se poderá equacionar que esta proteção vá diminuindo. Qualquer tratamento que vise um interesse legítimo de um responsável pelo tratamento tem obrigatoriamente de respeitar o interesse superior da criança, que exige que casuisticamente se delimite os seus contornos. Acresce que mesmo que os seus direitos fundamentais não sejam afetados, existem sempre riscos para a criança. Não se olvidando que a maioria da doutrina entende que subjaz ao teste de ponderação- um teste de equilíbrio³³⁴ que consiste em ter em conta os interesses ou direitos e liberdades fundamentais do titular e verificar se estes não se sobrepõem aos interesses do responsável. Essencialmente, trata-se de uma avaliação de risco/impacto para verificar se eventuais riscos para os interesses os titulares são proporcionais. Ora, a mera probabilidade de existir riscos mesmo que diminutos para as crianças, deve ser suficiente para que se considere que tal tratamento é contrário ao Superior Interesse da Criança. Como o GT29 salienta *“(...)para além dos efeitos adversos que podem ser especificamente previstos, há que ter em conta igualmente os impactos emocionais mais abrangentes, tais como a irritação, o medo e a angústia que podem ser provocados pelo facto de a pessoa em causa perder o controlo sobre informações pessoais ou aperceber-se de que estas foram ou podem ser utilizadas de forma abusiva ou indevida –por exemplo, através da sua publicação na Internet.”*³³⁵. Aliás é admissível a participação de responsáveis ou subcontratantes não estabelecidos na união e apesar da tendencial aplicação extraterritorial, a intervenção pode agravar a posição de fragilidade dos titulares. Além disso, embora os direitos e liberdades das crianças, de um modo geral, se sobreponham

³³³*Ibidem*. Aparenta ser esta a posição de Barreto Menezes Cordeiro.

³³⁴Information Commissioner’s Office, Children and the GDPR-Applications, Guidance, 2018-2022, p.17 e Parecer n.º06/2014 sobre o conceito de interesses legítimos...*op.cit.*,p.88.

³³⁵Parecer n.º06/2014 sobre o conceito de interesses legítimos...*op.cit.*,p.58.

aos interesses prosseguidos pelo responsável pelo tratamento; o que, por conseguinte, torna este tratamento ilegal, na prática permanece incerto o modo como os responsáveis pelo tratamento de dados efetuarão os testes de ponderação³³⁶. Inclusive as crianças, na sua maioria, não estarão cientes das suas garantias e direitos quanto ao tratamento de dados.

Por sua vez, os fundamentos de licitude para tratamento dos dados considerados sensíveis, são os seguintes (cfr. art. 9.º, n.º 2 do RGPD):

- 1) O titular tiver dado o seu consentimento explícito (alínea a): no âmbito do consentimento aplica-se os mesmos desenvolvimentos que ao consentimento do art. 6., n.º 1, al. a) do RGPD, remetendo-se para o ponto seguinte. No entanto, exige-se um requisito extra- o consentimento tem de ser explícito- o termo é utilizado no sentido de o consentimento ter de ser expresso³³⁷. No caso de o titular de dados sensíveis ser uma criança, este consentimento dependerá da capacidade civilista. Considera-se, conseqüentemente, que o regime do art. 8.º do RGPD, a propósito do consentimento prestado por crianças para tratamento de dados pessoais não sensíveis, não terá aplicação. No entanto, há quem questione³³⁸ e defenda³³⁹ que através de uma interpretação extensiva da letra da lei as crianças maiores de 13 anos podem consentir no tratamento de dados sensíveis, no âmbito da oferta direta de serviços de sociedade de informação O art. 8º é claro ao circunscrever a sua aplicação ao consentimento prestado nos termos do art. 6º, nº1, al.a). Neste sentido, regra geral, sendo o titular uma criança o consentimento será prestado pelos titulares das RP, independentemente de se inserir no âmbito da oferta direta de serviços da sociedade de informação. Exceto se à criança for reconhecida capacidade no âmbito dos direitos nacionais³⁴⁰, por exemplo, no direito português não é necessário o consentimento parental no âmbito de

³³⁶BOUCHAGIAR, G., BOTTIS, M., *Defending children's rights minding children's privacy and development in light of the general data protection regulation*, Crianças, famílias e tecnologias. Que desafios? Que caminhos?, Lisboa: Centro Interdisciplinar de Estudos Educacionais, 2019,p.33.

³³⁷MENEZES CORDEIRO, A. Barreto, *Direito da Proteção de Dados...op.cit.*p.240.

³³⁸KOSTA, E., MACENAITE, M., *Consent for processing children's personal data in the EU: following in US footsteps?*, Information & Communications Technology Law, vol.26, no.2, 2017, p.155.

³³⁹DÍAZ, Raquel, *La protección de los datos del menor...op.cit.*,p.84.

³⁴⁰Sobre as diversas idades de consentimento vide DALRYMPLE, H., *The general data protection regulation, the clinical trial regulation and some complex interplay in paediatric clinical trials*, European Journal of Pediatrics 180, Springer, 2021, p.1373.

consultas de planeamento familiar³⁴¹, estamos perante um domínio em que o legislador nacional é favorável à autonomia dos menores ao nível da saúde sexual³⁴² e, conseqüentemente, compra de métodos contraceptivos.

- 2) O tratamento for necessário para efeitos do cumprimento de obrigações em matéria de legislação laboral, de segurança social e de proteção social (alínea b): o tratamento dos dados pessoais sensíveis da criança apenas se inserirá neste fundamento quando a criança possua capacidade jurídica laboral e se encontre a trabalhar. No ordenamento jurídico português a aquisição desta capacidade situa-se nos 16 anos, neste sentido, apenas a partir dessa idade o responsável pelo tratamento pode aplicar este fundamento.
- 3) o tratamento for necessário para proteger os interesses vitais (alínea c): este fundamento encontra-se em evidente paralelo com o art. 6º, n.º1, al. d), pelo que se remete para o que aí foi analisado. No entanto, pelo facto de se tratar de dados pessoais sensíveis exige-se que um outro requisito se verifique- o titular de dados encontrar-se incapacitado, física ou legalmente, de prestar o seu consentimento. Este fundamento decorre da necessidade de proteger o próprio titular, a exigência de um consentimento prévio funcionaria em seu prejuízo³⁴³. Devendo verificar-se à luz de critérios objetivos, a vontade hipotética do titular dos dados e considerar-se a eventual existência de representantes que possam suprir a falta de consentimento³⁴⁴. Ora, por ordens de razão, somos levados a crer que no caso das crianças esta incapacidade pode ser suprimida pelos titulares das responsabilidades parentais, atendendo sempre ao seu interesse superior³⁴⁵.
- 4) o tratamento for efetuado por uma fundação, associação ou qualquer outro organismo sem fins lucrativos e que prossiga fins políticos, filosóficos, religiosos ou sindicais (alínea d): Neste âmbito não concordamos com a opinião de Inês Camarinha Lopes que entende que se encontra fora da esfera de vida das crianças³⁴⁶. As crianças a partir dos 16 anos podem à luz do art. 1886.º do CC

³⁴¹Lei n.º3/84 de 24 de Março de 1984, publicado em Diário da República n.º71/1984, Série I de 24/03/1984, páginas 981–983, em conjugação com a Portaria n.º52/85 de 26 de Janeiro, publicado em Diário da República n.º22/1985, Série I de 26/01/1985, páginas 219-220, que regulamenta as consultas, ao indicar no art.5º/2 que o acesso sem restrições abrange todos os jovens em idade fértil.

³⁴²PEREIRA, André, O consentimento informado na relação médico-paciente, Coimbra,2004, p.128.

³⁴³LOPES, Inês Camarinha, *Os Dados Sensíveis...op.cit.*,p. 41.

³⁴⁴MENEZES CORDEIRO, A. Barreto, *Direito da Proteção de Dados...op.cit.*,p.243.

³⁴⁵ Neste âmbito será importante equacionar como se processam as questões relativas à saúde das crianças vide PINHEIRO, Jorge Duarte, *Temas de Direito Pediátrico*, 1ª edição, Gestlegal, 2021.

³⁴⁶LOPES, Inês Camarinha, *Os Dados Sensíveis...op.cit.*,p. 41.

decidir sobre a sua religião e fazer parte de qualquer organismo sem fins lucrativos que prossiga fins religiosos. Inclusive, a partir dos 14 anos a criança pode aderir ou constituir associações e ser titular dos respetivos órgãos sem qualquer autorização e antes desta idade pode a criança aderir, desde que o titular das responsabilidades parentais dê a sua autorização (art. 2º da Lei n.º 124/99, de 20 de agosto).

- 5) o tratamento se referir a dados pessoais que tenham sido manifestamente tornados públicos pelo seu titular (alínea e): este fundamento surge no sentido de que se o titular tornou pública a informação renunciou à proteção que o art. 9.º, n.º1 lhe confere³⁴⁷. Uma vez que, se o titular os torna públicos, é porque reconhece que o tratamento desses dados não o prejudica ou incomoda. No entanto, este fundamento apenas se aplica quando a informação tenha sido partilhada pelo próprio titular, se a informação for difundida por um terceiro este fundamento já não se aplicará. Não podem suscitar-se dúvidas que a informação foi divulgada com base numa decisão livre e esclarecida do titular, se dúvidas existirem o responsável deve abster-se de proceder ao tratamento³⁴⁸. Considerar-se-á para este efeito que a informação foi tornada pública quando for divulgada a um número indeterminado de sujeitos, por exemplo através de um *blog*³⁴⁹. Ora, se o titular for uma criança maiores dificuldades se suscitam, uma vez que a exposição de informações por parte destes seres nas redes sociais é uma prática comum. Assim, o responsável poderia considerar que o facto de a criança ter tornado pública determinada informação sensível, significaria que poderia recorrer a este fundamento para proceder ao tratamento dessa informação. A verdade é que a exigência de uma decisão livre e esclarecida por parte do titular levanta dúvidas quando o titular for uma criança, atendendo ao facto de que não estão cientes dos riscos e consequências que daí podem advir. Da análise que se fez na primeira parte concluiu-se que apesar de dever ser reconhecida autonomia à criança, a mesma deve ser protegida contra a sua inexperiência. Pelo que não faria sentido que tudo o que foi dito sobre o estatuto da criança fosse aqui olvidado, inclusive o considerando 38 do RGPD frisa que estes seres merecem uma proteção especial.

³⁴⁷MENEZES CORDEIRO, A. Barreto, *Direito da Proteção de Dados...op.cit.*,p. 245.

³⁴⁸*Ibidem*.

³⁴⁹*Ibidem*.

Deste modo, o responsável pelo tratamento não deve recorrer a este fundamento quando os titulares das informações sensíveis sejam crianças.

- 6) o tratamento for necessário à declaração, ao exercício ou à defesa de um direito num processo judicial (alínea f): este fundamento desnecessita de qualquer atuação por parte do titular dos dados, pelo que a capacidade jurídica da criança é irrelevante, a vontade do titular não tem relevância.
- 7) o tratamento for necessário por motivos de interesse público importante (alínea g): à semelhança do fundamento anterior, não se requer capacidade jurídica à criança para que os seus dados sejam tratados com base neste fundamento.
- 8) o tratamento for necessário para efeitos de medicina preventiva ou do trabalho (alínea h): à semelhança do fundamento da alínea b), a sua aplicação só se equacionará quando a criança adquira capacidade jurídica laboral.
- 9) o tratamento for necessário por motivos de interesse público no domínio da saúde pública (alínea i): neste âmbito o tratamento de dados pessoais ocorre independentemente da vontade do seu titular, pelo que aqui será, mais uma vez, irrelevante o facto da criança ter capacidade jurídica ou não. Uma vez que o interesse aqui prosseguido legitima a derrogação do direito à autodeterminação informativa, o responsável pelo tratamento pode realizar a operação mesmo contra a vontade do titular.
- 10) o tratamento for necessário para fins de arquivo de interesse público, para fins de investigação científica ou histórica ou para fins estatísticos (alínea j): tal como mencionado no fundamento anterior, o interesse aqui em presença origina que seja desnecessário qualquer atuação, pelo que não se requer capacidade jurídica à criança.

8. O art. 8.º do RGPD

O art. 8.º do RGPD consagra um regime específico para o consentimento das crianças, como observado *supra* o consentimento é um fundamento de licitude para o tratamento de dados. Ora, o n.º1 assenta no pressuposto que as crianças, devido à sua imaturidade encontram-se menos conscientes dos riscos que incorrem ao consentir no tratamento dos seus dados pessoais³⁵⁰. No entanto, o legislador europeu restringiu esta consideração ao campo de aplicação material dos "serviços da sociedade da informação"

³⁵⁰*Ibidem*, p.191.

que são oferecidos "diretamente" a uma criança. Neste âmbito, o tratamento de dados pessoais é lícito quando a criança tiver pelo menos dezasseis anos de idade, e tiver dado o seu consentimento; enquanto que, quando a criança tiver idade inferior, o consentimento deve ser prestado pelo titular das RP. Por sua vez, o n.º2 consagra que o Responsável pelo tratamento deve verificar o efetivo consentimento. Já, o n.º3, como observado *supra*, dispõe que, independentemente do consentimento prestado no n.º1, o direito contratual dos EM mantém a sua aplicação.

Assim, o art. 8.º, n.º1, estabelece os 16 anos como idade subsidiária, uma vez que consagra uma cláusula de abertura que permite aos EM optar por uma idade inferior, mas limitada aos 13 anos como um mínimo de salvaguarda³⁵¹ do princípio do interesse superior, bem como de salvaguarda da participação, audição e respeito pelas opiniões das crianças. O legislador português optou na LE, no art. 16.º, n.º1, pelos 13 anos como a idade em que à criança será reconhecida capacidade para consentir no tratamento dos seus dados no âmbito dos serviços da sociedade de informação.

Esta opção de um ponto de vista sistemático do direito civil não é compreensível, na parte 1 tornou-se claro que os 16 anos assumem, de forma reiterada, a idade em que às crianças é reconhecido um grau de maturidade que permite tomar uma decisão consciente. Também ficou claro que se tem reconhecido uma progressiva autonomia e que não se pode tratar de um modo igualitário um ser que tenha 6/7 anos e um ser que tenha 16/17 anos, pelo que se defendeu a consagração de um modelo gradualista.

Assim, à luz das considerações efetuadas na parte 1, seria incompatível que às crianças que se situassem na fase da adolescência fosse requerido o consentimento dos titulares das responsabilidades parentais neste âmbito.

Consideramos que não faz sentido entrar no debate que consiste em discutir qual a idade mais adequada entre a faixa de idades que o RGPD permite³⁵². Uma vez que, conforme observado na parte 1 para onde se remete, a opção por uma determinada idade não deixa de ser discricionária e não atender por completo à maturidade de cada criança, i.e., à capacidade natural. O desenvolvimento das crianças não é igualitário. Contudo, é de reconhecer que, inclusive, crianças com idade inferior aos 13 anos navegam com

³⁵¹LOPES, Inês Camarinha, *Os Dados Sensíveis...op.cit.*,p.106.

³⁵² Observe-se as críticas efetuadas por MENEZES CORDEIRO, A. Barreto, *Direito da Proteção de Dados...op.cit.*,p.194; Por sua vez, LOPES, Inês Camarinha, *Os Dados Sensíveis...op.cit.*,pp.108-114, que demonstra concordar com a consagração dos 13 anos.

bastante intensidade na internet³⁵³. Não obstante, os diversos perigos que existem para os mais novos serem conhecidos e não se circunscreverem à questão da proteção de dados.

Acrescendo que as crianças no mundo digital são cada vez mais astutas, criando diversos mecanismos e artifícios para contornar as restrições de idade e a necessidade de consentimento por parte dos titulares, existindo inclusive pais que auxiliam as crianças a contornar esta limitação etária³⁵⁴. Este é um fenómeno que se tem verificado, especialmente, nos EUA, devido à legislação aplicável à recolha *online* de informações pessoais das crianças com idade inferior aos 13 anos- The Children's Online Privacy Protection Act 1998 (COPPA)³⁵⁵- que exige o consentimento parental neste âmbito. Considera-se que a legislação encoraja fraudes, no sentido de ocultar a verdadeira idade das crianças³⁵⁶.

A prorrogação da idade para consentir neste âmbito, para além de restringir a autonomia das crianças, poderia originar consequências nefastas para o responsável pelo tratamento, com consequentes consentimentos inválidos.

As crianças dos 13 aos 16 anos são efetivamente um dos grandes grupos que circula livremente pela internet, raramente com a supervisão de um adulto³⁵⁷. Pelo que o exercício de compreender que idade, efetivamente, será a mais apropriada não é fácil.

Uma idade mais elevada de consentimento favorece os direitos de proteção e uma idade mais baixa favorece os direitos de participação e a autonomia da criança. A determinação de um equilíbrio entre estes dois fatores, tem dividido a comunidade europeia. Assim, há países que tal como Portugal fixam a idade em 13 anos, porém a maioria fixa em limites superiores que se dividem sobre todas as idades até ao limite dos 16 anos (i.e. fixando a idade de consentimento quer nos 14, 15 ou 16 anos)³⁵⁸. Como será perceptível este facto exige que o responsável tenha em conta os diversos direitos nacionais dos EM e encete esforços para permitir que em cada país que oferece serviços da sociedade da informação respeite as idades de consentimento.

³⁵³MAGRIÇO, Manuel Aires, *A Proteção de dados...op.cit*, p. 23.

³⁵⁴*Ibidem*.

³⁵⁵Disponível em <https://www.ecfr.gov/current/title-16/chapter-I/subchapter-C/part-312>.

³⁵⁶MAGRIÇO, Manuel Aires, *A Proteção de dados...op.cit*, p. 23.

³⁵⁷Inclusive antes dos 12 anos, como se retira do Cyber Safe Ireland, *Keeping Kids Safer Online Online. Safety. Matters.*, Relatório do ano letivo 2022-2023, p.10. 31% das crianças com idades 8-12 anos afirmaram ter acesso sem restrições, aumentando significativamente para 73% entre os 12-16 anos. Além disso, 15% das crianças de 8-12 anos afirmaram não ter "quaisquer regras" sobre quando e onde estão em linha, o que aumentou para 23% nas idades 12-16 anos.

³⁵⁸ Para uma descrição pormenorizada, MILKAITE, I., LIEVENS, E., *Status quo regarding the child's article 8 GDPR age of consent for data processing across the EU*, Article Better Internet for Kids Portal, 2019.

Ora, como consequência, não existe um limite de idade coerente e uniforme no Sistema Digital Europeu³⁵⁹. Estes padrões de idade inconsistentes em toda a UE, não só prejudicam a tão esperada harmonização, mas também mantêm desafios significativos para as empresas que fornecem serviços internacionais, exigindo um esforço por parte dos responsáveis, a que acresce elevados custos e tempo. Deste modo, o que aqui se critica não é a idade escolhida, mas antes esta esquizofrenia legislativa³⁶⁰. Não se podendo olvidar que um dos princípios que o RGPD também prossegue é a livre circulação de dados dentro dos EM. Como Livingstone³⁶¹ coloca em evidência as razões para decisões tão diferentes sobre a idade de consentimento, faz parecer que as crianças amadurecem a ritmos diferentes em toda a Europa, apesar de existir poucas evidências nesse sentido. Criticando-se o facto de não terem recorrido à opinião das crianças, como seria expectável através do art. 12.º da CDC³⁶². O que parece mais provável é que na Europa os países variam cultural e politicamente na forma como avaliam os direitos das crianças à proteção e à participação³⁶³.

A complexidade desta fixação decorre, assim, das conceções de infância, incluindo as ideias sobre as necessidades e capacidades das crianças e a forma como estas mudam com o desenvolvimento³⁶⁴; na parte 1 foi efetuada uma aproximação ao entendimento do ordenamento português quanto ao estatuto da criança. O resultado é uma notável falta de harmonização em toda a Europa, que afeta tanto as crianças como as empresas, em contraste com os EUA, em que há uma só idade, 13 anos³⁶⁵.

Todavia, a questão em que se deve centrar a comunidade é antes em saber como aplicar o RGPD para garantir a segurança e não propriamente na idade específica em que as crianças podem consentir³⁶⁶. Assim, fará sentido discutir se este regime se compatibiliza com as necessidades efetivas das crianças, mormente em relação à sua proteção e reconhecimento de uma progressiva autonomia, quer em relação às crianças cujo consentimento é prestado pelos responsáveis parentais, quer quanto às crianças a que é reconhecida capacidade para prestar consentimento.

³⁵⁹KOSTA, E., MACENAITE, M., *Consent for processing...op.cit.*,p.167.

³⁶⁰*Ibidem*; e, European Data Protection Board, *Guidelines 05/2020 on consent under Regulation 2016/679*, Version 1.1, 2020, p.31, de que os estados devem harmonizar a legislação.

³⁶¹LIVINGSTONE, S., *Children: a special case for privacy?*, InterMEDIA, vol.46, no.2, 2018, p.20.

³⁶²*Ibidem*.

³⁶³*Ibidem*.

³⁶⁴KOSTA, E., MACENAITE, M., *Consent for processing...op.cit.*,p.151.

³⁶⁵*Ibidem*; e, LIVINGSTONE, S., *Children: a special...op.cit.*, p.21.

³⁶⁶LIVINGSTONE, S., *Children: a special...op.cit.*, p.21.

8.1 O consentimento

O consentimento é definido no art. 4.º, n.º11 do RGPD como uma “*manifestação de vontade livre específica informada e explícita, pela qual o titular dos dados aceita, mediante declaração ou ato positivo inequívoco, que os dados pessoais que lhe dizem respeito sejam objeto de tratamento*”. Uma das principais garantias de proteção dos dados pessoais é a necessidade de, por princípio, o titular ter de manifestar a sua concordância com o tratamento dos seus dados, o que demonstra a natureza intrinsecamente pessoal e única dos dados pessoais.

As condições gerais aplicáveis ao consentimento encontram-se consagradas no art. 7º do RGPD. Nos termos do art. 7.º, n.º3 do RGPD, o consentimento pode ser a qualquer momento retirado, cabendo ao responsável pelo tratamento informar os titulares de dados que este consentimento é revogável e oferecer-lhes maneiras de o fazer facilmente³⁶⁷. Sendo, igualmente, da responsabilidade do responsável pelo tratamento demonstrar que o titular consentiu no tratamento dos seus dados pessoais, art. 7.º, n.º1 do RGPD.

Em linhas gerais o regime do consentimento possui as seguintes características³⁶⁸:

- 1) apenas será válido se for livre, específico e informado, cabendo ao responsável pelo tratamento demonstrar que o consentimento foi prestado validamente (art. 7º, n.º1 do RGPD);
- 2) O titular pode a qualquer momento retirar o consentimento (art. 7º, n.º3 do RGPD);
- 3) no caso das crianças, o consentimento encontra-se dependente dos titulares das responsabilidades parentais (art. 8º do RGPD);
- 4) tratando-se de dados sensíveis, o consentimento deve ser explícito (art. 9º, n.º1, al.a) RGPD);
- 5) a obtenção do consentimento agrava os deveres dos responsáveis pelo tratamento e, conseqüentemente, as competências das entidades de supervisão.

Neste âmbito, analisaremos, sucintamente, os requisitos para que o consentimento se considere válido:

- 1) Manifestação de vontade- esta terá de ser interpretada à luz do regime do negócio jurídico do CC³⁶⁹, pelo que comporta dois elementos: a vontade humana; e a exteriorização dessa vontade através de uma declaração;

³⁶⁷RAMOS, Mariana, *O consentimento do titular de dados no contexto da Internet*, Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisbon Law Review, vol.LXIII, 2022, p.669.

³⁶⁸MENEZES CORDEIRO, A. Barreto, *Direito da Proteção de Dados...op.cit.*, p.170-171.

³⁶⁹*Ibidem*, p.172.

- 2) Livre- pressupõe uma escolha genuína, o titular deve poder recusar o consentimento sem qualquer prejuízo³⁷⁰, pelo que deve estar ciente de todas as implicações do consentimento³⁷¹. A coação ou obrigação sob qualquer forma invalidará o consentimento, pelo que todos os condicionamentos à liberdade do titular devem ser considerados³⁷². O RGPD consagra, ainda, que para que o consentimento se considere livre este não deve estar agrupado à prestação de um serviço, quando não for necessário para a execução desse serviço ou contrato (cfr. art.7º, n.º4). A existência de um desequilíbrio de posições pode originar a invalidade do consentimento (considerando 43), recusa-se a tese que considera que se trata de uma presunção que inquina, desde logo, a prestação do consentimento³⁷³, devendo antes ser aferida num sentido probabilístico³⁷⁴;
- 3) Específica- para cumprir com este elemento o responsável pelo tratamento deve aplicar³⁷⁵: (i) especificação em função da finalidade, em concordância com o art. 5º, n.º1, al.b) do RGPD; (ii) granularidade nos pedidos de consentimento, i.e., identificar e autonomizar as várias finalidades, permitindo ao titular consentir individualmente para cada um deles; e (iii) separação clara entre as informações relacionadas com a obtenção de consentimento para atividades de tratamento de dados e as informações sobre outras questões, no sentido de que o titular deve deter toda a informação; iv) especificação dos dados, o titular deve consentir para dados pessoais determinados e nunca para todos os seus dados³⁷⁶;
- 4) Informada- todas as informações relativas ao tratamento devem estar disponíveis para o titular, devendo ser prestada de modo completo, verdadeiro, atual, claro e objetivo³⁷⁷. Requerendo que o titular dos dados seja capaz de compreender para

³⁷⁰RAMOS, Mariana, *O consentimento...op.cit.*,p.679.

³⁷¹*Ibidem*, p.680; e, BREEN, S., OUAZZANE K., PATEL. P., *GDPR: Is your consent valid?*, Business Information Review, vol.37, I.1, 2020, p.22.

³⁷²European Data Protection Board, *Guidelines 05/2020...op.cit.*,p. 9.

³⁷³ Neste sentido *vide* PINHEIRO, Alexandre S., (coord.), *Comentário ao Regulamento Geral de Proteção de Dados*, Almedina, 2018, p.168.

³⁷⁴LOPES, Inês Camarinha, *Os Dados Sensíveis...op.cit.*, p.121; MENEZES CORDEIRO, A. Barreto, *Direito da Proteção de Dados...op.cit.*, p.178.

³⁷⁵European Data Protection Board, *Guidelines 05/2020...op.cit.*,p.13.

³⁷⁶Esta ultima dimensão é acrescentada por MENEZES CORDEIRO, A. Barreto, *Direito da Proteção de Dados...op.cit.*,p.182.

³⁷⁷*Ibidem*, p.183.

que serve o consentimento, quais são as implicações do mesmo e qual o risco do tratamento dos seus dados³⁷⁸;

- 5) Inequívoca- deve clarificar-se que o recurso à expressão “explícita” resultou de uma falha na versão portuguesa do RGPD, que traduziu erroneamente a expressão “*unambiguous*”, pelo que se deve efetuar uma interpretação corretiva no sentido de ser substituída pela expressão “inequívoca”³⁷⁹. Neste sentido, nos dados pessoais “regulares” não se exige uma forma especial, a manifestação do consentimento pode ser de forma implícita ou explícita, através de qualquer forma seja esta oral ou escrita, não tendo, porém, relevância o silêncio (cfr. Considerando 32 do RGPD).

Bem sabemos que a maioria das pessoas não lê as condições *online*, ou os ditos *cookies*³⁸⁰, para além de não possuírem a capacidade ou conhecimentos para compreender, no entanto, o simples facto de aceitarem constitui um consentimento válido³⁸¹.

8.1.1 Pelos titulares das responsabilidades parentais

No caso de a criança ter uma idade inferior a 13 anos é requerido o consentimento aos titulares das RP (art.8.º, n.º 1 do RGPD e 16.º, n.º1 da LE). O responsável pelo tratamento deve desenvolver todos os esforços, nos termos do art. 8.º, n.º 2, para garantir que o consentimento foi prestado pelo titular das RP.

Neste âmbito, as questões que se colocam centram-se no modo de aferir que o titular é uma criança com idade inferior aos 13 anos e como garantir que são os titulares das RP que prestam o consentimento.

³⁷⁸BREEN, S., OUAZZANE K., PATEL. P., *GDPR: Is your...op.cit.*,p.22; e, European Data Protection Board, *Guidelines 05/2020...op.cit.*, p.14, determinando requisitos mínimos de conteúdo para um consentimento informado.

³⁷⁹Considerando 32 do RGPD e MENEZES CORDEIRO, A. Barreto, *Direito da Proteção de Dados...op.cit.*,p.184.

³⁸⁰ Neste âmbito, é necessário atender à Diretiva de Privacidade Eletrónica (EPD), conhecida como a “lei dos cookies”, que complementa o RGPD, abordando aspetos cruciais sobre a confidencialidade das comunicações eletrónicas e o rastreio dos utilizadores da Internet de forma mais ampla. Previa-se que fosse substituída pelo Regulamento de Privacidade Eletrónica, em 2018, a UE não cumpriu com esse objetivo. *Vide*, a proposta em

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52017PC0010&qid=1698444635009> .

³⁸¹VOIGT, P., Bussche, A., *The EU General Data Protection...op.cit.*,p.94.

O responsável pelo tratamento deve verificar, assim, em primeiro lugar a idade do titular e se alcançar que se trata de uma criança com idade inferior a 13 anos, verificar o consentimento do titular das RP. Mas como afere o responsável a idade da criança?

É esperado que o responsável envide esforços razoáveis³⁸² para a verificação da idade, embora esta não seja uma obrigação que decorra explicitamente do RGPD, o facto é que se coaduna numa obrigação implícita para dar cumprimento ao estabelecido no art. 8º, n.º1. Pelo que o responsável terá, obrigatoriamente, de recorrer *a priori* a um tratamento de dados com fundamento de licitude no art. 6º, n.º1, al. c) do RGPD. Todavia, é necessário atender ao princípio da minimização de dados, previsto no art. 5º, n.º 1, al.c) do RGPD, que impõe que os dados pessoais recolhidos sejam “*adequados, pertinentes e limitados ao que é necessário relativamente às finalidades para as quais são tratadas*”. A exigência de um mecanismo de verificação da idade exige, necessariamente, que se tenha em atenção este princípio. Uma vez que um mecanismo mais seguro de verificação da idade irá requerer o tratamento de mais dados pessoais.

O esforço que deve ser exigido ao responsável pelo tratamento, quanto a esta aferição, dependerá de uma avaliação do próprio risco que comporta o tratamento dos dados para o qual se exige consentimento. Isto é, as medidas adotadas devem ser proporcionais à natureza e aos riscos da atividade de tratamento³⁸³. Deste modo, se a situação for de baixo risco pode ser adequado a mera solicitação ao utilizador da revelação da sua data de nascimento ou a declaração num formulário ou *checkbox* em como (não) é menor. Apesar desta solicitação aos utilizadores da indicação da idade ser facilmente ultrapassada por qualquer criança astuta, o responsável pode aceitar essa declaração sem mais verificações³⁸⁴. Acresce que, no ordenamento jurídico português, o art. 126.º do CC estabelece que se o menor usar dolo para se fazer passar por maior não tem o direito de invocar a anulabilidade. Neste sentido, o dolo é definido pela doutrina nos termos do art. 253.º, n.º1 do CC, pelo que se a criança no âmbito da aferição da sua idade recorrer a artificios e o ónus de diligência do responsável se encontrar verificado, a criança não pode vir alegar anulabilidade e o responsável encontra-se protegido³⁸⁵.

Todavia, o GT29 recomenda que quando restem dúvidas quanto à real idade, o responsável pelo tratamento deve reavaliar o mecanismo e considerar se é necessário

³⁸²European Data Protection Board, *Guidelines 05/2020...op.cit.*,p.31.

³⁸³*Ibidem*, p.32.

³⁸⁴RAMOS, Mariana, *O consentimento...op.cit.*,p.689.

³⁸⁵SOTTOMAYOR, Maria Clara, *Comentário ao art. 126.º*, in *Comentário ao Código Civil: parte geral*, (coord.) FERNANDES, L., C., PROENÇA, J., L., Universidade Católica Editora, 2014, pp.277-279.

recorrer a uma verificação alternativa³⁸⁶. Por sua vez, se o tratamento comportar um maior risco, deverá o responsável equacionar um mecanismo mais garantístico.

Se, após a verificação realizada, o responsável alcançar que a criança tem idade inferior aos 13 anos, tem de verificar o consentimento parental. O RGPD não estabelece o modo de obtenção desse consentimento, inexistindo qualquer especificação quanto aos critérios aplicáveis à obtenção do consentimento, nem os mecanismos para determinar se, efetivamente, a pessoa que consente é o titular legal das RP. Existe uma lacuna nesta matéria que assume contornos prejudiciais, quer quanto aos responsáveis pelo tratamento que se encontram sujeitos a coimas elevadíssimas (art. 83.º, n.º4, al.a) do RGPD³⁸⁷, quer quanto aos titulares destes dados, que são crianças. Assim, caberá ao responsável pelo tratamento determinar quais os mecanismos mais adequados para verificar esse consentimento, recorrendo à obtenção de uma quantidade limitada de dados de um dos pais.

Neste sentido, o GT29 recomenda a adoção de uma abordagem proporcionada, com base na harmonização do grau de esforço exigido ao responsável para esta verificação, constante no art. 8º, n.º2 do RPGD e o Princípio da Minimização³⁸⁸. A bitola de esforço é analisada casuisticamente atendendo ao critério do declaratório normal, do princípio da proporcionalidade e aos demais direitos e liberdades fundamentais invocáveis pelo responsável, como o da iniciativa económica e o princípio da livre circulação de dados na UE³⁸⁹. Alguns dos fatores a considerar são³⁹⁰: a tecnologia disponível, a natureza dos dados objeto de tratamento e o risco inerente a tal tratamento, o princípio da minimização de dados, os custos e o tempo.

Um dos mecanismos utilizados recorre a uma confirmação direta junto dos titulares das RP, através do processo DOI, que consiste em enviar um pedido de confirmação para o email do titular das RP³⁹¹, embora traga alguma segurança também não é falível. A criança pode ter acesso ao e-mail ou pode ainda facultar um e-mail que não é dos pais. Apesar destas situações serem equacionáveis deve considerar-se que a bitola de esforço exigível foi respeitada³⁹², em especial nos casos de baixo risco³⁹³.

³⁸⁶European Data Protection Board, *Guidelines 05/2020...op.cit.*,p.32.

³⁸⁷MENEZES CORDEIRO, A. Barreto, *Direito da Proteção de Dados...op.cit.*,p.202.

³⁸⁸European Data Protection Board, *Guidelines 05/2020...op.cit.*,p.32.

³⁸⁹MENEZES CORDEIRO, A. Barreto, *Direito da Proteção de Dados...op.cit.*,p.201.

³⁹⁰*Ibidem*; e, European Data Protection Board, *Guidelines 05/2020...op.cit.*,p.32.

³⁹¹VOIGT, P., Bussche, A., *The EU General Data Protection...op.cit.*,p.108.

³⁹²MENEZES CORDEIRO, A. Barreto, *Direito da Proteção de Dados...op.cit.*p. 202.

³⁹³European Data Protection Board, *Guidelines 05/2020...op.cit.*,p. 32.

Também a colocação de diversas perguntas em formato de desafio e com um nível de conhecimento que sejam difíceis de responder por uma criança, será um mecanismo que pode ser utilizado³⁹⁴. No entanto, à semelhança do anterior também a criança pode recorrer a artifícios, como a uma pesquisa na *internet*, exceto se o formulário de algum modo não permitir que se saía do mesmo.

Neste último sentido, pode verificar-se situações em que a bitola de esforço não é observada, como nos casos em que o responsável pelo tratamento se limita a colocar uma *ticking box* através da qual a criança confirma a autorização dos titulares ou a indicar na página que a consulta daquele site é proibida a menores de 13 anos³⁹⁵.

Em contrapartida, a *U.S. Federal Trade Commission*, no âmbito da COPPA sugere diversos mecanismos para verificação do consentimento parental, que na nossa opinião podem ser adequados nos casos de alto risco, já que são mecanismos que envolvem um maior tratamento de dados. Tais como³⁹⁶:

- Utilização de um cartão de crédito, cartão de débito ou outro sistema de pagamento online que notifique o titular da conta de cada transação separada;
- Telefonar para um número gratuito ou efetuar uma videoconferência com pessoal qualificado;
- Fornecer uma cópia de um documento de identificação emitido pelo governo que é verificado numa base de dados, desde que a identificação seja eliminada dos seus registos quando terminar o processo de verificação;
- Verificar uma fotografia de uma carta de condução ou outro documento de identificação com fotografia apresentado pelo progenitor e, em seguida, comparar essa fotografia com uma segunda fotografia apresentada pelo progenitor, utilizando tecnologia de reconhecimento facial.

Como possíveis medidas de verificação da idade mais robustas, tem-se, também, sugerido a análise de fatores biométricos³⁹⁷: o reconhecimento de voz/fala, que permitiria

³⁹⁴Federal Trade Commission, *Children's Online Privacy Protection Rule: A Six-Step Compliance Plan for Your Business*, 2017.

³⁹⁵MENEZES CORDEIRO, A. Barreto, *Direito da Proteção de Dados...op.cit.*,p.202; e, European Data Protection Board, *Guidelines 05/2020...op.cit.*,p.32.

³⁹⁶Federal Trade Commission, *Children's Online Privacy Protection Rule: A Six-Step Compliance Plan for Your Business*, 2017.

³⁹⁷PASQUALE, Liliana, *et al.*, *Digital Age of Consent and Age Verification: Can They Protect Children?* IEEE Computer Society, 2019, p.5.

atingir uma precisão de 85,8%, mas que pode ser pouco fiável entre os 11 e os 13 anos, devido ao início da puberdade; as características das impressões digitais, que permitiria uma precisão de 82,14% e é difícil de contornar, contudo não garante o anonimato do utilizador; as características faciais, são aferidas com recurso a um mecanismo que afere a distância entre pontos faciais, não permitirá identificar o utilizador e garante o anonimato; e a íris, através de uma câmara de infravermelhos, mas estas características são utilizadas para a identificação de pessoas, pelo que são bastante intrusivas e podem não garantir o anonimato³⁹⁸. Além disso, estes mecanismos recorrem a informações biométricas, o que coloca a questão de não existir um fundamento semelhante ao do art. 6º, n.º1, al c), no art. 9º, n.º2, uma vez que exigiria o tratamento de dados considerados sensíveis.

Em resumo, as técnicas de reconhecimento da idade que apresentam maior exatidão têm a limitação de exigirem *hardware* adicional, ou o tratamento de informação considerada sensível e de ainda, assim, poderem ser contornadas por crianças astutas, pelo que nenhum deles está em conformidade com o RGPD. No entanto, como já ficou demonstrado *supra* o facto da criança recorrer a artifícios para contornar as medidas de verificação da idade e do consentimento dos titulares das RP, tem consequências nos termos do art. 126.º do CC.

No entanto, se apesar de todos os esforços envidados, o consentimento por parte dos titulares se demonstrar falso ou inexistente e o responsável pelo tratamento tomar conhecimento, deve proceder ao apagamento dos dados³⁹⁹, em cumprimento com os deveres que lhe são exigíveis face ao estatuto de criança. Contudo, caso seja efetuada uma interpretação lata do art. 126.º do CC, esta solicitação pode ser vedada à criança, pelo que a iniciativa de proceder ao apagamento dos dados terá de partir do responsável pelo tratamento.

A nível de prova do consentimento este é um regime menos exigente em comparação com o regime geral (cfr. art. 7º, n.º1 do RGPD), visto que bastará ao responsável pelo tratamento demonstrar que envidou os esforços necessários para a verificação desse consentimento⁴⁰⁰ (cfr. art. 8.º, n.º2 do RGPD). Assim, se o responsável pelo tratamento envidou os esforços necessários, mesmo que o consentimento se revele

³⁹⁸*Ibidem*, com uma tabela de prós e contras de cada um dos mecanismos.

³⁹⁹MENEZES CORDEIRO, A. Barreto, *Direito da Proteção de Dados...op.cit.*p.203.

⁴⁰⁰RAMOS, Mariana, *O consentimento...op.cit.*,p.691; e, KOSTA, E., MACENAITE, M., *Consent for processing...op.cit.*,p.177.

falso, à luz do critério do *bom pai de família* do art. 487º, n.º2 do CC⁴⁰¹ este cumpriu em concreto com a bitola de exigência do art. 8º, n.º2 do RGPD.

Se o responsável pelo tratamento de dados, não conseguir precisar a idade ou se o consentimento parental efetivamente foi prestado e continuar a tratar os dados pessoais de crianças, é importante saber como avaliar se os esforços foram razoáveis. Caso contrário, a falta de precisão quanto aos mecanismos, origina o risco de a imprecisão da norma permitir que se torne um escudo para o seu desrespeito intencional⁴⁰². O que exigirá que se analisem os factos e circunstâncias específicos do caso, se examine a extensão das capacidades tecnológicas desse responsável para obter o consentimento parental e se, efetivamente, existiu um esforço nesse sentido⁴⁰³. O que vai ao encontro da interpretação que deve ser efetuada do art. 126.º do CC, quanto ao ónus de diligência exigido para a certificação da veracidade da afirmação prestada pela criança⁴⁰⁴.

Outra questão que aqui se suscita é o facto de que o consentimento, neste caso, é realizado em representação do filho, sendo que este não expira quando a criança atinge a idade em que adquire capacidade para consentir, pelo que existe doutrina que entende que deveria ser necessário atualizar o consentimento, devido à sua granularidade⁴⁰⁵. Este entendimento vai num sentido diferente das orientações do GT29⁴⁰⁶ que entende que, efetivamente, a criança ao atingir a idade para prestar consentimento digital, pode confirmar, modificar ou retirar o consentimento prestado pelo titular das RP; porém, se esta não agir o consentimento mantém-se como fundamento válido. Somos da opinião que a necessidade de confirmação é excessiva e exigiria que o responsável pelo tratamento tivesse o ónus de no dia em que a criança atinge essa idade (no dia do seu aniversário), ou a partir dessa data, solicitasse a confirmação do consentimento, acrescendo ao facto de que é expectável que esse consentimento tenha sido prestado de acordo com o seu superior interesse. Sendo que terá sempre ao seu alcance a possibilidade de retirar o consentimento (cfr. art. 7º, n.º3 RGPD). No entanto, entendemos que deve ser informada de que possui essa prerrogativa⁴⁰⁷.

Em suma, nem sempre é fácil compatibilizar estas verificações, que são necessárias para garantir a segurança das crianças em linha, com o espírito do princípio

⁴⁰¹ LOPES, Inês Camarinha, *Os Dados Sensíveis...op.cit.*, p.137.

⁴⁰² KOSTA, E., MACENAITE, M., *Consent for processing...op.cit.*, p.178.

⁴⁰³ *Ibidem*.

⁴⁰⁴ SOTTOMAYOR, Maria Clara, *Comentário ao art. 126...op.cit.* p.278.

⁴⁰⁵ RAMOS, Mariana, *O consentimento...op.cit.* p.688.

⁴⁰⁶ European Data Protection Board, *Guidelines 05/2020...op.cit.*, p.33.

⁴⁰⁷ *Ibidem*, p.34.

da minimização de dados. Desconhecendo-se um mecanismo que na prática permita aferir com uma certa precisão a idade da criança e a prestação do consentimento parental pelos pais, que esteja em conformidade com o próprio espírito do RGPD quanto ao tratamento de dados⁴⁰⁸. Acresce que, como observado na parte 1 diversas pessoas podem assumir o papel de titulares das RP, pelo que surge uma dificuldade de aferir em concreto se o consentimento foi prestado pelo titular legal das RP, por parte do responsável pelo tratamento.

8.1.2 Pelas crianças com idade superior a 13 anos

O reconhecimento de capacidade às crianças com idade superior a 13 anos para consentir no tratamento dos seus dados, no âmbito da oferta direta da sociedade de informação, não deve retirar-lhes a proteção que lhes é devida por serem indivíduos com menos de 18 anos, sujeitos às responsabilidades parentais. Não há que equipará-las aos adultos na prestação do seu consentimento, para efeitos de proteção dos dados. Além disso, o consentimento prestado por crianças dos 13 aos 18 anos exige especiais esforços de aferição da validade de tal consentimento. Devendo ter-se em atenção, especialmente, dois elementos do consentimento:

- i) Livre- devido à menor capacidade natural para querer e compreender o ato e as suas consequências⁴⁰⁹. A probabilidade do consentimento não ter sido prestado livremente aumenta, especialmente, por poderem ser mais influenciáveis face a condicionamentos ou pressões, cabendo ao responsável provar essa validade (cfr. art. 7.º, n.º 1 e 5.º, n.º2 do RGPD). A idade deve ser um fator a considerar quando exista um litígio no âmbito do tratamento de dados de crianças, sobretudo quando esse consentimento abranger outras intromissões para além das informações básicas⁴¹⁰.
- ii) Informado- a linguagem utilizada deve ser clara e simples, de um modo acessível e de fácil compreensão para este universo de titulares. Esta é uma exigência que decorre dos deveres de informação (cfr. art. 13.º e 14.º do RGPD), pelo que para que se observem exige-se que a informação seja adaptada para este tipo de titulares.

⁴⁰⁸KOSTA, E., MACENAITE, M., *Consent for processing...op.cit.*,p.181.

⁴⁰⁹LOPES, Inês Camarinha, *Os Dados Sensíveis...op.cit.*,p.120.

⁴¹⁰*Ibidem*.

Portanto, a grande questão que aqui se coloca é a garantia do cumprimento do dever de informação e respetiva compreensão das informações por este grupo, pelo que se deve equacionar que as informações sejam prestadas através de esquemas ou vídeos em que se explique de uma maneira educacional e informativa em que consistirá o seu consentimento.

Neste âmbito, embora se reconheça capacidade de consentimento, esta é independente do desenvolvimento individual de uma criança, pelo que os titulares das RP devem manter os seus poderes-deveres de vigilância e, de acordo com a autonomia que deve ser reconhecida a cada criança, monitorizar os consentimentos prestados e alertá-los para os riscos.

O reconhecimento desta capacidade coloca em ênfase a necessidade de um aumento da literacia digital através da adoção de um plano de educação digital⁴¹¹, quer para os mais novos, quer para os pais e educadores. Resta realizar uma pequena nota de que existe quem defenda que o critério para que a criança consinta não deve ser fixado em função da idade, mas antes tendo em conta a formação e/ou informação que este detém sobre dados pessoais⁴¹². Uma vez que as crianças desconhecem os verdadeiros riscos e implicações que estão subjacentes ao consentimento, pelo que deviam ter uma formação adequada⁴¹³. E só perante essa formação devidamente acreditada, podiam consentir. Ora, a defesa deste critério levanta inúmeras questões, quer quando à acreditação da formação, quer quanto à valoração desse conhecimento pelos responsáveis pelo tratamento⁴¹⁴. Colocando, igualmente, em ênfase que a maioria dos adultos também não possui conhecimentos suficientes, pelo que se o objetivo seria evitar um consentimento sem formação, a exigência do consentimento aos titulares das RP que, na maioria das vezes, não possuem esses conhecimentos redundaria na mesma situação.

8.2 Campo de aplicação material

O art. 8º do RGPD encontra-se materialmente limitado à oferta direta de serviços da sociedade de informação. A circunscrição a este campo resulta das preocupações relacionadas com a vulnerabilidade das crianças no espaço digital⁴¹⁵, em especial devido à sua presença nas redes sociais.

⁴¹¹A Comissão Europeia estabelece um Plano de Ação para a educação digital 2021-2027 para redefinir a educação na era digital.

⁴¹²DÍAZ, Raquel, *La protección de los datos del menor...op.cit.*,p.86.

⁴¹³*Ibidem.*

⁴¹⁴*Ibidem.*

⁴¹⁵MENEZES CORDEIRO, A. Barreto, *Direito da Proteção de Dados...op.cit.*p.196

O conceito de “serviço da informação” encontra-se definido no art. 4º, n.º 25 do RGPD, que, por sua vez, remete para a definição constante na Diretiva n.º 2015/1535.

Considera-se que a definição comporta cinco elementos⁴¹⁶:

- i) uma prestação: as prestações secundárias ou não nucleares para o serviço prestado não relevam⁴¹⁷;
- ii) normalmente mediante remuneração: não se exige que a contraprestação seja monetária, bastando que se trate de uma relação comercial em sentido amplo⁴¹⁸. Este entendimento é compreensível, a maioria dos serviços oferecidos na sociedade da informação não exigem diretamente uma remuneração aos utilizadores, como as redes sociais, jogos em linha, sítios de entretenimento ou serviços de mensagens instantâneas⁴¹⁹. Muitos deles são, inclusive, gratuitos, porque possuem como contraprestação os dados pessoais dos utilizadores⁴²⁰. Assim, uma atividade financiada através de publicidade também será considerada como remunerada, mesmo que a remuneração não provenha diretamente do utilizador⁴²¹;
- iii) realizada à distância;
- iv) por via eletrónica; e,
- v) mediante o pedido individual do destinatário do serviço.

Este regime acrescenta que materialmente só se aplicará no âmbito de serviços de informação “oferecidos diretamente às crianças”. A intenção do legislador é de criar um regime específico de proteção dos serviços que tratam dados pessoais de crianças, porém a interpretação deste requisito é complexa⁴²².

Na prática, os serviços dirigidos às crianças constituem apenas uma pequena parte dos serviços a que podem aceder. As questões prendem-se com os serviços que são oferecidos a uma audiência geral. Atente-se que, atualmente, os sites mais populares entre as crianças, incluem, por exemplo, o YouTube, Facebook, Instagram, WhatsApp, TikTok e Google, ora, estes *websites* não são direcionados especificamente a crianças. Muitos

⁴¹⁶*Ibidem*, pp.196-197.

⁴¹⁷Acórdão do TJUE 20-dez-2017, proc. C-434/15(Nowak).

⁴¹⁸KOSTA, E., MACENAITE, M., *Consent for processing...op.cit.*,p.170.

⁴¹⁹BOUCHAGIAR, G., BOTTIS, M., *Defending children's...op.cit.*,p.33.

⁴²⁰LOPES, Inês Camarinha, *Os Dados Sensíveis...op.cit.* pp.45-51.

⁴²¹VERDOODT, Valerie, LIEVENS, Eva, *Looking for needles in a haystack: Key issues affecting children's rights in the General Data Protection Regulation*, Computer Law&Security Review, vol.34., 2, 2018, p.272.

⁴²²KOSTA, E., MACENAITE, M., *Consent for processing...op.cit.*,p.172.

desses *websites* afirmam nos termos de utilização que os seus serviços não se destinam a menores de 13 anos. Porém, na prática, as crianças mentem sobre a sua idade e são, de facto, utilizadores⁴²³. Como resultado, são tratados como adultos e recebem as mesmas informações e configurações de privacidade, sem qualquer consideração sobre os riscos no ambiente *online*.

Assim, deve considerar-se que se encontram abrangidos os serviços que têm como público-alvo um universo indiferenciado. Uma conclusão contrária levaria a um esvaziamento da norma, na medida que a maioria dos serviços prestados online é direcionado para todos os utilizadores independentemente da idade, pelo que é neste âmbito que a verificação de idade assume maior relevância. Neste âmbito, poderá ser interessante analisar as recentes orientações emitidas pela ICO⁴²⁴, a propósito dos fatores que podem indicar que os serviços serão provavelmente acedidos por crianças, apesar desse serviço não ser direcionado às mesmas devem aplicar-se medidas baseadas na idade para restringir o acesso ao serviço. Demonstra-se que o critério é o da natureza da oferta e não do serviço subjacente⁴²⁵, por conseguinte, não se encontram abrangidas ofertas de serviços, que apesar de relacionados com crianças, como o *babysitting*, tenham os adultos como destinatários. A este respeito, encontrando-se claro que os seus serviços são direcionados a adultos e se concluir que não existe probabilidade que crianças acedam, o art. 8.º não é aplicável⁴²⁶.

No entanto, uma das questões que aqui se levanta prende-se, precisamente, com os serviços direcionados a adultos, como os *websites* de apostas online, de venda de álcool ou tabaco. Estes serviços não são de todo direcionados a crianças, nem se inserem nos serviços que serão provavelmente acedidos por crianças. Assim, os responsáveis não são obrigados a observar o art. 8.º, devendo, contudo, manter claro que os serviços se destinam exclusivamente a maiores de idade. Observa-se, assim, que os *websites* destes serviços recorrem a um aviso inicial em que indicam que os serviços são destinados a maiores de idade e, alguns deles, requerem a indicação da data de nascimento ou da idade⁴²⁷. No entanto, existe uma impossibilidade de garantir que esses serviços não são

⁴²³*Ibidem*.

⁴²⁴Information Commissioner's Office, *Likely to be accessed Impact assessment*, Children's Code, 2023.

⁴²⁵MENEZES CORDEIRO, A. Barreto, *Direito da Proteção de Dados...op.cit.*,p.199.

⁴²⁶European Data Protection Board, *Guidelines 05/2020...op.cit.*,p.31.

⁴²⁷Basta realizar uma pesquisa na *internet* sobre esses serviços para comprovar, a título de exemplo: <https://pt.iqos.com/pt> (no dia 09/10/2023)

accedidos por menores⁴²⁸, pelo que caberá aos pais no âmbito dos seus poderes-deveres manterem-se em vigilância.

Por sua vez, quando os serviços forem oferecidos diretamente às crianças e destinarem-se a estas, importa considerar sempre a necessidade de consentimento parental (como o "messenger kids"⁴²⁹ do Facebook, concebido para crianças com idade inferior aos 13 anos).

9. Efetiva proteção das crianças enquanto titulares de dados pessoais?

A Diretiva n.º 95/46/CE não mencionava a palavra "crianças", nem sequer equacionava um regime diferenciado para as crianças, por conseguinte, tratava igualmente adultos e crianças. No entanto, à medida que as crianças se tornaram utilizadores ávidos das tecnologias, a atenção foi dirigida para a necessidade de reforçar o seu direito à proteção de dados pessoais.

Ora, apesar de também o RGPD não definir o conceito de criança, o entendimento é que será todo o ser humano com idade inferior a 18 anos⁴³⁰, exceto se tiver adquirido a maturidade legal antes dessa idade⁴³¹. Era esta a definição que constava na proposta⁴³², mas cuja referência foi eliminada.

Neste sentido, existe doutrina que considera que não faz sentido a distinção entre a capacidade dos 13 anos para o consentimento e os 18 anos para o exercício dos restantes direitos, pelo que considera que a idade de consentimento (13 anos) deverá ser a idade em que a criança adquire a maioridade no âmbito do RGPD⁴³³. Embora se compreenda a defesa desta tese, porque se uma criança pode consentir nos termos do art.8º, também deveria poder exercer por si, por exemplo, o direito à retificação nesses termos. No entanto, tal defesa só faria sentido se circunscrita aos dados recolhidos no âmbito de aplicação do art. 8º, não entendida como a idade em que o RGPD atribui maioridade às crianças. A realidade é que considerar que a partir dos 13 anos qualquer criança teria capacidade e autonomia no âmbito do direito à proteção de dados, desprotege a mesma.

⁴²⁸Veja-se a notícia do dia 15/03/2023, Jornal de Notícias Online, em que se adianta que há cada vez mais crianças a jogar online a dinheiro. (<https://www.jn.pt/nacional/criancas-com-13-anos-ja-jogam-a-dinheiro-online--16004221.html/>)

⁴²⁹<https://messengerkids.com/>

⁴³⁰MENEZES CORDEIRO, A. Barreto, *Direito da Proteção de Dados...op.cit.*,p.194 e BOUCHAGIAR, G., BOTTIS, M., *Defending children's...op.cit.*,p.32.

⁴³¹Parecer n.º 2/2009 sobre a protecção dos dados pessoais das crianças, adotado em 11 de fevereiro de 2009, pelo Grupo de trabalho de protecção de dados do art.29º.

⁴³²O considerando 38 da proposta indicava que se devia recorrer à definição estabelecida na CDC.

⁴³³SAMANIEGO, J. Sempere, *Comentarios prácticos a la Propuesta de Reglamento de Protección de Datos de la Unión Europea*, 2013,p.129-139.

A consagração de uma idade inferior aos 18 anos para o consentimento nos serviços da sociedade de informação, prende-se com o facto de serem os serviços que as crianças mais utilizam, cuja exigência de controlo e consentimento parental poderia ser excessiva, esquartejando a autonomia da criança. Pois, poderia exigir-se o consentimento parental para o simples *download* de uma aplicação, o que teria como consequência um efeito inverso, pois abriria portas para mais mentiras quanto à idade do utilizador. Pelo que deve prevalecer a orientação de que criança é qualquer indivíduo com menos de 18 anos e o art. 8º consagra uma “maioridade especial” à luz do nosso sistema jurídico, pelo que os 18 anos serão regra geral a idade a atender no RGPD⁴³⁴.

Conforme resulta do considerando n.º 38, “*as crianças merecem proteção especial quanto aos seus dados pessoais, uma vez que podem estar menos cientes dos riscos, consequências e garantias em questão e dos seus direitos relacionados com o tratamento dos dados pessoais*”. Consequentemente, para além do art.8º, o RGPD aparenta reconhecer um Princípio geral de especial proteção das crianças, manifestando em diversos preceitos preocupações com a vulnerabilidade das crianças (todos do RGPD):

- art. 6.º, n.º1, f)– em que indica que a proteção de dados deve ser atendida em especial se o titular for uma criança, *supra* já tivemos a oportunidade de desconstruir o preceito;
- art. 12º, n.º1- consagra o princípio da transparência, que oferece indicações para o modo como o dever de informação e de comunicação devem ser prestados pelo responsável pelo tratamento; este deve atender ao facto do titular ser uma criança para que transmita as informações de um modo mais claro, simples e adaptado. Na realidade, apenas coloca em evidência o que é necessário e expectável para que uma criança se considere informada e o responsável cumpra com o seu dever (cfr. considerando 58);
- art. 17.º, n.º1, al.f)- o direito ao esquecimento⁴³⁵ das informações recolhidas no âmbito do consentimento do art 8.º, ressalta-se que os adultos também têm este direito ao retirar o seu consentimento (cfr. 17.º, n.º1, al.b). No entanto, o enfãse colocado nesta norma prende-se com o facto do consentimento ter sido prestado enquanto seres em desenvolvimento, sem plena consciência dos riscos que o tratamento implicava e mais tarde quando adquirem essa consciência quererem

⁴³⁴MAGRIÇO, Manuel Aires, *A Proteção de dados...op.cit.*,p.27.

⁴³⁵Sobre este direito: MENEZES CORDEIRO, A. Barreto, *Direito da Proteção de Dados...op.cit.*,p.282.

suprimir esses dados da internet (cfr. considerando 65). Assim, a possibilidade de apagar certas informações, permite que as informações com as quais já não se identificam deixem de lhe ser associadas. É uma medida que vem proteger as atuações realizadas pela criança antes de atingir a maioridade, permitindo evitar a geração de perfis desde idades precoces⁴³⁶. Embora se suscitem dúvidas interpretativas⁴³⁷, o preceito parece ser invocável:

- quer pelos titulares das responsabilidades parentais, quando tenham sido estes a consentir e a criança ainda não tenha 13 anos;
- quer pela própria criança quando atinge os 13 anos, apesar do consentimento ter sido prestado pelo titular das responsabilidades parentais;
- quer quando o consentimento havia sido prestado pela criança com pelo menos 13 anos e subseqüentemente, retira o consentimento.

Contudo, deve entender-se que o direito ao esquecimento pode ser invocado sempre que a criança atinja a maioridade quanto às restantes alíneas do art. 17º, n.º1, mesmo que esse tratamento tenha sido efetuado enquanto as mesmas possuíam idade inferior aos 18 anos. Porém, como ficou demonstrado existem situações em que ao menor é reconhecida capacidade para consentir nos termos dos direitos nacionais, pelo que, nesse caso, também poderá retirar o consentimento, a questão que aqui se coloca é a idade requerida para que a criança exerça esse direito, se só ao completar os 18 anos ou antes, uma vez que já possuía a capacidade para consentir. Cremos que deverá, nesse caso, ser permitido à criança capacidade para exercer esse direito antes de completar os 18 anos;

- art. 40.º, n.º2, al.g)- o responsável pelo tratamento **pode** elaborar códigos de conduta sobre “*as informações prestadas às crianças e a sua proteção, e o modo pelo qual o consentimento do titular das responsabilidades parentais da criança deve ser obtido*”. Para além de ser facultativo, o n.º4 do mesmo artigo consagra apenas que devem prever procedimentos que permitam efetuar a supervisão obrigatória do cumprimento das suas disposições, por parte dos responsáveis pelo tratamento ou subcontratantes que se comprometam a aplicá-lo. Observa-se que um número crescente de *Internet Service Providers* têm adotado códigos de conduta numa tentativa de regular a distribuição de material de violência sobre

⁴³⁶DÍAZ, Raquel, *La protección de los datos del menor...op.cit.*,p.101.

⁴³⁷MENEZES CORDEIRO, A. Barreto, *Direito da Proteção de Dados...op.cit.*,p. 280.

crianças e comercialização de dados pessoais de criança, no sentido de monitorizarem e reportarem os conteúdos relacionados com violência contra crianças, especialmente de exploração sexual, às autoridades de investigação⁴³⁸. Durante este ano(2023), a UE criou um grupo especial para proceder ao desenvolvimento de um código de conduta adequado à proteção das crianças⁴³⁹.

- art. 57.º, n.º1, al.b)- a autoridade de controlo tem como atribuição promover “*a sensibilização e a compreensão do público relativamente aos riscos, às regras, às garantias e aos direitos associados ao tratamento. As atividades especificamente dirigidas às crianças devem ser alvo de uma atenção especial*”- tratam-se de campanhas de sensibilização, mas, mais uma vez, inexistente uma concretização.

Assim, em relação às crianças o RGPD não se refere uma única vez a uma proteção específica ao tratamento dos dados pessoais das crianças, mas parte sempre do princípio de especial proteção⁴⁴⁰. Neste âmbito, aparenta consagrar uma proteção, mas na prática e na realidade, não especifica em que se deve materializar essa proteção.

Face às expectativas criadas em torno do art. 8º a norma dececiona e é criticada por se considerar pouca ambiciosa⁴⁴¹, entendendo-se que deveria ter abrangido outras questões, entendimento que partilhamos. Por exemplo, definindo mecanismos de controlo que os responsáveis pelo tratamento podiam aplicar para assegurar uma navegação segura; e, aprofundar o dever de informação a que os responsáveis se encontram adstritos⁴⁴², para que as crianças recebam uma informação suficiente e não como ocorre na prática que essa informação é insuficiente e incorreta⁴⁴³. Acresce o facto, conforme explicitado *supra*, de a norma não especificar os critérios para aferir que os responsáveis pelo tratamento cumpriram com o esforço que lhes é exigível quanto à averiguação da idade e do respetivo consentimento parental. O que deixa as crianças sujeitas às considerações arbitrarias dos prestadores de serviços, se não existir um controlo efetivo por parte das autoridades de proteção de dados, que como será enfatizado *infra* os prestadores têm especial interesse no tratamento de dados, quer para efeitos de *marketing*, quer para efeitos de comercialização com um enorme retorno financeiro.

⁴³⁸MAGRIÇO, Manuel Aires, *A Proteção de dados...op.cit.*p.28.

⁴³⁹Como se pode observar no seu *website* oficial: <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/policies/group-age-appropriate-design>.

⁴⁴⁰DÍAZ, Raquel, *La protección de los datos del menor...op.cit.*,p.93.

⁴⁴¹*Ibidem*.

⁴⁴²MAGRIÇO, Manuel Aires, *A Proteção de dados...op.cit.*,p.23.

⁴⁴³DÍAZ, Raquel, *La protección de los datos del menor...op.cit.*,p.98.

Demonstrativo da falta de compromisso com a proteção dos dados das crianças, são as diversas notícias que dão conta de aplicações de coimas aos prestadores de serviços da sociedade de informação. Por exemplo, a entidade reguladora de privacidade de dados da Irlanda, iniciou uma investigação contra o TikTok⁴⁴⁴ por violação das normas de tratamento de dados pessoais, nas quais se incluía os dados das crianças, onde para criar conta é preciso ter pelo menos 13 anos e passar pela verificação de idade. O regulador iniciou a investigação devido a preocupações relacionadas o tratamento de dados pessoais dos “utilizadores crianças” (13-17 anos), especificamente em relação ao registo como utilizador e verificação da idade, às definições da plataforma e transparência. Em conjunto com a EDPB⁴⁴⁵ concluiu que o TikTok não cumpria com diversas normas do RGPD. Pelo que em setembro de 2023, na sua decisão final, aplicou uma coima nos termos do art. 52.º e 83.º do RGPD no valor de 345 milhões de euros. Constatando que a eficácia das medidas de verificação de idade, para impedir o acesso a crianças com menos de 13 anos, podiam ser facilmente contornadas, pelo que os elementos disponíveis não permitiam concluir de forma conclusiva a conformidade do TikTok com o art. 24.º e 25.º do RGPD. I.e., de que não tinha adotado medidas técnicas e organizativas adequadas para garantir e demonstrar que o tratamento estava em conformidade com o art. 24.º, uma vez que não avaliou o risco específico para as crianças menores de 13 anos. Por sua vez, em relação à transparência concluiu que não fornecia às crianças informação sobre o âmbito e as consequências do tratamento "public-by-default" de um modo transparente em concordância com art. 12.º do RGPD.

Ora, como será perceptível, apesar das normas em si não apresentarem, nem referências às crianças, nem mencionarem instruções quanto ao modo de avaliação do risco. Exige-se que os prestadores destes serviços tenham em consideração a especial proteção que as crianças merecem. Neste sentido, somos levados a crer que, enquanto o RGPD peca por não possuir nenhuma norma que indique orientações quanto à especial proteção das crianças, o que deixa os responsáveis pelo tratamento sem uma noção de que medidas de proteção devem adotar, o controlo efetuado pelas autoridades reguladoras permite oferecer alguma proteção e fornecer orientações quanto ao modo como esta proteção deve na prática ser efetuada.

⁴⁴⁴Decision of the Data Protection Commission, Inquiry Reference: IN-21-9-1, in the matter of TikTok Technology Limited, de 1 de setembro de 2023.

⁴⁴⁵Substituiu em 2018 o GT29.

Pese embora se reconheça que, no âmbito da era digital, a literacia digital assume especial importância, é indiscutível que o RGPD não deve manter-se neutro quanto à recolha de dados pessoais das crianças, de modo a conferir uma proteção efetiva.

O reconhecimento explícito, em especial no considerando 38 do RGPD, de que as crianças merecem proteção especial no que respeita aos seus dados pessoais é de aplaudir. No entanto, existem poucas disposições claras que se debruçam sobre essa proteção específica e sobre a necessidade de atender ao interesse superior das crianças, tal como medidas específicas que devam ser adotadas pelos responsáveis pelo tratamento de dados para garantir uma efetiva proteção⁴⁴⁶. O resultado é que apesar do RGPD reconhecer a importância da segurança jurídica (cfr. considerando 7), na prática a sua aplicação resulta em incerteza, não só para as crianças e pais, mas também para os responsáveis pelo tratamento de dados.

Os responsáveis pelo tratamento encontram-se adstritos a deveres, pelo que se estes deveres não se encontrarem bem explícitos dificulta-se a sua aplicação e reconhecimento, é o que sucede com a consideração das crianças enquanto especiais titulares de dados.

O RGPD exige que os responsáveis pelo tratamento realizem uma *risk based approach* (abordagem baseada no risco) para determinar que medidas técnicas e organizativas são adequadas numa específica situação (cfr. art. 24.º, 25.º e 32.º do RGPD)⁴⁴⁷. O nível necessário de segurança dos dados tem de ser identificado caso a caso através de uma avaliação objetiva dos riscos que atente a todos os elementos relevantes, como a natureza dos dados, o contexto e finalidades do tratamento, tal como o possível impacto na esfera jurídica dos titulares afetados⁴⁴⁸. A análise deve centrar-se, principalmente, nos riscos potenciais e na sua gravidade, para uma tomada de decisão mais consciente, transparente e menos prejudicial para os interesses dos titulares⁴⁴⁹. Ora, pode ser identificado um risco mais significativo quando os dados pessoais das crianças são objeto de tratamento, tal como quando estão envolvidas categorias especiais de dados pessoais (cfr. considerando 75), pelo que se os dados sensíveis disserem respeito a crianças o risco será ainda mais significativo. Acrescendo que sempre que os riscos sejam elevados em relação aos direitos e liberdades dos titulares, o responsável deve realizar

⁴⁴⁶VERDOODT, Valerie, LIEVENS, Eva, *Looking for needles...op.cit.*,p.78.

⁴⁴⁷VOIGT, P., BUSSCHE, A., *The EU General Data Protection...op.cit.*,p.41.

⁴⁴⁸MENEZES CORDEIRO, A. Barreto, *Direito da Proteção de Dados...op.cit.*,p.319.

⁴⁴⁹*Ibidem*, p.320.

uma avaliação de impacto, nos termos do art. 35.º e 36.º do RGPD⁴⁵⁰. Por conseguinte, o responsável pelo tratamento deve, ainda, garantir a segurança dos dados pessoais, conforme advém do art. 32.º a 34.º, sendo uma decorrência dos princípios da integridade e confidencialidade (cfr. art. 5.º, n.º1, al.f)⁴⁵¹.

Neste sentido, para que se observe a especial proteção que às crianças deve ser conferida, exige-se que o responsável pelo tratamento considere que estes estão sujeitos a um risco mais significativo. Isto implica que, quando são tomadas decisões sobre os diferentes aspetos do tratamento de dados pessoais das crianças, deve ser adotada uma perspetiva multidimensional dos direitos das crianças, com atenção a toda a gama de direitos que são explicitamente atribuídos às crianças pela CDC⁴⁵², em especial, tendo em conta o princípio do interesse superior. As políticas de proteção de dados devem, em consequência, ser adaptadas quando um número substancial dos seus utilizadores são crianças. No entanto, esses deveres imputados aos responsáveis não fornecem linhas orientadoras deixando ao seu critério essa análise. Como observado no exemplo do TikTok, permite que os responsáveis não respeitem a especial proteção que deve ser concedida às crianças, sendo posteriormente condenados em coimas. O que é extremamente lesivo para os responsáveis pelo tratamento, mas também para as crianças cujos dados foram tratados sem observação da proteção que lhes é devida. A proteção dos dados pessoais das crianças exige que se clarifique em que se deve materializar esta proteção, pois já vimos que confiar numa justa análise efetuada pelos responsáveis é insuficiente. Para além do mais, essa clarificação e orientação permitiria aos responsáveis adaptar a sua atuação em concordância.

Em decorrência, também as medidas de segurança aplicáveis aos dados de crianças devem ser mais restritas. A violação de dados de crianças assume especial preocupação e é uma das grandes problemáticas inerentes ao mundo digital. É neste sentido que o RGPD deveria consagrar uma norma específica que exigisse de um modo expreso e não implícito, como se pode retirar de uma interpretação garantística do princípio geral de especial proteção das crianças, apertados critérios para garantir a efetiva segurança dos dados das crianças.

⁴⁵⁰*Ibidem*.

⁴⁵¹ Não se entrará aqui numa análise concreta dos deveres dos responsáveis, pois insere-se fora do tema que aqui se propõe tratar.

⁴⁵²VERDOODT, Valerie, LIEVENS, Eva, *Looking for needles...op.cit.*,p.78.

O RGPD e todos os envolvidos beneficiariam de segurança jurídica se orientações quanto à efetiva proteção que o tratamento de dados pessoais de crianças requer fossem concretizadas, sem esta clareza a proteção destes seres encontra-se sujeita ao arbítrio do responsável e a decisões subjetivas.

9.1 Profiling

Uma das preocupações que assume destaque quando nos reportamos a crianças, prende-se com as decisões automatizadas e criação de perfis (cfr. considerando 38 RGPD). O que assume especial preocupação com o fenómeno do *Big Data Analytics* que são programas inferenciais que funcionalizam prospeções em operações de tratamento exclusivamente automatizadas⁴⁵³. Embora as decisões baseadas exclusivamente num tratamento automatizado não devam dizer respeito a uma criança, conforme se retira do considerando 71, a redação do art. 22.º do RGPD relativo à definição de perfis não o reproduz, não mencionando nenhuma proteção específica às crianças⁴⁵⁴.

O grande desafio está em garantir o controlo da privacidade dos dados das crianças que disponibilizam uma série de informações na internet, em especial nas redes sociais, esta ampla disponibilização de dados é relevante para efeitos de criação de perfis (*data-profiling*). Pois, permite que através de sistemas automáticos de monitorização dos comportamentos se alcancem padrões de comportamento, hábitos e preferências dos utilizadores, onde se incluem as crianças.

A constante inovação tecnológica, com os *smartphones* cada vez mais inteligentes e o avanço da *Iot*, a tensão entre o direito à privacidade e a importância dos dados para as empresas tenderá a crescer⁴⁵⁵. Os perfis são muito valiosos para os prestadores de serviços em linha, bem como para terceiros (por exemplo, redes de publicidade), que poderão oferecer publicidade direcionada às crianças ou tomar outras decisões em relação a crianças com um determinado perfil. Trata-se de um processo complexo e em grande medida "invisível" que é muito difícil de compreender pelas crianças (ou adultos)⁴⁵⁶.

⁴⁵³REBELO, Diogo, ANALIDE, César, *Inteligência artificial na era Data-Driven*, Fórum de Proteção de dados "Privacidade das Crianças no Ambiente Digital", N°06, novembro 2019, Comissão Nacional de Proteção de Dados, p.61.

⁴⁵⁴Orientações sobre as decisões individuais automatizadas e a definição de perfis, pelo Grupo de trabalho de proteção de dados do art.29º, p.31.

⁴⁵⁵MAGRIÇO, Manuel Aires, *A Proteção de dados...op.cit.*,p.22.

⁴⁵⁶VERDOODT, Valerie, LIEVENS, Éva, *Looking for needles...op.ci.*,p.275.

Ora, foi nesse sentido que Convenção 108⁴⁵⁷ considerou que a definição de perfis(*profiling*) de crianças deve ser proibida por lei⁴⁵⁸, só em circunstâncias excepcionais os Estados poderão levantar essa restrição. Pelo que se deve considerar que apesar de não se mencionar expressamente as crianças na proibição geral consagrada no art. 22º do RGPD, estas medidas só se poderão admitir excepcionalmente e em caso algum devem afetar as crianças⁴⁵⁹. Estas decisões automatizadas são potencialmente discriminatórias e imprecisas⁴⁶⁰, pelo que o titular não deve ficar sujeito a estas decisões. O GT29⁴⁶¹ reconhece, por sua vez, que inexistente uma proibição absoluta deste tipo de tratamento relativamente às crianças, mas recomenda que os responsáveis pelo tratamento não recorram às exceções previstas no n.º2 do art. 22.º do RGPD para justificar esse tratamento.

Quer a Convenção 108, quer o GT29, consideram que as circunstâncias excepcionais que podem justificar o *profiling* são as que se fundamentem no melhor interesse da criança, i.e., no seu bem-estar⁴⁶². Nesses casos, o tratamento poderá ser efetuado com base nas exceções previstas nesse artigo. Porém, o responsável tem de garantir que aplica medidas adequadas para salvaguardar os direitos, liberdades e interesses do titular (cfr. art.22º, n.º3 do RGPD), estas devem ser ajustadas às crianças.

Consequentemente, o art. 22º do RGPD não proíbe o recurso ao *profiling*, “*desde que a decisão não produza efeitos jurídicos ou similarmente significativos na criança*”⁴⁶³. Não é claro como a avaliação destes efeitos se efetua, quer em relação à criança, quer em relação aos adultos, embora em relação a estes últimos o considerando 71 ofereça exemplos. Em qualquer caso, é necessário que a criança seja informada da exploração de perfis e das suas potenciais consequências⁴⁶⁴.

Não obstante o facto de o considerando 38 do RGPD indicar que deve ser aplicada uma proteção específica à "*utilização de dados pessoais de crianças para efeitos de marketing ou de criação de perfis de personalidade ou de perfis de utilizador*", nada se diz quanto ao modo de materializar essa proteção. Consequentemente, em termos práticos, as empresas podem continuar a criar legitimamente perfis de crianças, desde que

⁴⁵⁷Convenção 108, *Guidelines Children's Data Protection in an Education setting*, T-PD(2019)06BISrev5, 20 de novembro de 2020.

⁴⁵⁸*Ibidem*, p.19; e Committee on the Rights of the Child, *General comment No. 25 (2021) ...op.cit.*,p.7.

⁴⁵⁹DÍAZ, Raquel, *La protección de los datos del menor...op.cit.*,p.99.

⁴⁶⁰REBELO, Diogo, ANALIDE, César, *Inteligência artificial...op.cit.*,p.62.

⁴⁶¹Orientações sobre as decisões individuais automatizadas e a definição de perfis...*op.cit.*,p.31.

⁴⁶²*Ibidem*; e. Convenção 108, *Guidelines Children's...op.cit.*,p.19.

⁴⁶³Orientações sobre as decisões individuais automatizadas e a definição de perfis...*op.cit.*,p.32.

⁴⁶⁴VERDOODT, Valerie, LIEVENS, Eva, *Looking for needles...op.cit.*,p.276.

respeitem os princípios gerais de proteção de dados consagrados no regulamento e, no caso de decisões exclusivamente automatizadas, não tenham efeitos jurídicos ou outros efeitos significativos para as crianças (cfr. art. 22.º, n.º3 do RGPD).

A problemática inerente ao *profiling* e às crianças é facilmente alcançável, as crianças são seres em desenvolvimento pelo que o facto do seu perfil se encontrar definido e permitir que quando navegam na *internet* lhe sejam apresentados determinados resultados que o algoritmo entende que vão ao encontro das suas preferências, ou que sejam constantemente “bombardeados” com informação que o algoritmo entende ser do seu interesse, pode moldar a própria personalidade da criança que ainda não se encontra plenamente desenvolvida.

O *profiling* tem associado um risco de manipulação indevida, o que pode ter um impacto real e significativo em crianças que se encontram em desenvolvimento e perante a formação da sua personalidade. O impacto pode ser potencialmente negativo, prejudicando o direito das crianças à experimentação e reflexão crítica sobre as suas interações, porque podem pensar que o ambiente digital em que comunicam e exploram está livre de qualquer controlo⁴⁶⁵. Nesta perspetiva, o *profiling* e, subsequentemente, a falta de controlo inerente ao perfil que lhe é associado, prejudica o seu desenvolvimento, conhecimento e experimentação da sua própria identidade. Com base nestas conclusões, é aconselhável a adoção de medidas de transparência e, igualmente, de ações de sensibilização para as atividades de *profiling*, tanto direcionadas para as crianças como para os pais. Pelo que, neste âmbito, se deixa aos responsáveis pelo tratamento o bom-senso de realizar uma avaliação do impacto deste tratamento sobre a proteção de dados, com atenção ao interesse superior e aos direitos das crianças⁴⁶⁶.

Uma das questões que se coloca prende-se com os dispositivos da Iot que podem ser utilizados pelas crianças, inclusive os próprios *smart toys* que são direcionados às crianças, sendo objetos inteligentes a personalização da experiência é o objetivo, à medida que o dispositivo é utilizado este acumula dados sobre o seu comportamento, o que permite que através de algoritmos consiga antecipar a vontade do utilizador e tomar decisões por si. Ou seja, são dispositivos que permitem alcançar conclusões sobre a personalidade através de decisões automatizadas. O RGPD aparenta não ter em conta

⁴⁶⁵*Ibidem*.

⁴⁶⁶Através do dever do responsável denominado “*Risk based approach*”, art.24.º, 25.º, 32.º e Considerandos 75 e 91 do RGPD, *vide* MENEZES CORDEIRO, A. Barreto, *Direito da Proteção de Dados...op.cit*.p.317.

estas realidades, pelo que se considera que, em relação a este tipo de dispositivos, é "simultaneamente irrealista e profundamente paradoxal"⁴⁶⁷.

9.2 Marketing

Associado ao *profiling* surge frequentemente preocupações com o *Marketing* dirigido às crianças. As estratégias de *Marketing* crescem exponencialmente, potenciado silenciosamente a manipulação e indução de escolhas de consumo. Nomeadamente, através do *behavioural targeting*, em que se recorre à navegação online de um utilizador, de onde se revelam as suas preferências e interesses, para que lhe sejam dirigidos anúncios publicitários relacionados com essas preferências quanto a produtos e serviços⁴⁶⁸.

As crianças, por serem seres em desenvolvimento, são mais suscetíveis de serem influenciadas pela publicidade comportamental, uma vez que não possuem capacidade para compreender. Neste cenário, permite-se que as recomendações pareçam naturais, a publicidade deixa de ser uma ação de *marketing* e passa a ser uma preocupação de personalização, como as recomendações musicais do Spotify, dos *posts* que vemos no Instagram, os vídeos recomendados pelo YouTube⁴⁶⁹ ou que surgem no TikTok, e, ainda, a introdução de anúncios publicitários estimulando-os ao consumo.

Neste âmbito, a Convenção 108⁴⁷⁰ e o GT29⁴⁷¹ consideram que os responsáveis se devem abster de utilizar os dados recolhidos de crianças para definir um perfil e consequentemente direcionar-lhes *marketing*.

Ora, embora se aconselhe a não utilização de dados de crianças para efeitos de publicidade, inexistente uma proibição. Acresce que os tratamentos de dados para efeitos de *marketing* podem fundamentar-se no consentimento. Neste sentido, quando o consentimento é prestado no âmbito do art. 8º, ou nos termos do art. 9º, n.º2, al. a), poderá estar associado um consentimento “oculto” para efeitos de publicidade, pelo que a obtenção de consentimento informado assume ainda maior importância⁴⁷². A literacia digital assume, aqui, uma importância crucial, tal como o efetivo cumprimento do dever

⁴⁶⁷ZARSKY, Tal Z., *Incompatible: The GDPR...op.cit.*,p.1015.

⁴⁶⁸ CORREIA, Sérgio M. J., *Direito de Oposição à Definição de Perfis*, Anuário da Proteção de Dados 2022, coord. Francisco Coutinho e Graça Moniz, CEDIS 2022, p.198.

⁴⁶⁹FERREIRA, M., AGANTE., L., *The Use of Algorithms to Target Children while Advertising on YouTube Kids Platform: A reflection and analysis of the existing regulation*, International Journal of Marketing, Communication and New Media, 8 Social Media Marketing, 2020, p.30.

⁴⁷⁰Convenção 108, *Guidelines Children's...op.cit.*,p.22.

⁴⁷¹Orientações sobre as decisões individuais automatizadas e a definição de perfis...*op.cit.*,p.32.

⁴⁷²Parecer 2/2010 sobre publicidade comportamental em linha, adotado em 22 de junho de 2010, pelo Grupo de trabalho de proteção de dados do art.29º, p.19.

de informação por parte do responsável⁴⁷³. Uma vez que os utilizadores podem não conhecer ou compreender a tecnologia subjacente à publicidade comportamental ou nem sequer perceber que são o alvo deste tipo de publicidade, pelo que a transparência é uma condição essencial.

Foi nesse sentido que, com base nos requisitos relevantes da legislação da UE em matéria de proteção de dados e dos consumidores, foram adotados cinco princípios-chave, não exaustivos, relativos à publicidade dirigida às crianças⁴⁷⁴:

- As vulnerabilidades específicas das crianças devem ser tidas em conta aquando da conceção de técnicas de publicidade ou de marketing suscetíveis de serem vistas pelas crianças, por exemplo, o marketing personalizado, pode ser inadequado.
- A vulnerabilidade específica das crianças, devido à sua idade ou credulidade, não deve ser explorada.
- Quando um conteúdo de marketing geral é dirigido a crianças ou é suscetível de ser, o objetivo de marketing deve ser indicado de uma forma adequada e clara para as crianças.
- As crianças não devem ser incitadas a comprar conteúdos numa aplicação ou num jogo comercializados gratuitamente, nem se deve exigir compras na aplicação ou no jogo para serem jogados de forma satisfatória.
- As crianças não devem ser identificadas para fins publicitários.

A recolha de dados pessoais de crianças pode ser uma mina de ouro para empresas online que utilizam o *profiling* e o *marketing*, o que origina preocupações sobre a fragilidade de confiar nos responsáveis pelo tratamento. Por exemplo, a 4 de setembro de 2019, a Google (proprietária do YouTube) foi condenada a pagar uma coima de 170 milhões de dólares pela FCT, esta alegava que o YouTube estava a recolher ilegalmente dados de crianças sem o consentimento dos pais, em violação da COPPA. De acordo com a FCT: "*O YouTube ganhou milhões de dólares ao utilizar os identificadores, vulgarmente conhecidos como cookies, para apresentar anúncios direcionados aos espectadores destes canais.*"⁴⁷⁵. A rede social, também, já havia sido condenada ao pagamento de uma coima de 5,7 milhões de dólares pela FCT por tratar ilicitamente dados pessoais de crianças com idade inferior aos 13 anos⁴⁷⁶.

⁴⁷³*Ibidem*.

⁴⁷⁴European Data Protection Board, Five key principles of fair advertising to children, 14 de junho de 2022.

⁴⁷⁵FERREIRA, M., AGANTE., L., *The Use of Algorithms...op.cit.*,p.43.

⁴⁷⁶LOPES, Inês Camarinha, *Os Dados Sensíveis...op.cit.*,p.100.

Na atual sociedade da informação, a informação tem um valor comercial considerável. Numa economia de mercado livre, as empresas recolhem e utilizam dados pessoais para melhorar as suas estratégias de *marketing* e até vendem esses dados a terceiros que não recolhem os seus próprios dados⁴⁷⁷. Consequentemente, as empresas aumentam as suas margens de lucro e obtêm benefícios financeiros diretos. Esta é uma preocupação que se coloca, especialmente, quanto aos dados de crianças. Uma vez que a maioria dos serviços da sociedade de informação em que a criança pode consentir diretamente, nos termos do art. 8.º, ou aos quais se exige o consentimento parental, são serviços gratuitos que recorrem ao *profiling* para efeitos de *marketing* e, igualmente, à transação desses dados para garantir a gratuitidade. Pelo que a venda pelos prestadores de serviços da sociedade de informação de dados de crianças é uma realidade. Neste âmbito, tem se equacionado a criação de um novo mercado, em que os dados pessoais seriam a mercadoria transacionável⁴⁷⁸.

Quanto à comercialização direta, as crianças têm o mesmo direito que os adultos de se opor, a qualquer momento, ao tratamento dos seus dados pessoais para esse fim (cfr. art.21.º, n.º2)⁴⁷⁹, independente do tratamento ser ou não automatizado. De acordo com o considerando 47 do RGPD, a comercialização direta pode constituir um interesse legítimo do responsável e, por conseguinte, oferece um fundamento de licitude para além do consentimento(cfr. art. 6.º, n.º1, al.f) do RGPD). Como observado *supra* quando este fundamento é utilizado em relação a dados pessoais de crianças, os responsáveis pelo tratamento de dados devem efetuar um exercício de ponderação, na prática, o modo como este exercício é efetuado continua a ser incerto.

Em suma, o RGPD não proíbe o recurso pelos responsáveis à comercialização direta, nem ao *profiling*, nem ao *marketing*. Por exemplo, o Facebook define perfis com base no consentimento para efeitos de publicidade direcionada, aplicando as diferentes idades de consentimento dos Estados-Membros do art. 8º⁴⁸⁰. Neste sentido, por tudo o que foi dito, alcança-se que os dados pessoais das crianças são na maioria dos casos utilizados e protegidos tal como os de um adulto, sem observância da efetiva proteção que seria expectável.

⁴⁷⁷ Core of personal dat p. 244

⁴⁷⁸ LOPES, Inês Camarinha, *Os Dados Sensíveis...op.cit.p.55-101*.

⁴⁷⁹ Information Commissioner's Office, *Children and the GDPR-Applications, Guidance, 2018-2022*, p.29.

⁴⁸⁰ LIVINGSTONE, S., *Children: a special...op.cit.p.21*.

Conclusão

O Direito quer-se estável, mas ao mesmo tempo mutável, e deve acompanhar a evolução social, sob pena de se convolar em meras normas obsoletas. O mundo digital exige dos juristas um esforço e adaptabilidade para enquadrar e salvaguardar situações num mundo que parece infinito. O mundo real, isto é, o mundo que não é online, encontra-se em constante transmutação, requerendo, igualmente, um esforço evolutivo para que se acompanhem as verdadeiras necessidades da sociedade e, conseqüentemente, das crianças. Como é óbvio, os dois mundos cruzam-se e formam hoje as “Crianças Digitais” a que se reconhece, cada vez mais cedo, uma maior autonomia. Assiste-se à sua exposição, em plataformas digitais, a realizar todo o tipo de conteúdo, por vezes, sem qualquer tipo de controlo por parte dos titulares das responsabilidades parentais. Em razão da facilidade com que se conectam à internet e possuem à sua disposição toda a informação, as responsabilidades parentais devem acompanhar a realidade desta nova geração, garantindo a segurança e proteção das crianças, explicando-lhes todos os riscos inerentes a uma exposição exacerbada.

Os dados pessoais das crianças encontram-se todos os dias em ameaça na *internet*, infelizmente, em algumas situações, os titulares das responsabilidades parentais não fazem caso ou não dominam o mundo das tecnologias, pelo que caberá incentivar a literacia digital e equacionar efetivos mecanismos de proteção.

Alcançou-se que modo como o consentimento é requerido deve demandar medidas adicionais de diligência por parte dos responsáveis, contudo, também, se alcançou que na prática inexistente um mecanismo que permita essa efetiva proteção em concordância com o restante espírito do RGPD. Porém, não é só neste nível de exposição que os problemas se colocam, mas igualmente no consentimento prestado a partir dos 13 anos.

Defendendo-se um regime jurídico em que às crianças é conferido um reconhecimento do seu progressivo desenvolvimento, em que se deve respeitar a sua autonomia, o problema não se centra na idade em que a criança adquire capacidade para consentir, mas antes no esclarecimento sobre o âmbito de utilização dos seus dados e dos riscos inerentes. Nestas situações, urge proteger os dados pessoais das crianças, pelo que o direito de proteção de dados assume uma especial importância.

Os responsáveis pelo tratamento através dos deveres a que se encontram adstritos devem considerá-las como especiais titulares de dados pessoais, uma vez que as ameaças

aos seus dados pessoais e outros direitos de personalidade, podem atingir proporções quase universais, sem fronteiras geográficas ou temporais.

Conclui-se que não existe no RGPD regime jurídico especial aplicável às crianças com idade inferior a 18 anos, o que seria expectável. Como se compreende os dados pessoais constituem informações que se encontram incindivelmente ligados à pessoa e à identidade do indivíduo. As crianças são titulares de dados vulneráveis, cuja compreensão sobre as implicações futuras da cedência dos seus dados pessoais e a sua irreversibilidade é limitada, não possuindo noção da “pegada digital” que deixam.

Apesar de se encontrar subentendido no RGPD um Princípio geral de especial proteção das crianças, este não se materializa e não fornece orientações claras quanto ao modo de efetuar essa proteção, deixando essas considerações aos responsáveis pelo tratamento. O que origina que, na prática, o regime aplicável à proteção de dados pessoais das crianças seja o mesmo dos adultos, já que será mais vantajoso monetariamente para os responsáveis. Pelo que a eventual proteção que lhes seja dirigida parte das autoridades de controlo que, através de investigações às plataformas digitais, vão oferecendo algumas diretrizes. Em consequência da aplicação de coimas a um determinado prestador de serviço, os restantes podem ser “forçados” a alterar o modo como tratam os dados pessoais das crianças e adaptar a sua política de privacidade em conformidade, por receio de também serem alvos de coimas. Alcançou-se que, embora os direitos das crianças assumam um papel importante na maioria dos estudos, se tem dedicado pouca atenção às questões relacionadas com a privacidade dos seus dados⁴⁸¹.

Num ambiente em mutação tecnológica este é um papel difícilimo, as questões que se levantam são enormes e as consequências ainda não são totalmente conhecidas. Reconhece-se que a intenção de oferecer uma especial proteção às crianças é necessária, a verdade é que se tem de constatar que nem sempre será fácil harmonizar essa proteção com o surgimento de novas tecnologias e muito menos se alcançará deixando ao critério dos responsáveis pelo tratamento essa materialização.

Por fim, acredita-se que se tenha tornado evidente o reconhecimento de uma autonomia progressiva à criança e que esta deve ser respeitada, simultaneamente à imperativa necessidade de acautelar uma efetiva proteção da “criança digital” no âmbito do RGP

⁴⁸¹ LUPTON, Deborah, WILLIAMSON, Ben, *The datafied child: The dataveillance of children and implications for their rights*, new media & society, Vol. 19, n.º 5, 2017, p.789

Referências bibliográficas:

A

AGUIRRE, Carlos M., *La protección jurídico-civil de la persona por razón de la menor edad (Una aproximación teleológica a las instituciones de asistencia y protección de menores en nuestro Derecho civil)*, Anuario de Derecho Civil, Tomo XLV, n.º4, Ministerio de Justicia centro de publicaciones, 1992, pp.1391-1497. Disponível em <https://revistas.mjusticia.gob.es/index.php/ADC/article/view/5712> (Acedido a 09/11/2023)

AMARAL, Jorge Pais, *A criança e os seus direitos*, Estudos em homenagem a Rui Epifânio, coordenação de Armando Leandro, Álvaro Laborinho Lúcio, Paulo Guerra, Almedina, 2010, pp.163-176.

ARIÉS, Philippe, *História social da criança e da família*, 2ª. ed. Rio de Janeiro. Editora Guanabara, 1986, Tradução de: L'Enfant Et La Vie Familiale Sous L'ancien Régime. Paris Éditions Du Seuil, 1973.

B

BARBOSA, Mafalda Miranda, *Protecção de Dados e Direitos de Personalidade: Uma Relação de Interioridade Constitutiva. Os Benefícios da Protecção e a Responsabilidade Civil*, Estudos de Direito do Consumidor, Coimbra, nº12, 2017.

BERK, Laura E., *Child Development*, 9ª edição, Pearson, 2012.

BIEKER, Félix, *The Right to Data Protection*, Information Technology and Law Series, vol.34, Springer, 2022. Disponível em <https://link.springer.com/book/10.1007/978-94-6265-503-4> (Acedido a 09/11/2023)

BOLIEIRO, Helena, GUERRA, Paulo, *A Criança e a Família - Uma Questão de Direito(s)*, 2.ª edição atualizada, Coimbra, Coimbra Editora, 2014.

BOUCHAGIAR, G., BOTTIS, M., *Defending children's rights minding children's privacy and development in light of the general data protection regulation*, Crianças, famílias e tecnologias. Que desafios? Que caminhos?, Lisboa: Centro Interdisciplinar de Estudos Educacionais, 2019, pp. 29-39. Disponível em <https://repositorio.ipl.pt/handle/10400.21/11653> (Acedido pela última vez a 09/11/2023)

BREEN, S., OUAZZANE K., PATEL. P., *GDPR: Is your consent valid?*, Business Information Review, vol.37, I.1, 2020, pp.19-24. Disponível em <https://journals.sagepub.com/doi/epdf/10.1177/0266382120903254> (Acedido a 09/11/2023)

C

CABRAL DE MONCADA, L., *Lições de Direito Civil*, 4ª edição, Almedina, 1995.

CAMPOS, D. Leite de, CAMPOS, M. Martinez de, *Lições de Direito da Família*, Almedina, 5ª edição, 2020.

CANELA DIAS, Renata, BUENO, Flaviane, *O Processo Ensino Aprendizagem Na Perspectiva Da Teoria Histórico-Cultural De Lev Vygotsky*, Revista Triângulo, Uberaba - MG, vol. 8, n. 2, jul./dez. 2015, pp. 172-184. Disponível em: <https://seer.uftm.edu.br/revistaeletronica/index.php/revistatriangulo/article/view/1692> (Acedido a 09/11/2023).

CASTRO MENDES, João de, *Teoria Geral do Direito Civil*, Vol. I, AAFDL, 1998.

CHABY, Estrela, *Percursos de autonomia do menor, notas a propósito da intervenção do menor no âmbito da lei de protecção de crianças e jovens em perigo*, Lex Familiae. 14, 2010.

CLEMENTE, Rosa, *Inovação e Modernidade no direito dos menores - a perspectiva da lei de protecção de crianças e jovens em perigo*, Coimbra Editora, 1ª edição, 2009.

CORREIA, Sérgio M. J., *A Dogmática Do Direito Das Crianças: Implicações Do Abandono Afetivo Parental*, AAFDL, 2020

CORREIA, Sérgio M. J., *Direito de Oposição à Definição de Perfis*, Anuário da Protecção de Dados 2022, coord. Francisco Coutinho e Graça Moniz, Centro de Investigação & Desenvolvimento sobre Direito e Sociedade (CEDIS), pp. 189- 215. <https://protecaodedadosue.cedis.fd.unl.pt/edicao-2022/> (Acedido a 09/11/2023).

CORTE, Lorenzo, *Scoping personal data: Towards a nuanced interpretation of the material scope of EU data protection law*, European Journal of Law and Technology, vol. 10, nº 1, 2019. Disponível em: <https://ejlt.org/index.php/ejlt/article/view/672> (Acedido pela última vez a 09/11/2023).

CRUZ, Orlanda, *Parentalidade*, colecção Psicologias, Quarteto, 1.ª edição, junho de 2005.

D

DALRYMPLE, H., *The general data protection regulation, the clinical trial regulation and some complex interplay in paediatric clinical trials*, European Journal of Pediatrics 180, Springer, 2021, pp.1371–1379. Disponível em <https://link.springer.com/article/10.1007/s00431-021-03933-3> (Acedido a 09/11/2023).

DIAS, Carlos, *A Privacidade na era da Internet das Coisas, Direitos de Personalidade e Proteção de Dados*, no âmbito da dissertação de Mestrado em Ciências jurídico-Civilísticas, Faculdade de Direito do Porto, 2019. <https://repositorio-aberto.up.pt/bitstream/10216/140094/2/536105.pdf> (Acedido a 09/11/2023).

DIAS, Cristina, *A Criança Como Sujeito De Direitos E O Poder De Correção*, JULGAR, N.º 4, 2008, pp.87-101.

DÍAZ, Raquel, La protección de los datos del menor en el uso de las tecnologías de la información y comunicación (TIC), *Revista de derecho privado*, 102, 2018, pp. 67-109.

Disponível em <https://digibuo.uniovi.es/dspace/bitstream/handle/10651/53466/Proteccion%20de%20datos.pdf?sequence=3&isAllowed=y> (Acedido a 09/11/2023).

DUARTE, D. Pereira, GUSEINOV, Alexandra, *O direito de portabilidade de dados pessoais*, in *FinTech II Novos Estudos sobre Tecnologia Financeira*, coord. António Menezes Cordeiro, Ana Perestrelo de Oliveira, Diogo Pereira Duarte, Almedina, 2019,

DULIT, E., *Adolescent thinking á la Piaget: The formal stage.*, *Journal of Youth and Adolescence*, Vol. 1, no. 4, 1972, pp. 281–30. Disponível em <https://rdcu.be/dnHR0> (Acedido a 09/11/2023).

E

ENSENAT, Sarah, *Smart Baby Monitors: The Modern Nanny Or a Home Invader*, *Catholic University Journal of Law and Technology*, Vol. 26, n.º1, 2018, pp.76-99.

Disponível em <https://scholarship.law.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1048&context=jlt> (Acedido a 09/11/2023).

F

FERNANDES, Luís. A. Carvalho, *Teoria Geral do Direito Civil, vol.1, 6ª edição*, universidade católica editora, 2012.

FERREIRA, M., AGANTE., L., *The Use of Algorithms to Target Children while Advertising on YouTube Kids Platform: A reflection and analysis of the existing regulation*, *International Journal of Marketing, Communication and New Media*, Special Issue 8 – Social Media Marketing, 2020. Disponível em <http://u3isjournal.isvouga.pt/index.php/ijmcm/article/view/457> (Acedido a 09/11/2023).

FRIAS, Hélder, *A Internet de Coisas e o Mercado Segurador*, in FinTech Desafios da Tecnologia Financeira. coord. António Menezes Cordeiro, Ana Perestrelo de Oliveira, Diogo Pereira Duarte, Almedina, 2ª edição, 2019,

FUSTER, G. Gonzales; GUTWIRTH, Serge, *Opening up personal data protection: a conceptual controversy*, Computer Law & Security Review, vol.29, 2013, pp.531- 539.

Disponível em <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0267364913001350?via%3Dihub> (Acedido a 09/11/2023).

G

GILLHAM, J., REIVICH, K., *Cultivating Optimism in Childhood and Adolescence*, Annals of the American Academy of Political and Social Science, 591, 2004, pp. 146-163. Disponível em <https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.cow/anamacp0591&i=141> (Acedido pela última vez a 09/11/2023)

GÖMANN, Merlin, *The New Territorial Scope of EU Data Protection Law: Deconstructing a Revolutionary Achievement*, Common Market Law Review, vol.54, 2017, pp.567–590. Disponível em <https://kluwerlawonline.com/api/Product/CitationPDFURL?file=Journals%5CCOLA%5CCOLA2017035.pdf> (Acedido a 09/11/2023).

GONZÁLEZ, José Alberto, *Código Civil Anotado Vol. V*, Quid Iuris, 2021.

H

HENRIQUES, S., LUÍS, J., *Consentimento e outros Fundamentos de Licitude para o Tratamento de Dados Pessoais em Contexto Laboral*, Anuário da Proteção de Dados 2019, (coord.) PEREIRA COUTINHO e CANTO MONIZ, CEDIS, 2019, pp.13-36. Disponível em http://protecaodedadosue.cedis.fd.unl.pt/wp-content/uploads/2019/05/ANUARIO-2019-Eletronico_compressed.pdf (Acedido a 09/11/2023).

K

KOSINSKI, M., STILLWELL, D., GRAEPEL, T., *Private traits and attributes are predictable from digital records of human behavior*, PNAS, n.º 15, vol.110, 2013, pp. 5802-5805. Disponível em <https://www.pnas.org/doi/pdf/10.1073/pnas.1218772110> (Acedido a 09/11/2023).

KOSTA, E., MACENAITE, M., *Consent for processing children's personal data in the EU: following in US footsteps?*, Information & Communications Technology Law,

vol.26, no.2, 2017, pp.146–197. Disponível em <https://research.tilburguniversity.edu/en/publications/consent-for-processing-childrens-personal-data-in-the-eu-followin> (Acedido a 09/11/2023).

L

LIVINGSTONE, S., *Children: a special case for privacy?*, InterMEDIA, vol.46, no.2, 2018, LSE Research Online. Disponível em http://eprints.lse.ac.uk/89706/1/Livingstone_Children-a-special-case-for-privacy_Published.pdf (Acedido a 09/11/2023).

LOPES, Inês Camarinha, *Os Dados Sensíveis dos Menores à Luz do RGPD*, 1ª edição, Coimbra, Gestlegal, 2021. (Acedido a 09/11/2023).

LOURENÇO, Ana Paula, *Dados pessoais das crianças e jovens no mundo digital: aspetos legais*, in Lopes, P. & Reis, B., *Comunicação Digital: media, práticas e consumos*, 2019, pp. 19-37. Disponível em <https://nipcom.autonoma.pt/wp-content/uploads/2019/04/Nipc@m.pdf#page=21> (Acedido a 09/11/2023).

LÚCIO, Laborinho, *As crianças e os direitos- o superior interesse da criança-*, Estudos em homenagem a Rui Epifânio, coordenação de Armando Leandro, Álvaro Laborinho Lúcio, Paulo Guerra, Almedina, 2010, pp.177-197.

LUPTON, Deborah, WILLIAMSON, Ben, *The datafied child: The dataveillance of children and implications for their rights*, new media & society, Vol. 19, n.º 5, 2017, pp. 780–794 <https://journals.sagepub.com/doi/full/10.1177/1461444816686328> (Acedido a 09/11/2023).

M

MAGRIÇO, Manuel Aires, *A Proteção de dados e a Privacidade das Crianças no Ciberespaço*, Fórum de Proteção de dados “Privacidade das Crianças no Ambiente Digital”, N°06, novembro 2019, Comissão Nacional de Proteção de Dados, pp. 18 a 35. Disponível em https://www.cnpd.pt/media/y1nosvyp/forum6_af_web_low.pdf (Acedido a 09/11/2023).

MANCHES, Andrew, PLOWMAN, Lydia, *Smart toys and children’s understanding of personal data*, International Journal of Child-Computer Interaction, Volume 30, 2021. Disponível em <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S2212868921000532> (Acedido a 09/11/2023).

MARTINS, Rosa, *Menoridade, (in)capacidade e cuidado parental*, Coimbra, Coimbra Editora, 2008.

MENEZES CORDEIRO, A., *Tratado de Direito Civil IV*, 5ª edição, Almedina, Reimpressão 2021;

MENEZES CORDEIRO, A. Barreto, *Dados Pessoais: Conceito, Extensão E Limites*, Universidade de Lisboa, 2018. Disponível em: <https://blook.pt/publications/publication/e38a9928dbce/> (Acedido a 09/11/2023).

MENEZES CORDEIRO, A. Barreto, *Direito da Proteção de Dados- À luz do RGPD e da Lei n.º 58/2019*, Almedina, 2020

MILKAITE, I., LIEVENS, E., *Status quo regarding the child's article 8 GDPR age of consent for data processing across the EU*, Article Better Internet for Kids Portal, 2019. Disponível em <https://www.betterinternetforkids.eu/practice/articles/article?id=3017751> (Acedido a 09/11/2023).

MIRANDA, Jorge, *Sobre o Poder Paternal*, Revista de Direito e de Estudos Sociais, Almedina, ano XXXII, V da 2ª série, 1990, pp. 23-56

MOEREL, Lokke, *GDPR conundrums: Processing special categories of data*, iapp, 2016. Disponível <https://iapp.org/news/a/gdpr-conundrums-processing-special-categories-of-data/> (Acedido a 09/11/2023).

MOORE, Melisa., *Vygotsky's Cognitive Development Theory*, Encyclopedia of Child Behavior and Development, coord. Goldstein, S., Naglieri, J.A., Springer, Boston, MA., 2011, pp. 1530-1550. Disponível em https://link.springer.com/referenceworkentry/10.1007/978-0-387-79061-9_3054 (Acedido a 09/11/2023).

MOREIRA, Sónia, *A Autonomia do Menor no Exercício dos seus Direitos*, Scientia Iuridica, n.º 291, 2001.

MORÓN, María José Santos, *Menores Y Derechos De La Personalidad. La Autonomía Del Menor*, in *El menor ante el Derecho en el Siglo XXI*, Boletín Oficial del Estado; Universidad Autónoma de Madrid, AFDUAM, n.º 15, 2011, pp. 63-93. Disponível em <https://afduam.es/libro/afduam-15/> (Acedido a 09/11/2023).

N

NASCIMENTO, Cláudia. T. do, BRANCHER, Vantoir. R., e OLIVEIRA, Valeska. F. de., *A Construção Social do Conceito de Infância: algumas interlocuções históricas e sociológicas*. Revista Contexto & Educação, ano 23, n.º 79, Editora Unijuí, 2008, pp. 47 a 63. Disponível em <https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/contextoeducacao/article/view/1051> (Acedido a 09/11/2023).

O

OHM, Paul, *Sensitive Information*, Southern California Law Review, vol. 88, 2015, pp.1125-1196. Disponível em https://southerncalifornialawreview.com/wp-content/uploads/2018/01/88_1125.pdf (Acedido a 09/11/2023).

OLIVEIRA ASCENSÃO, J., *A Dignidade da pessoa e o fundamento dos direitos humanos*, Revista da Ordem dos Advogados, ano 68, Vol.I., 2008.

OLIVEIRA ASCENSÃO, J., *Direito Civil – Teoria Geral*, Vol. I, 2ª edição, Coimbra Editora, 2000.

OLIVEIRA, Guilherme de, *Manual de Direito da Família*, com a colaboração de Rui Moura Ramos, Coimbra, Almedina, 2020,

OLIVEIRA, Guilherme, *O acesso dos Menores aos cuidados de saúde*, Revista de Legislação e Jurisprudência, ano 132, nº. 3898, 1999, pp.16-19. Disponível em <http://www.guilhermedeoliveira.pt/resources/O-acesso-dos-menores-aos-cuidados-de-saude.pdf> (Acedido a 09/11/2023).

OLIVEIRA, Guilherme de, *Protecção de menores/protecção familiar*, in Temas de Direito da Família, 2ª edição, Coimbra Editora, 2001

P

PAGALLO, Ugo; MASSIMO, Durante; e MONTELEONE, Shara, *What Is New with the Internet of Things in Privacy and Data Protection? Four Legal Challenges on Sharing and Control in IoT*, Data Protection and Privacy: (In)visibilities and Infrastructures, Law, Governance and Technology Series, vol. 36, Springer, 2017, pp. 59-79. Disponível em <https://link.springer.com/book/10.1007/978-3-319-50796-5> (Acedido a 09/11/2023).

PASQUALE, Liliana, et al., *Digital Age of Consent and Age Verification: Can They Protect Children?* IEEE Computer Society, 2019. Disponível em <https://lpasquale.github.io/papers/IEEESoftware.pdf> (Acedido a 09/11/2023).

PECHTELIDIS, Yannis, *A Criança como Ator Social*, Conceitos-chave em Sociologia da Infância, coordenação de Catarina Tomás, Gabriela Trevisan, Maria João Leote de Carvalho, Natália Fernandes, Uminho editora, 2021, pp. 53-56. Disponível em <https://ebooks.uminho.pt/index.php/uminho/catalog/book/36> (Acedido a 09/11/2013)

PEPPET, Scott R., *Regulating the Internet of Things: First Steps toward Managing Discrimination, Privacy, Security and Consent*, Texas Law Review, 2014, pp. 85-178. Disponível em

<https://texaslawreview.org/wp-content/uploads/2015/08/Peppet-93-1.pdf> (Acedido a 09/11/2023).

PEREIRA, André Dias, *A Capacidade para Consentir: Um Novo Ramo da Capacidade Jurídica*, In “Comemorações dos 35 Anos do Código Civil e dos 25 Anos da Reforma de 1977”, Volume 2, Coimbra Editora, 2006, pp. 199-249.

PEREIRA, André Dias, *O consentimento informado na relação médico-paciente*, Coimbra, 2004.

PEREIRA, Rui Alves, *Por uma Cultura da Criança enquanto Sujeito de Direitos “O Princípio da Audição da Criança”*, Artigo online, Revista Julgar online, 2015. Disponível em <https://julgar.pt/por-uma-cultura-da-crianca-enquanto-sujeito-de-direitos-o-principio-da-audicao-da-crianca/> (Acedido a 09/11/2023).

PINHEIRO, Alexandre S., (coord.), *Comentário ao Regulamento Geral de Proteção de Dados*, Almedina, 2018.

PINHEIRO, Jorge Duarte, *Limites ao Exercício das Responsabilidades Parentais em matéria de Saúde da Criança*, 1ª edição, Gestlegal, 2020.

PINHEIRO, Jorge Duarte, *O direito da família contemporâneo*, Gestlegal, 7ª edição, 2020.

PINHEIRO, Jorge Duarte, *Temas de Direito Pediátrico*, 1ª edição, Gestlegal, 2021.

PINHEIRO, Maria do Rosário, *(Re)pensar o menor adolescente: contributos para o seu desenvolvimento e (re)educação*, in *o direito de menores reforma ou revolução?*, coordenação Joana Marques Vidal, Cadernos da Revista do Ministério Público, edições cosmos, 1998.

PINTO, Manuel, *Infância como construção social*, As crianças e a infância: definindo conceitos, delimitando o campo, Coleção infans, centro de estudos da criança, Universidade do Minho, 1997, pp. 33-73.

PINTO, Paulo Mota, *A proteção da vida privada e a jurisprudência do Tribunal Constitucional*, Relatório elaborado pelo Cons. Paulo Mota Pinto, com a colaboração da Assessora do Tribunal Constitucional, Dr.ª Raquel Reis, 2006. Disponível em <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/conteudo/files/textos/textos0202035.pdf> (Acedido a 09/11/2023).

POIRRET, Jennifer, *La représentation légale du mineur sous autorité parentale*, Thèse pour le doctorat en droit privé et sciences criminelles, Université ParisEst, 2011. <https://theses.hal.science/tel-00937693/document> (Acedido a 09/11/2023).

POMART-NOMDÉDÉO, Cathy, *L'enfant et le droit. L'évolution de l'approche juridique de la question de la minorité depuis le XVIIIe siècle*, Revue historique de l'océan Indien, 2010, (XVIIIème - XXIème siècles), 06, pp.32-43. Disponível em <https://hal.univ-reunion.fr/hal-03413750/document> (Acedido a 09/11/2023).

PONTE, Cristina (Coord.), *Nós na Rede Ambientes digitais de crianças e jovens*, Almedina, 2020.

PRATA, Ana, *Código Civil Anotado*, vol.II, 2ª Edição Reimpressão 2022, Almedina, 2019

PROUT, Alan, *Reconsiderando a Nova Sociologia Da Infância*, Tradução por Fátima Murad, Cadernos de Pesquisa, v.40, n.141, 2010 , pp.729-750

<https://www.scielo.br/j/cp/a/86463c9grYmgkkL6NNV4wxD/?format=pdf&lang=pt>

(Acedido a 09/11/2023).

PURTOVA, Nadezhda, *The law of everything. Broad concept of personal data and future of EU data protection law*, in Law, Innovation and Technology, vol. 10, nº 1, p. 40-81, 2018. Disponível em:

<https://www.tandfonline.com/doi/pdf/10.1080/17579961.2018.1452176?needAccess=true> (Acedido a 09/11/2023).

R

RAMOS, Mariana, *O consentimento do titular de dados no contexto da Internet*, Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisbon Law Review, vol.LXIII, 2022, pp.663-727. Disponível em <https://www.fd.ulisboa.pt/wp-content/uploads/2022/12/Mariana-Pinto-Ramos.pdf> (Acedido a 09/11/2023).

RAY, Partha, *Web3: A comprehensive review on background, technologies, applications, zero-trust architectures, challenges and future directions*, Internet of Things and Cyber-Physical Systems, Volume 3, 2023, pp.213-248. Disponível em <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S2667345223000305> (Acedido a 09/11/2023).

REBELO, Diogo, ANALIDE, César, *Inteligência artificial na era Data-Driven*, Fórum de Proteção de dados “Privacidade das Crianças no Ambiente Digital”, Nº06, novembro 2019, Comissão Nacional de Proteção de Dados, pp.60 a 91. Disponível em https://www.cnpd.pt/media/y1nosvyp/forum6_af_web_low.pdf (Acedido a 09/11/2023).

REGO, Sérgio, *Teoria do Desenvolvimento Moral de Jean Piaget e Lawrence Kohlberg*, in A Formação Ética dos Médicos, Editora da Fundação Oswaldo Cruz, 2003, pp.75-102

disponível em <https://www.jstor.org/stable/10.7476/9788575413241.7> (Acedido a 09/11/2023).

RIBEIRO, Alcina Costa, *Autonomia da criança no tempo de criança*, Estudos em homenagem a Rui Epifânio, coordenação de Armando Leandro, Álvaro Laborinho Lúcio, Paulo Guerra, Almedina, 2010, p.17.

RODRIGUES, Anabela Miranda, *O Superior Interesse da Criança*, Estudos em homenagem a Rui Epifânio, coordenação de Armando Leandro, Álvaro Laborinho Lúcio, Paulo Guerra, Almedina, 2010, pp.35-41.

RODRIGUES, Hugo Manuel Leite, *Questões de Particular Importância no Exercício das Responsabilidades Parentais*, Coimbra Editora, 2011.

S

SAMANIEGO, J. Sempere, *Comentarios prácticos a la Propuesta de Reglamento de Protección de Datos de la Unión Europea*, 2013. Disponível em https://www.privacidadlogica.es/wp-content/uploads/2013/09/comentarios-reglamento-pdatos_Javier-Sempere-Samaniego.pdf (Acedido a 09/11/2023).

SARMENTO E CASTRO, C., *40 anos de “Utilização da Informática” - O artigo 35.º da Constituição da República Portuguesa*, Revista e-Pública, vol.3, n.º 3, 2016, pp 43-66. Disponível em <https://e-publica.pt/article/34442> (Acedido a 09/11/2023)

SARMENTO, Manuel J., PINTO, Manuel, *As crianças e a infância: definindo conceitos, delimitando o campo*, Coleção infans, centro de estudos da criança, Universidade do Minho, 1997. Disponível em <https://repositorium.sdum.uminho.pt/bitstream/1822/79715/1/As%20crian%3%a7as%20e%20a%20inf%3%a2ncia%20-%20definindo%20conceitos%2c%20delimitando%20o%20campo.PDF> (Acedido a 09/11/2023).

SIEGEL, Jeremy, *When the Internet of Things Flounders: Looking into GDPR-Esque Security Standards for IoT Devices in the United States from the Consumers' Perspective*, Journal of High Technology Law, Vol. 20, n.º 1, 2020, pp. 189-229. Disponível em <https://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/jhtl20&id=189&collection=journals&index=> (Acedido a 09/11/2023).

SKOLNICK, Arlene, *The Limits of Childhood: Conceptions of Child Development and Social Context*, Law and Contemporary Problems, vol. 39, no. 3 (Summer 1975), pp. 38-77. Disponível em <https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/lcp39&i=476> (Acedido a 09/11/2023).

SMAHEL, D., Machackova, *et.al.*, *EU Kids Online 2020: Survey results from 19 countries*, EU Kids Online, 2020. Disponível em <https://www.lse.ac.uk/media-and-communications/assets/documents/research/eu-kids-online/reports/EU-Kids-Online-2020-10Feb2020.pdf> (Acedido a 09/11/2023).

SOTTOMAYOR, Maria Clara, *A Autonomia do Direito das Crianças*, Estudos em homenagem a Rui Epifânio, coordenação de Armando Leandro, Álvaro Laborinho Lúcio, Paulo Guerra, Almedina, 2010, pp.79-88.

SOTTOMAYOR, Maria Clara., *Comentário ao art. 126.º*, in *Comentário ao Código Civil: parte geral*, (coord.) FERNANDES, L., C., PROENÇA, J., L., Universidade Católica Editora, 2014, pp.277-279.

SOTTOMAYOR, Maria Clara. *Regulação do exercício das responsabilidades parentais nos casos de divórcio*. 8.^a Edição. Reimpressão 2022, Almedina, 2021.

SOTTOMAYOR, Maria Clara, *Temas de Direito das Crianças*, Coimbra: Almedina, 2014.

T

THOMAS, Nigel Patrick, *Infância como conceito*, Conceitos-chave em Sociologia da Infância, coordenação de Catarina Tomás, Gabriela Trevisan, Maria João Leote de Carvalho, Natália Fernandes, Uminho editora, 2021. pp.283-286 Disponível em ebook <https://ebooks.uminho.pt/index.php/uminho/catalog/book/36> (Acedido a 09/11/2023).

TORRES, Filipe, *A autonomia progressiva das crianças e dos adolescentes*, *Lex familiae*, 14, 2010.

V

VASCONCELOS, Pedro Pais, *Teoria Geral do Direito Civil*, 9^a edição, Almedina 2019.

VERDOODT, Valerie, LIEVENS, Eva, *Looking for needles in a haystack: Key issues affecting children's rights in the General Data Protection Regulation*, *Computer Law&Security Review*, vol.34., 2, 2018, pp.269-278. Disponível em <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S026736491730314X> (Acedido a 09/11/2023).

VICENTE, D. Moura, CASIMIRO, S. Vasconcelos, *Data Protection in the Internet*, *Ius Comparatum– Global Studies in Comparative Law*, Springer Cham, Vol. 38, 2020. Disponível em <https://link.springer.com/book/10.1007/978-3-030-28049-9> (Acedido a 09/11/2023).

VOIGT, P., BUSSCHE, A., *The EU General Data Protection Regulation (GDPR)*, Springer, 2017. Disponível em <https://link.springer.com/content/pdf/10.1007/978-3-319-57959-7.pdf> (Acedido a 09/11/2023).

Z

ZARSKY, Tal Z., *Incompatible: The GDPR in the age of big data*, Seton Hall Law Review, 2017, pp.995-1020 .

Disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3022646 (Acedido a 09/11/2023).

Jurisprudência nacional:

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 27/01/2022, Proc. n.º 19384/16.2T8LSB-A.L1.S1, Relator Tomé Gomes. Disponível em

<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/5e59a1447ce90edb802587d80053085b?OpenDocument> (Acedido a 09/11/2023).

Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 19/01/2023, Proc. n.º 2396/16.3T8BRG-I.G1, relator José Carlos Pereira Duarte. Disponível em

<http://www.dgsi.pt/JTRG.NSF/86c25a698e4e7cb7802579ec004d3832/eb7ccbe26b0d187480258949005094e2?OpenDocument> (Acedido a 09/11/2023).

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 13/07/2022, Proc. n.º 200/14.6T8MTS-G.P1, Relatora Maria Eiró. Disponível em

<http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/c29c391ad3d7ef1e80258893004b0536?OpenDocument> (Acedido a 09/11/2023).

Jurisprudência europeia:

Acórdão do TJUE, de 20 de dezembro de 2017, Processo C-434/16 (Nowak). Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A62016CJ0434> (Acedido a 09/11/2023).

Acórdão do TJUE de 19 de outubro de 2016, proc. C-582/14(Breyer). Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A62014CJ0582> (Acedido a 09/11/2023).

Acórdão do TJUE de 1 de outubro de 2015, proc. C-230/14 (Weltimmo). Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A62014CJ0230> (Acedido a 09/11/2023).

Acórdão do TJUE, de 17 de julho de 2014, processos apensos C-141/12 e C-372/12.(YS). Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A62012CJ0141> (Acedido a 09/11/2023).

Acórdão do TJUE de 13 de maio de 2014, proc. C-131/12 (Google Spain). Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62012CJ0131>(Acedido a 09/11/2023).

Acórdão do TJUE de 17 de outubro de 2013, proc. C-291/12 (*Schwarz*). Disponível em https://curia.europa.eu/juris/document/document_print.jsf;jsessionid=AA177ED05F07C7308A5659FC95F9273A?docid=143189&text=&dir=&doclang=PT&part=1&occ=first&mode=DOC&pageIndex=0&cid=7908116 (Acedido a 09/11/2023).

Outras referências:

Children in a Digital World, The State of the World's Children 2017, UNICEF, disponível em <https://www.unicef.pt/media/1700/110-situacao-mundial-infancia-2017.pdf> (Acedido a 09/11/2023).

Committee on the Rights of the Child, *General comment No. 25 (2021) on children's rights in relation to the digital environment*, United Nations(versão original, inglês). Disponível em <https://www.ohchr.org/en/documents/general-comments-and-recommendations/general-comment-no-25-2021-childrens-rights-relation> (Acedido a 09/11/2023).

Comité dos Direitos da Criança, *Comentário geral n.º 14 (2013) sobre o direito da criança a que o seu superior interesse seja primacialmente em tido consideração (artigo 3.º, parágrafo 1)*, Editorial do Ministério da Educação e Ciência, 2017. Disponível em https://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/pdf/cdc_com_geral_14.pdf (Acedido a 09/11/2023).

Convenção 108, *Guidelines Children's Data Protection in an Education setting*, T-PD(2019)06BISrev5, 20 de novembro de 2020. Disponível em <https://rm.coe.int/t-pd-2019-6bisrev5-eng-guidelines-education-setting-plenary-clean-2790/1680a07f2b> (Acedido a 09/11/2023).

Crianças com 13 anos já jogam a dinheiro online, Jornal de Notícias Online, 15 de março de 2023. Disponível em <https://www.jn.pt/nacional/criancas-com-13-anos-ja-jogam-a-dinheiro-online--16004221.html/> (Acedido a 09/11/2023).

Cyber Safe Ireland, *Keeping Kids Safer Online Online. Safety. Matters.*, Relatório do ano letivo 2022-2023. Disponível em https://www.cybersafekids.ie/wp-content/uploads/2023/09/CSK_Data-Trends-Report-2023-V2-Web-Version.pdf

(Acedido a 09/11/2023).

Decision of the Data Protection Commission, Inquiry Reference: IN-21-9-1, in the matter of TikTok Technology Limited, de 1 de setembro de 2023. Disponível em https://edpb.europa.eu/system/files/2023-09/final_decision_tiktok_in-21-9-1_-_redacted_8_september_2023.pdf (Acedido a 09/11/2023).

European Data Protection Board, Five key principles of fair advertising to children, 14 de junho de 2022. Disponível em https://commission.europa.eu/live-work-travel-eu/consumer-rights-and-complaints/enforcement-consumer-protection/cooperation-between-consumer-and-data-protection-authorities_en (Acedido a 09/11/2023).

European Data Protection Board, *Guidelines 05/2020 on consent under Regulation 2016/679*, Version 1.1, 2020. Disponível em https://edpb.europa.eu/sites/default/files/files/file1/edpb_guidelines_202005_consent_en.pdf (Acedido a 09/11/2023).

European Data Protection Board, *Guidelines 3/2018 on the territorial scope of the GDPR (Article 3)*, Version 2.1, 2020. Disponível em https://edpb.europa.eu/sites/default/files/files/file1/edpb_guidelines_3_2018_territorial_scope_after_public_consultation_en_0.pdf (Acedido a 09/11/2023).

Federal Trade Commission, *Children's Online Privacy Protection Rule: A Six-Step Compliance Plan for Your Business*, 2017. Disponível em <https://www.ftc.gov/business-guidance/resources/childrens-online-privacy-protection-rule-six-step-compliance-plan-your-business> (Acedido a 09/11/2023).

Information Commissioner's Office, *Children and the GDPR-Applications, Guidance, 2018-2022*. Disponível em <https://ico.org.uk/media/for-organisations/uk-gdpr-guidance-and-resources/childrens-information/children-and-the-uk-gdpr-1-0.pdf> (Acedido a 09/11/2023).

Information Commissioner's Office, *Likely to be accessed Impact assessment*, Children's Code, 2023. Disponível em <https://ico.org.uk/media/4025881/ltba-guidance-impact-assessment.pdf> (Acedido a 09/11/2023).

Orientações sobre as decisões individuais automatizadas e a definição de perfis para efeitos do Regulamento (UE) 2016/679, adotadas em 3 de outubro de 2017, com a última

redação revista e adotada em 6 de fevereiro de 2018, pelo Grupo de trabalho de proteção de dados do art.29º. (Acedido a 09/11/2023).

Parecer n.º 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, adotado a 9 de abril de 2014, pelo Grupo de trabalho de proteção de dados do art.29º. Disponível em https://www.uc.pt/protecao-de-dados/suporte/20140409_wp_217_partecer_2_2014_conceito_interesses_legitimos_res_p_trat_diretiva_95 (Acedido a 09/11/2023).

Parecer n.º 2/2010 sobre publicidade comportamental em linha, adotado em 22 de junho de 2010, pelo Grupo de trabalho de proteção de dados do art.29º. (https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2010/wp171_pt.pdf)

Parecer n.º 2/2009 sobre a protecção dos dados pessoais das crianças, adotado em 11 de fevereiro de 2009, pelo Grupo de trabalho de proteção de dados do art.29º. Disponível em https://www.uc.pt/site/assets/files/475840/20090211_parecer_2_2009_wp160_pt.pdf (Acedido a 09/11/2023).

Parecer nº4/2007 sobre o conceito de dados pessoais, adotado em 20 de Junho, pelo Grupo de trabalho de proteção de dados do art.29º. Disponível em https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2007/wp136_pt.pdf (Acedido a 09/11/2023).

The new European strategy for a better internet for kids (BIK+) [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2022/733663/EPRS_BRI\(2022\)733663_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2022/733663/EPRS_BRI(2022)733663_EN.pdf) (Acedido a 09/11/2023).