



MATILDE LOPES DE MENDONÇA ORTINS DE BETTENCOURT

**A PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR EM CONTRATOS
DIGITAIS: ANÁLISE DOS CONTRATOS CELEBRADOS
COM DADOS PESSOAIS COMO CONTRAPRESTAÇÃO**

Dissertação com vista à obtenção do grau de Mestre
em Direito na especialidade de Direito e Tecnologia

Orientador:

Professor Doutor Jorge Morais de Carvalho

Professor da NOVA School of Law

Setembro, 2021



MATILDE LOPES DE MENDONÇA ORTINS DE BETTENCOURT

A PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR EM CONTRATOS DIGITAIS: ANÁLISE DOS CONTRATOS CELEBRADOS COM DADOS PESSOAIS COMO CONTRAPRESTAÇÃO

Dissertação apresentada à NOVA School of Law
com vista à obtenção do grau de Mestre em Direito
na especialidade de Direito e Tecnologia, realizada
sob a orientação do Professor Doutor Jorge Morais
Carvalho

Setembro, 2021

Declaração antiplágio

Declaro por minha honra que o trabalho que apresento é original e que todas as minhas citações estão corretamente identificadas. Tenho consciência de que a utilização de elementos alheios não identificados constitui uma grave falta ética e disciplinar.

Mariele Bettencourt

Modo de citar e outras convenções

Modo de citar: As referências bibliográficas serão identificadas de modo reduzido ao longo da dissertação, de acordo com a seguinte regra: PRIMEIRA LETRA DO NOME DO AUTOR e APELIDO, *Título principal da obra*, ano de publicação e página(s) que pretende(m) referenciar, encontrando-se as demais referências detalhadamente identificadas na bibliografia, citadas nos seguintes termos:

- As monografias são citadas com referência a APELIDO DO AUTOR, Nome, *título da obra*, volume quando aplicável, edição, local de edição quando exista, editora e ano.
- Os artigos ou partes de livro são citados com referência a APELIDO DO AUTOR, Nome, “Título do artigo ou parte de livro”, *revista ou livro*, número, volume, (ano) e página(s).
- A jurisprudência é citada com referência a Tribunal, data, número de processo e (relator). Ao longo do texto, a citação de jurisprudência é feita de modo reduzido e de acordo com a seguinte regra: Tribunal, data e (relator).

Acordo ortográfico: A presente dissertação está redigida ao abrigo do Novo Acordo Ortográfico, aprovado nos termos da Resolução da Assembleia da República nº 35/2008, publicada na Série I do Diário da República nº 145/2008, de 29 de julho.

Número de caracteres - O corpo da presente dissertação, incluindo espaços e notas de rodapé, ocupa um total de 189 760 caracteres.

Lista de abreviaturas

Ac.	Acórdão
AEPD	Autoridade Europeia para a Proteção de Dados
Al.	Alínea
art.	artigo
arts.	artigos
B2B	Business to business
B2C	Business to consumer
CC	Código Civil
CRP	Constituição da República Portuguesa
DL	Decreto-Lei
DCSD	Diretiva sobre certos aspetos relativos aos contratos de fornecimento de conteúdos e serviços digitais
EM	Estado-Membro
Ibid.	<i>Ibidem</i>
LDC	Lei de Defesa do Consumidor
n.º	número
n.ºs	números
p.	página
pp.	páginas
Proc.	Processo
RGPD	Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados
STJ	Supremo Tribunal de Justiça
TFUE	Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia
TJUE	Tribunal de Justiça da União Europeia
TRC	Tribunal da Relação de Coimbra
TRG	Tribunal da Relação de Guimarães
TRP	Tribunal da Relação do Porto
UE	União Europeia
Vol.	Volume

Resumo

Em maio de 2019 deu-se um importante marco na proteção dos consumidores em ambientes digitais, através da publicação da Diretiva (UE) 2019/770. Foram submetidos ao seu âmbito de aplicação, nomeadamente, os contratos pelos quais um profissional fornece conteúdos ou serviços digitais e, em contrapartida, o consumidor fornece os seus dados pessoais. Estes novos contratos digitais, eram já uma prática social existente à qual não era, ainda, atribuída proteção. A necessidade de legislação desta matéria centrou-se fundamentalmente no objetivo de se criar a nível europeu uma solução harmonizada e equilibrada que viesse clarificar o quadro jurídico em torno dos contratos de fornecimento de conteúdos e serviços digitais.

Uma vez transposta para o ordenamento jurídico interno, a Diretiva vai ser aplicável a par e passo com as legislações de Direito do Consumo, em especial, e de Direito das Obrigações e dos Contratos, em geral. Tendo em conta as particularidades inerentes a contratos desta natureza, surge o desafio de classificar o contrato e analisar a sua formação de modo a que a legislação nacional lhe seja plenamente aplicável.

Tratando-se no essencial de contratos em que os dados pessoais são utilizados como contraprestação contratual, afigura-se como um aspeto central considerar o Direito Fundamental em causa e articulá-lo com as normas de Direito da Proteção de Dados, de forma a garantir uma harmonização total a nível contratual e de defesa do consumidor.

O objetivo da presente dissertação prende-se em providenciar um maior desenvolvimento dos mecanismos que os consumidores dispõem quando celebram um contrato nestes moldes e refletir as respetivas consequências contratuais tanto para os consumidores como para os profissionais que entrem numa relação contratual desta natureza.

Abstract

May 2019 saw an important milestone in the protection of consumers in digital environments with the publication of Directive (EU) 2019/770. In particular, contracts whereby a trader supplies digital content or a digital service and, in return, the consumer provides personal data, were brought within its scope. These new digital contracts were already an existing social practice that was not yet afforded protection. The necessity for legislation in this area focused primarily on the goal of creating a harmonized and balanced solution at the European level that would clarify the legal framework around contracts for the supply of digital content and services.

Once transposed into the national law, the Directive will apply in parallel with the legislation of Consumer Law, in particular, and of Law of Obligations and Contracts, in general. Taking into account the particularities inherent to contracts of this nature, the challenge arises to classify the contract and analyze its formation so that national law is fully applicable to it.

As these are essentially contracts in which personal data are used as contractual consideration, it is essential to consider the Fundamental Right in question and articulate it with the rules provided by Data Protection Law, so as to ensure full harmonization at the contractual and consumer protection level.

The aim of this dissertation is to provide further development of the mechanisms available to consumers when entering into a contract of this nature and to reflect on the respective contractual consequences for both consumers and professionals who enter into a contractual relationship of this nature.

1. INTRODUÇÃO

Com o processo de evolução tecnológica em marcha, somos, hoje, cada vez mais confrontados com contratos digitais. Contratos esses que são celebrados com o nosso consentimento, mas sem a consciência da existência de uma proposta negocial, a que muitas vezes, aderimos mediante a nossa aceitação. Tal acontece cada vez que descarregamos uma *app*, abrimos uma conta numa rede social, subscrevemos um serviço, etc. Muitos desses contratos, são-nos apresentados como “gratuitos”, por não ser necessário o pagamento de um preço, quando na verdade são recolhidos dados pessoais do consumidor, muitas vezes para além dos necessários para a execução do contrato, isto é, para o acesso a certos conteúdos e serviços digitais. Tal é o caso, por exemplo, das aplicações móveis aparentemente “gratuitas” que descarregamos para o telemóvel¹.

A economia digital começou a deparar-se com uma insegurança jurídica por parte dos consumidores que celebravam contratos digitais e eram confrontados com conteúdos digitais errados ou defeituosos, com dificuldades de acesso aos mesmos e sem ferramentas de apoio à resolução destes problemas, acabando assim por ficar prejudicados².

Atualmente, o mercado dos dados pessoais é um mercado extremamente valioso e foi por reconhecer o crescente valor económico dos dados pessoais, que a Comissão Europeia veio esclarecer que esses serviços não podem ser considerados como simplesmente “gratuitos”³.

Foi na sequência do aumento destes contratos, anteriormente descritos como “gratuitos”, que o legislador europeu, em 2015, sentiu a necessidade de propor uma

¹ Pense-se, por exemplo, na hipótese em que descarregamos para o *smartphone* o Google Maps, em que não é necessário pagar nenhum preço para a sua utilização, mas é nos solicitado o acesso a dados pessoais para além da nossa localização (dado necessário para a utilização da aplicação), como por exemplo, os contactos que temos no telemóvel. Mas também noutras situações, como a utilização de websites (por exemplo o YouTube) ou quando se adere a uma rede social abrindo conta (como no Facebook, Instagram, Twitter, etc).

² Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho sobre certos aspetos relativos aos contratos de fornecimento de conteúdos digitais, COM/2015/0634 final – 2015/0287 (COD), Considerando 4.

³ European Data Protection Supervisor, Opinion 8/2018 on the legislative package “A New Deal for Consumers”, p.11.

Diretiva que regulasse os contratos de fornecimento de conteúdos digitais⁴, de modo a reduzir incertezas jurídicas e aumentar a confiança e proteção dos consumidores num ambiente digital, incluindo pela primeira vez estes contratos no seu âmbito de aplicação⁵. Seguiram-se inúmeras opiniões⁶, que suscitaram uma panóplia de questões e onde se desencadearam alguns entraves e preocupações, entrando em vigor em Maio de 2019 a Diretiva (UE) 2019/770 como parte da Estratégia do Mercado Único Digital.

Com a publicação da Diretiva (UE) 2019/770⁷, o assunto da comercialização dos dados pessoais tornou-se ainda mais mediático e gerou discussões doutrinárias, as quais vão ser oportunamente adereçadas neste estudo. Enquanto, de um lado temos os dados pessoais recolhidos e tratados necessários para o funcionamento de um serviço ou conteúdo digital, por outro lado temos uma relação contratual entre o consumidor e o profissional, em que o profissional se compromete a oferecer ou oferece um conteúdo ou serviço digital e, em contrapartida, o consumidor compromete-se a oferecer ou oferece dados pessoais. É então aqui que surge a discussão de saber se os dados pessoais (nestes contratos) são fornecidos como contraprestação.

Foi com a Diretiva (UE) 2019/770 que se ergueu um novo paradigma na área de Direito dos Contratos. É urgente garantir a proteção do consumidor nesta matéria, de modo a que esteja preparado e ciente de que está prestes a entrar numa relação contratual e que lhe sejam disponibilizados os direitos inerentes a tal relação.

⁴ Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho sobre certos aspetos relativos aos contratos de fornecimento de conteúdos digitais, COM/2015/0634 final – 2015/0287 (COD).

⁵ Para mais desenvolvimento sobre este tema, especialmente nas críticas à Proposta, Vide., R. ROBERT; L. SMIT, *The proposal for a directive on digital content: a complex relationship with data protection law*, 2018, p. 159-177; R. MANKO, *Contracts for supply of Digital Content*, 2016; A. METZGER; Z. EFRONI; L. MISCHAU; J. METZGER, *Data-Related Aspects of the Digital Content Directive*, 2018.

⁶ De destacar: Parecer do Comité Económico e Social Europeu sobre a Proposta de diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho sobre certos aspetos relativos aos contratos de fornecimento de conteúdos digitais”, (2016-07-20); Parecer da Comissão das Liberdades Cívicas, da Justiça e dos Assuntos Internos dirigido à Comissão do Mercado Interno e da Proteção dos Consumidores e à Comissão dos Assuntos Jurídicos sobre a proposta de diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho sobre certos aspetos relativos aos contratos de fornecimento de conteúdos digitais (2016-11-21); Comissão do Mercado Interno e da Proteção dos Consumidores, Comissão dos Assuntos Jurídicos, RELATÓRIO sobre a proposta de diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho sobre certos aspetos relativos aos contratos de fornecimento de conteúdos digitais (2017-11-27); European Data Protection Supervisor, “Opinion 4/2017 on the Proposal for a Directive on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content”, 2017; European Data Protection Supervisor, “Opinion 8/2018 on the legislative package “A New Deal for Consumers””, 2018.

⁷ Diretiva (UE) 2019/770 do Parlamento Europeu e do Conselho de 20 de maio de 2019 sobre certos aspetos relativos aos contratos de fornecimento de conteúdos e serviços digitais (doravante “DCSD”).

A presente dissertação visa analisar e concretizar as consequências da celebração de contratos digitais, isto é, providenciar um maior desenvolvimento dos mecanismos que os consumidores dispõem quando celebram uma relação contratual desta natureza. Não só aqueles que são disponibilizados pela Diretiva (UE) 2019/770, mas também todos os direitos e deveres que são aplicáveis aos consumidores ao abrigo da legislação europeia, em geral, e da legislação portuguesa, em particular.

Para tal, é relevante, em primeiro lugar, fornecer um enquadramento jurídico da situação, tanto quanto no que diz respeito às novas obrigações estabelecidas na Diretiva (UE) 2019/770, mas também quanto à discussão em torno do fornecimento de dados pessoais como contraprestação. Relativamente a este aspeto, é pertinente analisar a classificação do contrato subjacente e fornecer uma visão geral sobre a aplicação da lei nacional portuguesa.

Este estudo pretende contribuir para uma uniformização do sistema jurídico nesta matéria, procurando antecipar as dificuldades de coordenação entre o direito interno e o direito europeu e prever uma compatibilidade de respostas que tendem ainda a ser muito incertas, especialmente nesta altura em que a maioria dos Estados-Membros terá já transposto a Diretiva para o direito nacional, propondo assim uma análise de todas as questões jurídicas que possam surgir, de modo a garantir a proteção do consumidor.

2. ENQUADRAMENTO GERAL DA DIRETIVA (UE) 2019/770

No âmbito do Mercado Único Digital, com o principal objetivo de terminar com as diferenças de regimes nacionais entre Estados-Membros em matéria de direito dos contratos, e também de clarificar os direitos contratuais dos consumidores em matéria de conteúdos digitais defeituosos⁸, foi apresentada em 2015 a Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho sobre certos aspetos relativos aos contratos de fornecimento de conteúdos digitais⁹.

Até aqui, o fornecimento de conteúdos digitais era regulado a nível da UE, pela Diretiva relativa aos direitos dos consumidores¹⁰, a Diretiva relativa às cláusulas abusivas¹¹ e a Diretiva relativa ao comércio eletrónico^{12 13}, não havendo um instrumento legal que harmonizasse e concretizasse a proteção do consumidor relativamente à aquisição de conteúdos digitais, muito menos que previsse a hipótese de contratos em que os dados pessoais do consumidor podem ser utilizados como contraprestação¹⁴.

A necessidade de legislação desta matéria centrou-se fundamentalmente no objetivo de se criar a nível europeu uma solução harmonizada e equilibrada que viesse clarificar o quadro jurídico em torno dos contratos de fornecimento de conteúdos digitais. Sem uma resposta da UE, cada Estado-Membro continuaria a ter a sua própria classificação contratual, tal como salientado na Proposta de Diretiva, “dependendo do

⁸ Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho sobre certos aspetos relativos aos contratos de fornecimento de conteúdos digitais, COM/2015/0634 final – 2015/0287 (COD), pp. 1-3.

⁹ Ibid. (doravante “Proposta de Diretiva”).

¹⁰ Diretiva 2011/83/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de outubro de 2011, relativa aos direitos dos consumidores, que altera a Diretiva 93/13/CEE do Conselho e a Diretiva 1999/44/CE do Parlamento Europeu e do Conselho e que revoga a Diretiva 85/577/CEE do Conselho e a Diretiva 97/7/CE do Parlamento Europeu e do Conselho (doravante “Diretiva dos Direitos dos Consumidores”).

¹¹ Diretiva 93/13/CEE do Conselho, de 5 de abril de 1993, relativa às cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores (doravante “Diretiva das cláusulas abusivas”).

¹² Diretiva 2000/31/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 8 de Junho de 2000, relativa a certos aspetos legais dos serviços da sociedade de informação, em especial do comércio eletrónico, no mercado interno (doravante “Diretiva sobre o comércio eletrónico”).

¹³ A Diretiva 1999/44/CE relativa à venda de bens de consumo e garantias a ela relativas (doravante “Diretiva de bens de consumo e garantias”), que foi transposta para o ordenamento jurídico português pelo Decreto-Lei n.º 67/2003, não era aplicável ao fornecimento de conteúdos digitais uma vez que a definição de bens nela presente diz respeito apenas a “bens móveis corpóreos” (artigo 1º-B, alínea b) do DL n.º 67/2003 e artigo 1º, n.º 2, alínea b) da Diretiva de bens de consumo e garantias). Autoridade Europeia para a Proteção de Dados, Síntese do Parecer relativo à proposta de diretiva sobre certos aspetos relativos aos contratos de fornecimento de conteúdos digitais, 2017, p. 2.

¹⁴ A nível nacional, a proteção jurídica dos consumidores nesta matéria era, essencialmente, o Decreto-Lei n.º 24/2014 e o Decreto-Lei n.º 57/2008.

Estado-Membro, estes contratos são considerados contratos de venda, contratos de serviços ou contratos de aluguer. Além disso, os contratos de fornecimento de conteúdos digitais são, por vezes, classificados de forma diferente no mesmo Estado-Membro em função do tipo de conteúdos digitais oferecido.”¹⁵. Assim, tornar-se-ia demasiadamente moroso e exigente que as empresas fossem obrigadas a conhecer todas as disposições legais sobre esta matéria, sendo elas diferentes de Estado-Membro para Estado-Membro. Com uma resposta a nível europeu, não só se obtém uma coerência de aplicação dos direitos dos consumidores, como também se assegura o mesmo nível de proteção do consumidor em toda a UE, contribuindo para uma maior segurança jurídica tanto para os consumidores, como para as empresas¹⁶.

Optou-se por deixar à consideração dos Estados-Membros, nesta fase¹⁷, a classificação do contrato subjacente¹⁸, centrando-se a Proposta de Diretiva numa harmonização plena geral focada na igualdade de proteção do consumidor em toda a UE, oferecendo orientações gerais (de modo a abranger todos os desenvolvimentos tecnológicos que possam vir a surgir) com o objetivo de poderem ser aplicadas em todos os Estados-Membros sem que interferiram com o direito interno e combatendo, assim, a fragmentação jurídica que poderia advir de novas legislações nacionais nesta matéria.

¹⁵ Proposta de Diretiva, p. 5.

¹⁶ Ibid., p. 6.

¹⁷ A versão final da Diretiva deixou a cargo dos Estados-Membros a determinação do preenchimento dos requisitos nacionais para a formação, existência e validade do contrato (Considerandos 12 e 24 da Diretiva (UE) 2019/770).

¹⁸ Considerando 10 da Proposta de Diretiva.

2.1. QUESTÕES SUSCITADAS

Muitos foram os aspetos presentes na Proposta de Diretiva que suscitaram discussão. Apesar de já começar a ser assunto doutrinário¹⁹, foi com a Proposta de Diretiva que a questão de saber se os dados pessoais poderiam ser utilizados como contraprestação num contrato, atingiu o seu auge. A Proposta de Diretiva subjugou ao seu âmbito de aplicação²⁰ “(...) qualquer contrato em que o fornecedor fornece ao consumidor conteúdos digitais ou se compromete a fazê-lo e, em contrapartida, é pago um preço ou o consumidor fornece ativamente outra contrapartida que não dinheiro, sob a forma de dados pessoais ou quaisquer outros dados.”²¹.

Foi essencialmente por reconhecer a atual existência de modelos de negócios que assentam no fornecimento de conteúdos digitais (muitas das vezes apresentados como “gratuitos”) em troca de acesso a dados pessoais do consumidor, que o legislador europeu sentiu a necessidade de incluir dados pessoais como opção de contrapartida no âmbito de aplicação da Proposta de Diretiva²² e assim, garantir que estes contratos estão sujeitos aos mesmos requisitos em termos de proteção do consumidor. De outro modo não seria possível que se assegurassem condições equitativas em matéria concorrencial entre modelos de negócios. Conforme referido no Considerando 13 da Proposta de Diretiva, o valor desses dados na economia digital é não só reconhecido, como chega a ser equiparável a dinheiro. Portanto, legislar apenas sobre conteúdos e serviços digitais que fossem fornecidos em contrapartida de um preço e não aqueles que são fornecidos em contrapartida da cedência de acesso a dados pessoais, levaria a uma discriminação injustificada que incentivaria as empresas a oferecerem mais fácil e habitualmente serviços e conteúdos digitais em contrapartida de dados pessoais, o que daria azo a uma

¹⁹Vide., a este propósito, W., EGGERS; R. HAMILL; A. ALI, *Data as the new currency*, 2013, pp. 18-31; C. LANGHANKE; M. SCHMIDT-KESSEL, *Consumer Data as Consideration*, 2015, pp. 218-223; European Data Protection Supervisor, Preliminary Opinion on Privacy and competitiveness in the age of big data: The interplay between data protection, competition law and consumer protection in the Digital Economy, 2014; G. SPINDLER, *Contracts For the Supply of Digital Content – Scope of application and basic approach – Proposal of the Commission for a Directive on contracts for the supply of digital content*, 2016, pp.183-217.

²⁰ Art. 3º da Proposta de Diretiva.

²¹ Texto que foi posteriormente alterado, conforme vai ser referido *infra*. Sublinhado nosso.

²² Pense-se, a nível de exemplo, na hipótese em que o consumidor descarrega para o seu *smartphone* uma aplicação (da *App Store* ou *Play Store*, por exemplo) dita “gratuita”, mas permite o acesso a dados pessoais para além daqueles que são necessários para o funcionamento da mesma.

elevada e desproporcional desproteção do consumidor, que não se veria abrangido por esta legislação²³.

Esta questão torna-se ainda mais clara se pensarmos que os consumidores que fornecem os seus dados pessoais em contrapartida da aquisição de um conteúdo ou serviço digital, não estão a fazê-lo gratuitamente (ao contrário do que lhes é apresentado), tendo em conta o valor que os dados pessoais têm atualmente na economia digital, conforme referido *supra*. Adicionalmente, é gerado valor lucrativo para os profissionais a partir dos dados fornecidos pelos consumidores quando se inscrevem ou utilizam os seus serviços ou conteúdos digitais, através de publicidade direcionada ou através da venda desses dados a terceiros, por exemplo. Assim, não há razão justificada para se atribuir um menor nível de proteção a estes consumidores, nem de fazer depender a aplicabilidade das normas da Diretiva da contrapartida em causa.

2.1.1. DADOS PESSOAIS FORNECIDOS “ATIVAMENTE” PELO CONSUMIDOR

O legislador europeu, na Proposta de Diretiva, limitou o âmbito de aplicação da mesma apenas aos casos em que o consumidor faculta *ativamente* dados pessoais²⁴, dando como exemplo nome, endereço de correio eletrónico, fotografias²⁵. A intenção do legislador era excluir a aplicabilidade da Diretiva aos casos em que os dados pessoais são fornecidos pelo consumidor unicamente para satisfazer os requisitos legais²⁶, ou por serem necessários ao cumprimento do contrato e funcionamento do conteúdo ou serviço

²³ Considerando 13 da Proposta de Diretiva.

²⁴ Art. 3º da Proposta de Diretiva.

²⁵ Considerando 14 da Proposta de Diretiva.

²⁶ Como, por exemplo, caso o registo do consumidor seja exigido por legislação aplicável, para fins de segurança ou de identificação. Considerando 14 da Proposta de Diretiva.

digital²⁷, ou por serem recolhidos e transmitidas através de *cookies*²⁸. No entanto, a escolha da palavra “ativamente” não foi feliz e gerou alguma controvérsia²⁹.

De facto, restringir a aplicação da Proposta de Diretiva apenas a dados pessoais fornecidos “ativamente”, significa exigir uma ação afirmativa por parte do consumidor, o que nos leva a pensar o que poderá estar em causa nos dados pessoais fornecidos “passivamente”. No Considerando 14 da Proposta de Diretiva é indicado que a Diretiva se aplica unicamente aos casos em que o consumidor entrega “ativamente” dados, “(...) de forma direta ou indireta através de, por exemplo, registos individuais ou através de um contrato que permite o acesso às fotografias do consumidor”. Isto significa que caso o consumidor forneça os dados de forma “indireta” (conceito também ele subjetivo e não definido na legislação em apreço) está a fazê-lo “ativamente”, o que pode gerar alguma confusão. Se pensarmos em situações em que o consumidor fornece dados pessoais indiretamente, poder-se-ia pôr em hipótese casos em que a recolha de dados pessoais do consumidor é feita por terceiros, por exemplo, mas neste caso deixa de o ser “ativamente”, uma vez que, pela aceção da palavra, o consumidor não está a realizar uma ação de modo a fornecer os seus dados pessoais àquela entidade. Contudo, no mesmo Considerando da Proposta de Diretiva, foi esclarecido que a mesma não seria aplicável nas situações em que “(...) o fornecedor recolhe informações, incluindo dados pessoais, tais como o endereço IP ou outras informações geradas automaticamente como, por exemplo, informações recolhidas e transmitidas por *cookies*, sem que o consumidor as tenha ativamente fornecido, mesmo que este tenha aceitado os *cookies*. Também não se deverá aplicar a situações em que o consumidor esteja exposto a anúncios com o intuito exclusivo de aceder a conteúdos digitais.”³⁰. Esta designação parece indicar, afinal, dois aspetos: (i) que a intenção do legislador era a de considerar que os dados pessoais fornecidos “passivamente” serão aqueles que são recolhidos através de *cookies* ou de anúncios³¹ e

²⁷ Como, por exemplo, os dados de localização geográfica do consumidor no caso de ser necessário para que uma aplicação de telemóvel funcione eficazmente. Considerando 14 da Proposta de Diretiva.

²⁸ Conforme Considerando 14 da Proposta de Diretiva e tendo em conta o texto adotado na versão final da Diretiva que irá ser referido posteriormente.

²⁹ Vide., a este respeito R. ROBERT; L. SMIT, *The proposal for a directive on digital content: a complex relationship with data protection law*, 2018, p. 165, que consideram poder ter sido intenção do legislador não regular a Internet inteira e deixar de fora do âmbito da Proposta de Diretiva motores de busca e serviços similares em que os dados pessoais não são “ativamente” fornecidos.

³⁰ Considerando 14 da Proposta de Diretiva.

³¹ Esta exclusão de aplicabilidade da Diretiva compreende-se na medida em que a informação recolhida através de *cookies* (ou metadados) nunca é “ativamente” fornecida pelo consumidor, antes pelo contrário,

ainda que (ii) o fornecedor dos conteúdos e serviços digitais deve solicitar os dados pessoais do consumidor e não apenas recolhê-los (como no caso dos *cookies*)³². Isto pode significar atribuir uma diferenciação de proteção do consumidor consoante a forma como os dados pessoais foram fornecidos. Isto é, os consumidores que veem os seus dados recolhidos por *cookies* não vão estar protegidos ao abrigo desta legislação, mas aqueles que “ativamente” fornecerem essencialmente o mesmo tipo de dados, já veem ser atribuída essa proteção³³.

No Parecer da Comissão das Liberdades Cívicas, da Justiça e dos Assuntos Internos³⁴ foi aconselhado que se alargasse a disposição em causa, de forma a abranger todos os dados pessoais fornecidos pelo consumidor e não apenas aqueles que fossem “ativamente” fornecidos, de modo a não resultar num incentivo aos profissionais de não solicitarem o consentimento dos consumidores³⁵. Efetivamente, e tal como referido pela Autoridade Europeia para a Proteção de Dados (doravante “AEPD”), o facto de o legislador subjugar ao âmbito de aplicação da Diretiva apenas os dados “ativamente” fornecidos pelo consumidor, não significa que o profissional não possa utilizar e tratar os dados pessoais que não forem “ativamente” fornecidos (portanto, recolhidos pelo profissional sem uma ação por parte do consumidor), antes pelo contrário, pode até fazê-lo nos mesmos moldes e com a mesma finalidade que aqueles que foram “ativamente” fornecidos. Isto poderia resultar, uma vez mais, num incentivo (injustificado) ao profissional de não solicitar ao consumidor que forneça os dados “ativamente”, de modo

mesmo que o consumidor explicitamente aceite a recolha dos metadados, é o *browser* de internet que gera essa informação. Aqui se incluem também os denominados “*browse-wrap contracts*”, isto é, os casos em que o consumidor ao simplesmente navegar num *website* está a aceitar os “termos e condições” impostos pelo fornecedor do *website*. Vide., M. NARCISO, ‘*Gratuitous*’ *Digital Content Contracts in EU Consumer Law*, 2017, p. 204.

³² R. ROBERT; L. SMIT, *The proposal for a directive on digital content: a complex relationship with data protection law*, 2018, p. 165.

³³ A. METZGER, Z. EFRONI; L. MISCHAU; J. METZGER, *Data-Related Aspects of the Digital Content Directive*, 2018, p. 96; European Law Institute (ELI) - Statement on the European Commission’s proposed directive on the supply of digital content to consumers, 2016, p.15.

³⁴ Parecer da Comissão das Liberdades Cívicas, da Justiça e dos Assuntos Internos dirigido à Comissão do Mercado Interno e da Proteção dos Consumidores e à Comissão dos Assuntos Jurídicos sobre a proposta de diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho sobre certos aspetos relativos aos contratos de fornecimento de conteúdos digitais, 2016.

³⁵ *Ibid.*, pp. 3, 7 e 16.

a evitar estar sujeito à aplicação da Diretiva. Do mesmo modo, o consumidor deixaria de estar protegido ao abrigo desta legislação³⁶.

Quanto à posição do Parlamento Europeu em primeira leitura, o Relatório da Comissão Interna e da Proteção dos Consumidores e da Comissão dos Assuntos Jurídicos, foi também no mesmo sentido, tendo sugerido que o âmbito de aplicação fosse alargado aos dados que são recolhidos pelo fornecedor ou por uma terceira parte em nome do fornecedor e não só aqueles que são “ativamente” fornecidos pelo consumidor, “a fim de evitar a criação de lacuna”³⁷.

Já o Conselho, pareceu partilhar da mesma opinião ao propor que se retirasse a indicação de “ativamente” do âmbito de aplicação da Proposta de Diretiva, sugerindo que ficasse à consideração dos Estados-Membros alargar a aplicação das regras da Diretiva a situações excluídas do âmbito de aplicação da mesma, tais como no caso das informações recolhidas e transmitidas por *cookies*³⁸.

A AEPD defendeu, a nosso ver bem, ser contraditória a intenção do legislador em pretender evitar a discriminação entre os diferentes modelos de negócios (aqueles em que a contrapartida é monetária e aqueles em que a contrapartida são dados pessoais) e excluir do âmbito de aplicação da Proposta de Diretiva certas situações em que os dados pessoais são fornecidos como contraprestação, nomeadamente quando o consumidor não os fornece “ativamente”³⁹.

A AEPD esclareceu ainda que a diferenciação entre dados pessoais fornecidos “ativamente” e “passivamente” não é feita nem visada no direito à proteção de dados,

³⁶ European Data Protection Supervisor, Opinion 4/2017 on the Proposal for a Directive on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content, 2017, p. 12.

³⁷ Na proposta de alteração do artigo 3º, n.º 1, foi sugerido que se alterasse a expressão “(...) ou o consumidor fornece ativamente outra contrapartida que não dinheiro, sob a forma de dados pessoais ou quaisquer outros dados” por “(...) em troca do pagamento de um preço ou de dados pessoais fornecidos pelo consumidor ou recolhidos pelo operador ou por uma terceira parte em nome do operador”. Comissão do Mercado Interno e da Proteção dos Consumidores, Comissão dos Assuntos Jurídicos, RELATÓRIO sobre a proposta de diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho sobre certos aspetos relativos aos contratos de fornecimento de conteúdos digitais, 2017, pp. 57 e 95.

³⁸ Orientação geral do Conselho da União Europeia sobre a Proposta de diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa a certos aspetos respeitantes aos contratos de fornecimento de conteúdos digitais (Primeira leitura), 2017, p.8.

³⁹ Artigo 3.º interpretado *a contrario sensu*, da Proposta de Diretiva. European Data Protection Supervisor, Opinion 4/2017 on the Proposal for a Directive on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content, 2017, p. 12.

pelo que esta noção contraria as regras existentes em matéria de proteção de dados. Aliás, conforme referido no seu Parecer, deveria ser conferida uma proteção ainda mais alargada aos consumidores, no caso do tratamento de dados pessoais que não são “ativamente” fornecidos pelo consumidor, principalmente em ambientes digitais, nos quais o consumidor nem sempre está ciente de tal tratamento⁴⁰. O Grupo de Trabalho do Artigo 29.º, nas orientações sobre o direito à portabilidade dos dados⁴¹, no âmbito do artigo 20.º do RGPD⁴² tinha já esclarecido quais os dados abrangidos pelo direito à portabilidade. Nele se incluem tanto os dados “ativamente” fornecidos pelo consumidor como aqueles que são recolhidos e tratados sem que tenham sido “ativamente” fornecidos pelo consumidor⁴³.

Não obstante todas as opiniões supramencionadas, parece-nos que, efetivamente, limitar a aplicação da Diretiva apenas a dados pessoais fornecidos “ativamente” pelo consumidor significava deixar de fora uma larga quantidade de dados pessoais que são recolhidos pelo profissional habitualmente neste tipo contratual, seja na utilização do conteúdo (ou serviço) digital ou no momento do fornecimento do mesmo. Tal limitação seria totalmente desadequada tendo em conta que objetivo de legislação nesta matéria é precisamente a harmonização da proteção do consumidor.

⁴⁰ Ibid., p.12.

⁴¹ Article 29 Data Protection Working Party, Guidelines on the right to data portability, 2016.

⁴² Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016, relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados (Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados) (doravante “RGPD”).

⁴³ European Data Protection Supervisor, Opinion 4/2017 on the Proposal for a Directive on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content, 2017, pp. 11-12.

2.1.2. DADOS PESSOAIS COMO CONTRAPRESTAÇÃO – ENQUADRAMENTO LEGAL

A AEPD, no seu Parecer, mostrou-se a favor da intenção do legislador em regular os conteúdos e serviços digitais que são geralmente apresentados aos consumidores como “gratuitos” apenas por não terem de pagar um preço monetário, quando na verdade lhes é solicitado que forneçam dados pessoais, muitas vezes sem que tenham essa percepção, assegurando desta forma uma proteção equitativa do consumidor⁴⁴. De facto, a AEPD reconheceu a existência de um desequilíbrio na proteção do consumidor no mercado digital, uma vez que em relação aos mesmos serviços, os consumidores que pagam um preço estariam protegidos ao abrigo de legislação europeia de direito do consumo, mas aqueles que obtêm o mesmo serviço sem pagar um preço, enfrentavam um nível muito mais baixo de proteção a nível europeu⁴⁵.

Não obstante, a AEPD expressou principalmente a sua preocupação em configurar dados pessoais como uma contrapartida, defendendo que os direitos fundamentais não poderiam ser reduzidos a uma simples contraprestação ou transação comercial e que, por esse motivo, os dados pessoais não poderiam ser equiparados a uma prestação pecuniária, acabando por sugerir que fosse evitado o termo “dados como contrapartida”. A AEPD foi mais longe e comparou o mercado de dados pessoais ao mercado de órgãos humanos para demonstrar que, apesar da sua existência, tal não significa que tenham de ser legislados⁴⁶.

No mesmo sentido, referiu ainda que o termo “dados como contrapartida” não estava concretizado nem objetivamente definido na Proposta de Diretiva, o que poderia significar uma falta de clareza quanto às situações em que os dados pessoais estariam a ser efetivamente utilizados como contrapartida e aquelas em que não estariam⁴⁷.

⁴⁴ Ibid., p.7.

⁴⁵ European Data Protection Supervisor, Opinion 8/2018 on the legislative package “A New Deal for Consumers”, 2018, p. 11.

⁴⁶ European Data Protection Supervisor, Opinion 4/2017 on the Proposal for a Directive on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content, 2017, pp.7-9.

⁴⁷ Ibid., pp. 9-10.

Como alternativa, a AEPD sugeriu que fosse utilizada a definição de “serviço” constante na Diretiva 2000/31/CE⁴⁸ ou a definição de “serviço de comunicações eletrónicas” presente na Diretiva (UE) 2018/197⁴⁹, por considerar que são suficientemente abrangentes para incluir tanto serviços pagos como gratuitos⁵⁰. Não obstante e reconhecendo o receio inerente à problemática de considerar os dados pessoais como contraprestação, não nos parece, no entanto, adequada esta hipótese apresentada pela AEPD. A definição de “serviços” nos diplomas em questão, refere-se apenas ao “serviço oferecido em geral mediante remuneração” ou ao “serviço prestado normalmente mediante remuneração”⁵¹, o que significa que uma interpretação literal irá no sentido de considerar o serviço em questão como prestado normalmente mediante uma remuneração e que, excecionalmente, poderá ser admitida a hipótese de outro tipo de contraprestação. Ainda assim, não permite de imediato uma conclusão clara de que os dados pessoais são possíveis de serem utilizados contra o fornecimento de um conteúdo ou serviço digital, o que poderia resultar num entrave à aplicação da Diretiva ao fornecimento de dados pessoais pelo consumidor como contraprestação.

Outra opção apresentada pela AEPD foi a adoção de termos similares aos utilizados no artigo 3º, n.º 2, alínea a) do RGPD⁵² para definir o âmbito de aplicação da Proposta de Diretiva sem que fosse necessário utilizar o termo “dados como contrapartida”⁵³.

⁴⁸ O artigo 2.º, alínea a) remete para a definição de “Serviços da sociedade de informação” na aceção da Diretiva 83/34/CEE, alterada pela Diretiva 98/48/CE, que por sua vez define “serviço” como “qualquer serviço da sociedade da informação, isto é, qualquer serviço prestado normalmente mediante remuneração, à distância, por via eletrónica e mediante pedido individual de um destinatário de serviços”.

⁴⁹ Diretiva (UE) 2018/1972 do Parlamento Europeu e do Conselho de 11 de dezembro de 2018 que estabelece o Código Europeu das Comunicações Eletrónicas. O artigo 2º, n.º 4 prescreve a definição de “serviço de comunicações eletrónicas” como “o serviço oferecido em geral mediante remuneração através de redes eletrónicas de comunicações, que engloba, com exceção de serviços que prestem ou exerçam controlo editorial sobre conteúdos transmitidos através de redes e serviços de comunicações eletrónicas, os seguintes tipos de serviços: a) O «serviço de acesso à Internet», na aceção do artigo 2.o , segundo parágrafo, ponto 2, do Regulamento (UE) 2015/ 2120; b) O «serviço de comunicações interpessoais»; e c) Os serviços que consistem total ou principalmente no envio de sinais, tais como os serviços de transmissão utilizados para a prestação de serviços máquina a máquina e para a radiodifusão.”

⁵⁰ European Data Protection Supervisor, Opinion 8/2018 on the legislative package “A New Deal for Consumers”, 2018, p.14; European Data Protection Supervisor, Opinion 4/2017 on the Proposal for a Directive on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content, 2017, pp. 9-10.

⁵¹ Tal como estabelecido na Diretiva (UE) 2018/197 e na Diretiva 2000/31/CE, respetivamente.

⁵² O qual prevê que o RGPD se aplica às atividades de tratamento de dados pessoais que estejam relacionadas com “a) A oferta de bens ou serviços a esses titulares de dados na União, independentemente da exigência de os titulares dos dados procederem a um pagamento”.

⁵³ European Data Protection Supervisor, Opinion 4/2017 on the Proposal for a Directive on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content, 2017, pp. 10-11.

Já no Relatório da Comissão do Mercado Interno e da Proteção dos Consumidores e da Comissão dos Assuntos Jurídicos (posição do Parlamento Europeu em primeira leitura), tinha sido aconselhada a substituição do termo “contrapartida” pela expressão “em troca”⁵⁴, com receio de que a expressão “contrapartida” pudesse resultar num incentivo a uma prática baseada na monetização de dados pessoais⁵⁵.

O Comité Económico e Social Europeu (doravante “CESE”), no seu Parecer⁵⁶, mostrou aceitar o termo “em troca de outra contrapartida que não dinheiro”, no que se refere aos dados pessoais fornecidos como contraprestação, identificando-o como um pagamento em géneros, desde que fosse precisamente definido na Diretiva quanto ao seu conteúdo, condições e circunstâncias.

2.1.2.1. DIREITO FUNDAMENTAL À PROTEÇÃO DE DADOS

O direito à proteção de dados é um direito fundamental, desde logo consagrado no artigo 8º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia e no artigo 35º da Constituição⁵⁷.

Sendo um Direito Fundamental, à primeira vista, estaria excluída a hipótese de comercialização.

⁵⁴Comissão do Mercado Interno e da Proteção dos Consumidores, Comissão dos Assuntos Jurídicos, RELATÓRIO sobre a proposta de diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho sobre certos aspetos relativos aos contratos de fornecimento de conteúdos digitais, 2017, p. 57 (“A presente diretiva é aplicável a qualquer contrato em que o operador fornece ou se compromete a fornecer conteúdos digitais ou um serviço digital ao consumidor em troca do pagamento de um preço ou de dados pessoais fornecidos pelo consumidor ou recolhidos pelo operador ou por uma terceira parte em nome do operador”).

⁵⁵ Ibid., p. 18-19. Nas alterações ao Considerando 13, foi sugerido que se adicionasse uma indicação de que “A presente diretiva não deve, de forma alguma, dar a impressão de que legitima ou encoraja uma prática baseada na monetização dos dados pessoais, uma vez que estes dados não podem ser comparados a um preço e, por conseguinte, não podem ser considerados um produto de base.”.

⁵⁶ Parecer do Comité Económico e Social Europeu sobre a «Proposta de diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho sobre certos aspetos relativos aos contratos de fornecimento de conteúdos digitais» [COM(2015) 634 final — 2015/0287 (COD)] e a «Proposta de diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa a certos aspetos que dizem respeito a contratos de vendas em linha de bens e outras vendas à distância de bens», 2016, p.10.

⁵⁷ Constituição da República Portuguesa (doravante “CRP”).

Este foi o maior argumento utilizado pela AEPD para se opor à utilização de dados pessoais como contrapartida contratual. Defendeu que uma utilização dos dados pessoais como contraprestação interferiria com o artigo 8º, n.º 2 da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia e com os princípios de proteção de dados tal como estabelecidos no RGPD⁵⁸. Esta preocupação foi sublinhada por alguma Doutrina e houve quem defendesse este argumento da AEPD, considerando que os consumidores não deveriam ser encorajados a negociar um direito fundamental, como pode acontecer na hipótese de um consumidor que não tenha outra alternativa para pagar pelo serviço ou conteúdo digital, pois facilmente irá oferecer os seus dados pessoais⁵⁹.

No entanto, também os direitos de personalidade são constitucionalmente protegidos⁶⁰ e o Código Civil português permite a sua limitação voluntária, isto é, a sua restrição por via negocial, no artigo 81º. É com base no disposto neste artigo que se permite a celebração de negócios jurídicos que tenham por objeto direitos de personalidade⁶¹. Trata-se de direitos de personalidade patrimoniais, o que significa que permitem ao seu titular retirar vantagem de carácter económico. Tal é o caso, por exemplo, da revelação de aspetos da vida privada ao público e meios de comunicação social, mediante remuneração⁶². Prática essa já totalmente aceite, o que demonstra que tanto os interesses económicos como os interesses morais podem coexistir, não entrando em contradição. Paralelamente, esta lógica pode (e deve) ser aplicada no que diz respeito aos dados pessoais. Ainda que com alguma cautela, inerente e necessária ao tema subjacente, cumpre sublinhar que o que está em causa não é a cedência dos dados pessoais através do seu fornecimento, mas antes uma limitação voluntária deste direito de personalidade do

⁵⁸ European Data Protection Supervisor, Opinion 4/2017 on the Proposal for a Directive on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content, 2017, pp.7-9; European Data Protection Supervisor, Opinion 8/2018 on the legislative package “A New Deal for Consumers”, 2018, pp. 11-14.

⁵⁹ R. ROBERT; L. SMIT, *The proposal for a directive on digital content: a complex relationship with data protection law*, 2018, p. 162.

⁶⁰ Artigo 26º CRP.

⁶¹ P. PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, 2010, pp. 52-55.

⁶² Por exemplo, um ator famoso que permite que a sua imagem e nome sejam usados em campanhas publicitárias ou modelos que celebram contratos em que permitem que as suas fotografias sejam publicadas. Nestes casos, o ator ou modelo não estão a vender a sua imagem ou nome, estão simplesmente a conceder à empresa um direito contratual de utilizar essa imagem ou nome mediante uma remuneração. Vide., R. MANKO; S. MONTELEONE, *Contracts for the supply of digital content and personal data protection*, 2017, p.4.

consumidor, o que permite a terceiros aceder ao seu círculo de reserva da vida privada correspondente⁶³.

Conforme salienta MENEZES CORDEIRO⁶⁴, na medida em consubstanciam direitos subjetivos, os direitos de personalidade atribuem ao seu beneficiário posições de liberdade, o que implica que possam dispor dos mesmos, o que não significa uma alienação definitiva. É certo que os dados pessoais são atributos de personalidade⁶⁵, visto que os direitos de personalidade visam proteger a identidade pessoal de um indivíduo. Há ainda quem defenda que a proteção de dados tem como objeto último, não um, mas diversos direitos de personalidade do titular dos dados⁶⁶.

A limitação voluntária dos direitos de personalidade é aceite quando não for contrária aos princípios de ordem pública ou ofensivo dos bons costumes⁶⁷ (artigo 81º *a contrario* e artigo 280º do Código Civil). Ora, neste sentido poder-se-ia pôr a questão de saber se uma eventual limitação voluntária ao direito da proteção de dados (i.e. comercialização) seria contrário à ordem pública. No entanto, esta é uma prática que se tornou bastante reconhecida na sociedade, o que levou à necessidade de resposta legislativa nesta matéria, com a publicação da Diretiva (UE) 2019/770, que veio prever e reger, entre outros, os contratos celebrados entre consumidores e profissionais, em que os dados pessoais funcionam como contraprestação.

⁶³ M. MIRANDA BARBOSA, *Negócios onerosos e gratuitos: uma reflexão a propósito de novos fenómenos de gratuitidade*, 2020, p. 1843.

⁶⁴ A. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português I*, 2007, p. 115.

⁶⁵ G. VERSACI, *Personal Data and Contract Law: Challenges and Concerns about the Economic Exploitation of the Right to Data Protection*, 2018, p. 386.

⁶⁶ M. MIRANDA BARBOSA, *Proteção de Dados e Direitos de Personalidade: Uma Relação De Interioridade Constitutiva. Os Beneficiários Da Proteção E A Responsabilidade Civil*, 2017, p. 32.

⁶⁷ A. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português I*, 2007, p. 117.

2.1.2.2. COMPATIBILIDADE COM O RGPD

Poder-se-ia pensar que a hipótese de comercialização dos dados pessoais implicaria uma renúncia aos direitos conferidos pelo RGPD.

Vejamos. O direito à proteção dos dados pessoais não diz respeito ao secretismo dos mesmos, mas antes ao controlo que um sujeito tem sobre os seus próprios dados pessoais⁶⁸. Deste modo, quando um consumidor celebra um contrato em que os seus dados pessoais são usados como contrapartida, mantém os direitos previstos no RGPD, não renunciando aos mesmos. De notar que, o RGPD, no artigo 13º, n.º 2, alínea e) já mencionava como dever de informação por parte do responsável pelo tratamento, a comunicação de dados pessoais caso constituísse uma obrigação legal ou contratual ou fosse um requisito necessário para celebrar um contrato, bem como se o titular está obrigado a fornecer dados pessoais e quais as eventuais consequências caso não forneça tais dados, o que demonstra que efetivamente, o RGPD e a DCSD são compatíveis.

A Diretiva (UE) 2019/770 estabelece que o RGPD é aplicável a todos os dados pessoais recolhidos e tratados no âmbito dos contratos objeto da Diretiva, e ainda que, em caso de conflito com a DCSD, o RGPD prevalece⁶⁹. Adicionalmente, o incumprimento do RGPD pode ainda resultar numa desconformidade contratual⁷⁰. Isto significa que houve uma preocupação do legislador europeu em garantir que o consumidor que entra numa relação contratual deste tipo não fica prejudicado nem privado dos seus direitos no que toca à proteção dos dados pessoais. Deste modo, mesmo celebrando um contrato em que os dados pessoais funcionem como contraprestação, o consumidor mantém os direitos previstos no RGPD, nomeadamente, o direito a retirar o consentimento (artigo 7º, n.º 3), o direito de acesso aos dados (artigo 15º), o direito ao esquecimento (artigo 17º), o direito de portabilidade dos dados (artigo 20º), entre outros.

É precisamente no direito que o consumidor tem de (unilateralmente) retirar o consentimento para o tratamento dos dados que encontramos um paralelo com o artigo 81º, n.º 2 do Código Civil, no que diz respeito aos direitos de personalidade, o qual prevê

⁶⁸ G. VERSACI, *Personal Data and Contract Law: Challenges and Concerns about the Economic Exploitation of the Right to Data Protection*, 2018, p. 390-392.

⁶⁹ Artigo 3º, n.º 8 e Considerandos 37 e 39 DCSD.

⁷⁰ Considerando 48 DCSD.

que o titular do direito de personalidade pode sempre resolver o contrato unilateralmente⁷¹.

Uma das preocupações salientadas pela AEPD foi a de enquadrar os dados pessoais fornecidos como contraprestação numa das finalidades legítimas para o tratamento de dados pessoais do artigo 6º do RGPD⁷². Segundo o princípio da limitação das finalidades constante no artigo 5º, n.º 1, alínea b) do RGPD, os dados pessoais são “recolhidos para finalidades determinadas, explícitas e legítimas e não podendo ser tratados posteriormente de uma forma incompatível com essas finalidades”⁷³. O n.º 1 do artigo 6º do RGPD prevê uma lista exaustiva de seis situações em que é lícito o tratamento de dados pessoais. Assim, de modo a que o tratamento seja considerado válido, é necessário que se encontre preenchida, pelo menos, uma das alíneas do artigo 6º⁷⁴ como fundamento para o tratamento dos dados, o que será posteriormente comunicado pelo responsável pelo tratamento ao titular dos dados pessoais, de acordo com a alínea c) do n.º 1 do artigo 13º⁷⁵.

No âmbito dos contratos em que os dados pessoais são fornecidos como contraprestação, poder-se-ia pensar que a base jurídica para a licitude do tratamento dos dados pessoais poderia ser o consentimento do titular dos dados (artigo 6º, n.º 1, alínea a)), a necessidade para execução de um contrato no qual o titular dos dados é parte (artigo 6º, n.º 1, alínea b)), o cumprimento de uma obrigação jurídica (artigo 6º, n.º 1, alínea c)) ou o interesse legítimo do responsável pelo tratamento (artigo 6º, n.º 1, alínea f)).

⁷¹ M. NARCISO, *Dados Pessoais como Contraprestação em Contratos de Consumo – Breve Reflexão*, 2019, p. 146.

⁷² European Data Protection Supervisor, Opinion 4/2017 on the Proposal for a Directive on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content, 2017, pp. 14-15. European Data Protection Supervisor, Opinion 8/2018 on the legislative package “A New Deal for Consumers”, 2018, pp.16-17.

⁷³ De forma complementar, o princípio da minimização dos dados, presente no artigo 5º, n.º 1, alínea c) prevê que os dados pessoais devem ser “adequados, pertinentes e limitados ao que é necessário relativamente às finalidades para as quais são tratados”, isto significa que, deve ser prosseguido o tratamento do mínimo possível de dados para atingir a finalidade. *Vide.*, European Data Protection Board, Diretrizes 2/2019 sobre o tratamento de dados pessoais ao abrigo do artigo 6º, n.º 1, alínea b), do RGPD no contexto da prestação de serviços em linha aos titulares dos dados, 2019, p.7.

⁷⁴ No caso de o tratamento prosseguir vários propósitos, cada um deles deve basear-se numa das finalidades elencadas. E muitas vezes acontece que seja necessário mais do que um fundamento. European Data Protection Supervisor, Opinion 4/2017 on the Proposal for a Directive on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content, 2017, p. 14.

⁷⁵ O artigo 13º, n.º 1, alínea c) do RGPD prevê que as finalidades do tratamento a que os dados pessoais se destinam, bem como o fundamento jurídico para o tratamento, devem ser informadas ao titular por parte do responsável pelo tratamento dos dados.

À primeira vista, a alínea b) pode parecer a mais adequada, uma vez que estamos perante um contrato em que os dados pessoais são fornecidos como contraprestação e, por isso, (aparentemente) necessários para a execução do contrato⁷⁶. LANGHANKE pronunciou-se sobre esta questão, defendendo que a *ratio* deste preceito se prende com a necessidade de permitir que as partes num contrato possam cumprir todas as obrigações que decorrem do mesmo, ainda que tal inclua o tratamento de dados. Isto significa que, se os dados pessoais forem a obrigação total que decorre do contrato, esta alínea já não tem aplicabilidade⁷⁷. Ora, no caso da alínea b), do n.º 1, do artigo 6º do RGPD, os dados pessoais que podem caber aqui são, por exemplo, o fornecimento da morada por parte do consumidor de forma a que um bem comprado online possa ser entregue⁷⁸, os dados de cartão de crédito do consumidor de modo a poder pagar por um serviço ou os dados relativos a uma preferência de viagem para reserva de um voo⁷⁹. Isto significa que nesta alínea estão precisamente os casos que foram excluídos do âmbito de aplicação da Proposta de Diretiva⁸⁰ e mais tarde da versão final da Diretiva (UE) 2019/770⁸¹. O Grupo de Trabalho do Artigo 29.º tinha já clarificado que era necessário interpretar restritivamente esta norma no sentido em que não estarão abrangidas as situações em que o tratamento não é genuinamente necessário para a execução do contrato, mas sim unilateralmente imposto pelo responsável pelo tratamento dos dados⁸², isto é, se o contrato puder ser executado sem a recolha e tratamento dos dados, os mesmos não devem ser considerados como “necessários para a execução do contrato”⁸³ e, por conseguinte, o tratamento vai ter de ser baseado noutra finalidade. Deverão ser tidas em consideração outras medidas alternativas e menos intrusivas. Caso se conclua que para atingir o mesmo

⁷⁶ Conforme Considerando 44 do RGPD, “o tratamento deverá ser considerado lícito caso seja necessário no contexto de um contrato ou da intenção de celebrar um contrato”.

⁷⁷ C. LANGHANKE; M. SCHMIDT-KESSEL, *Consumer Data as Consideration*, 2015, p. 220.

⁷⁸ European Data Protection Supervisor, Opinion 4/2017 on the Proposal for a Directive on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content, 2017, pp. 14-15.

⁷⁹ R. ROBERT; L. SMIT, *The proposal for a directive on digital content: a complex relationship with data protection law*, 2018, pp. 167-168.

⁸⁰ O artigo 3º, n.º 4 da Proposta de Diretiva previa que “A presente diretiva não é aplicável aos conteúdos digitais fornecidos em troca de uma contrapartida que não dinheiro, na medida em que o fornecedor solicite ao consumidor que forneça dados pessoais cujo tratamento é estritamente necessário para a execução do contrato ou para satisfazer requisitos legais (...)”.

⁸¹ O artigo 3º, n.º 1, 2ª parte da DCSD, prevê precisamente que a diretiva não se aplica “(...) se os dados pessoais facultados pelo consumidor forem exclusivamente tratados pelo profissional para fornecer os conteúdos ou serviços digitais em conformidade com a presente diretiva (...)”.

⁸² Article 29 Working Party, Opinion 06/2014 on the notion of legitimate interests of the data controller under Article 7 of the Directive 95/46/EC, 2014, p. 16.

⁸³ European Data Protection Supervisor, Opinion 4/2017 on the Proposal for a Directive on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content, 2017, p. 14.

objetivo, podem ser utilizadas outras alternativas, então o tratamento não vai ser considerado como “necessário”⁸⁴. A AEPD indicou que os dados pessoais fornecidos como contraprestação não poderiam ser considerados como necessários para a execução do contrato na aceção da alínea b), do n.º 1 do artigo 6º⁸⁵, caso contrário, tal poderia incentivar os profissionais a exigirem dados pessoais dos consumidores como condição para acederem ao serviço ou conteúdo digital, enquanto tais dados não seriam estritamente necessários para o fornecimento dos mesmos⁸⁶.

Outro fundamento de licitude do tratamento dos dados pessoais pode ser para efeito dos interesses legítimos prosseguidos pelo responsável pelo tratamento ou por terceiros (alínea f) do n.º 1 do artigo 6º). A AEPD salientou que neste caso é necessário que se efetue um exercício de equilíbrio entre o interesse legítimo prosseguido pelo responsável pelo tratamento e os direitos e liberdades fundamentais da pessoa em causa⁸⁷ (tal como consagrado no Considerando 47 do RGPD⁸⁸), pelo que será mais difícil o preenchimento desta alínea como fundamento de licitude para o tratamento de dados pessoais fornecidos como contraprestação. Ademais, o Tribunal de Justiça da União Europeia (doravante “TJUE”) pronunciou-se sobre esta questão, deixando claro que os direitos fundamentais do titular dos dados pessoais prevalecem, em regra, sobre os interesses económicos de um operador⁸⁹.

A Diretiva (UE) 2019/770 não se aplica caso os dados pessoais facultados pelo consumidor sejam tratados pelo profissional exclusivamente para cumprir com os requisitos legais a que está sujeito⁹⁰, o que coincide com o disposto na alínea c), do n.º 1, do artigo 6º do RGPD: o cumprimento de uma obrigação jurídica a que o responsável

⁸⁴ Vide., Ac. do TJUE (Grande secção) de 9/11/2010 e ainda European Data Protection Board, Diretrizes 2/2019 sobre o tratamento de dados pessoais ao abrigo do artigo 6.º, n.º 1, alínea b), do RGPD no contexto da prestação de serviços em linha aos titulares dos dados, 2019, pp. 8-9.

⁸⁵ Ibid., p.15.

⁸⁶ R. ROBERT; L. SMIT, *The proposal for a directive on digital content: a complex relationship with data protection law*, 2018, pp. 167-168.

⁸⁷ European Data Protection Supervisor, Opinion 4/2017 on the Proposal for a Directive on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content, 2017, p. 17.

⁸⁸ O Considerando 47 estabelece que “Os interesses legítimos dos responsáveis pelo tratamento, incluindo os dos responsáveis a quem os dados pessoais possam ser comunicados, ou de terceiros, podem constituir um fundamento jurídico para o tratamento, desde que não prevaleçam os interesses ou os direitos e liberdades fundamentais do titular (...)”, dando como exemplo de interesse legítimo o tratamento de dados pessoais efetuado para efeitos de comercialização direta.

⁸⁹ Ac. do TJUE (Grande secção), de 13/05/2014, parágrafos 81, 97 e 99.

⁹⁰ Artigo 3º, n.º 4 da Proposta de Diretiva e artigo 3º, n.º 1 2ª parte da DCSD.

pelo tratamento de dados esteja sujeito. Assim, esta alínea estará excluída como hipótese de fundamento de licitude para o tratamento de dados pessoais no contexto da DCSD⁹¹.

O tratamento dos dados pessoais também pode ser lícito se for baseado no consentimento do titular dos dados para o tratamento dos mesmos (artigo 6º, n.º 1, alínea a))⁹². A DCSD, no Considerando 38, prevê que caso o tratamento de dados pessoais seja consentido nos termos do artigo 6º, n.º 1, alínea a) do RGPD, serão aplicadas as normas específicas desse diploma, incluindo as condições para avaliar se o consentimento é dado livremente. Segundo o n.º 11 do artigo 4º do RGPD, entende-se por consentimento “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”⁹³. O artigo 7º providencia requisitos adicionais aplicáveis ao consentimento, nomeadamente, no n.º 2 é requerido que, caso o consentimento seja dado no contexto de uma declaração escrita que diga também respeito a outros assuntos (como no caso de um contrato), o consentimento tem de ser dado em separado do consentimento necessário para a conclusão do contrato. O ónus da prova de demonstrar que as condições para um consentimento válido estão preenchidas, recai sobre o responsável pelo tratamento dos dados⁹⁴.

Há ainda quem defenda que o fornecimento de dados pessoais como contraprestação poderia violar o artigo 7º, n.º 4 do RGPD^{95 96}, o qual prevê que, “ao avaliar se o consentimento é dado livremente, há que verificar com a máxima atenção se, designadamente, a execução de um contrato, inclusive a prestação de um serviço, está subordinada ao consentimento para o tratamento de dados pessoais que não é necessário

⁹¹ À primeira vista poderia parecer que uma obrigação contratual (ao abrigo de um contrato de fornecimento de conteúdos e serviços digitais) seria considerada como uma obrigação jurídica na aceção da alínea c), do n.º 1, do artigo 6º. No entanto, as obrigações contratuais, como vimos, estão previstas na alínea b) do mesmo artigo, pelo que a sua repetição não faria qualquer sentido. *Vide.*, R. MANKO; S. MONTELEONE, *Contracts for the supply of digital content and personal data protection*, 2017, p.9.

⁹² E, também, nos Considerandos 40 e 42.

⁹³ O Considerando 32 esclarece ainda que, caso o consentimento tenha de ser dado no seguimento de um pedido apresentado por via eletrónica, “esse pedido tem de ser claro e conciso e não pode perturbar desnecessariamente a utilização do serviço para o qual é fornecido”.

⁹⁴ Artigo 7º e Considerandos 32, 42 e 43 RGPD.

⁹⁵ A AEPD criticou precisamente este ponto. European Data Protection Supervisor, Opinion 8/2018 on the legislative package “A New Deal for Consumers”, pp. 16 e 17. European Data Protection Supervisor, Opinion 4/2017 on the Proposal for a Directive on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content, 2017, pp. 15 e 16; R. MANKO; S. MONTELEONE, *Contracts for the supply of digital content and personal data protection*, 2017, p.8.

⁹⁶ E também o Considerando 43 do RGPD.

para a execução desse contrato”⁹⁷. Tendo em consideração a letra da lei no n.º 1 do artigo 3º da DCSD⁹⁸, parece efetivamente existir uma contradição entre o RGPD e a DCSD, ou melhor, o artigo 7º, n.º 4 do RGPD parece, à primeira vista, considerar que não existe livre consentimento para o tratamento de dados pessoais quando não sejam necessários para a execução do contrato. No entanto, tal como defendido por METZGER⁹⁹, o RGPD não prevê uma nítida proibição no artigo 7º, n.º 4, antes pelo contrário, ao utilizar o conceito da necessidade de “verificar com a máxima atenção”, está de facto a conceder ao intérprete uma certa flexibilidade na interpretação. De facto, e de acordo com METZGER¹⁰⁰, este artigo pode ser interpretado no sentido de ser necessária uma atenção redobrada quanto à voluntariedade do consentimento dado pelo consumidor no âmbito de uma relação contratual, isto é, ter a certeza que o consentimento foi dado livremente numa situação deste tipo.

A base jurídica para a licitude do tratamento vai sempre depender de uma análise contratual caso a caso, não obstante, o consentimento do titular dos dados pode (e normalmente vai) consistir numa base jurídica alternativa adequada para os profissionais procederem ao tratamento dos dados em conformidade com o RGPD (artigo 6º, n.º 1, alínea a)), desde que preenchidos os requisitos impostos pelo RGPD para um consentimento válido. De notar que uma simples declaração do profissional a indicar que os dados pessoais são utilizados como contraprestação não é suficiente para satisfazer os requisitos de uma informação específica, exigidos pelo artigo 13º do RGPD¹⁰¹, que tem de ser prestada aos titulares dos dados pessoais para que compreendam as diferentes utilizações e finalidades de tratamento dos seus dados¹⁰².

⁹⁷ Sublinhados nossos.

⁹⁸ O qual prevê que “A presente diretiva é igualmente aplicável sempre que o profissional forneça ou se comprometa a fornecer conteúdos ou serviços digitais ao consumidor e o consumidor faculte ou se comprometa a facultar dados pessoais ao profissional, exceto se os dados pessoais facultados pelo consumidor forem exclusivamente tratados pelo profissional para fornecer os conteúdos ou serviços digitais em conformidade com a presente diretiva (...)”.

⁹⁹ A. METZGER, *Data as Counter-Performance: What Rights and Duties do Parties Have?*, 2017, pp. 4-5.

¹⁰⁰ Ibid.

¹⁰¹ Nomeadamente, a alínea c) e e) do n.º 2, do artigo 13º e a alínea d) do n.º 1 do artigo 13º, que dizem respeito às informações necessárias de prestar no contexto dos fundamentos do artigo 6º.

¹⁰² European Data Protection Supervisor, *Opinion 4/2017 on the Proposal for a Directive on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content*, 2017, p. 14.

2.1.2.3. PRÁTICA COMERCIAL DESLEAL

É ainda de descartar a hipótese de os contratos em que os dados pessoais são fornecidos como contraprestação, pressuporem, por si só, uma prática comercial desleal do profissional.

O que poderia estar aqui em causa seria uma prática considerada enganosa em qualquer circunstância¹⁰³, na aceção do artigo 8º, alínea z) do Decreto-Lei n.º 57/2008¹⁰⁴: “Descrever o bem ou serviço como «grátis», «gratuito», «sem encargos» ou equivalente se o consumidor tiver de pagar mais do que o custo indispensável para responder à prática comercial e para ir buscar o bem ou pagar pela sua entrega”¹⁰⁵.

No entanto, a Comissão Europeia pronunciou-se sobre esta questão, esclarecendo que “a comercialização de tais produtos como «gratuitos» sem informar os consumidores de que forma as suas preferências, dados pessoais e conteúdos gerados pelo utilizador serão utilizados é suscetível de, em algumas circunstâncias, ser considerada uma prática enganosa”^{106 107}. A questão aqui é a clareza da informação prestada pelo profissional ao consumidor e não, a prática do fornecimento de dados pessoais como contraprestação. Isto é, se o profissional claramente especificar nos termos e condições do conteúdo ou serviço digital, que apesar de não ser necessário pagar um preço pelo produto, o consumidor estará a fornecer dados pessoais para além dos necessários para a execução do contrato, não será considerada uma prática comercial desleal. De facto, esta falta de informação por parte do profissional poderá também ser considerada uma omissão enganosa pelo artigo 9º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 57/2008.

¹⁰³ N. HELBERGER; F. ZUIDERVEEN BORGESIU; A. REYNA, *The Perfect Match? A Closer Look At The Relationship Between Eu Consumer Law And Data Protection Law*, 2017, p. 12-13.

¹⁰⁴ Decreto-Lei n.º 57/2008 de 26 de Março que estabelece o regime aplicável às práticas comerciais desleais das empresas nas relações com os consumidores, ocorridas antes, durante ou após uma transação comercial relativa a um bem ou serviço.

¹⁰⁵ Também na prática n.º 20 do Anexo I à Diretiva 2005/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de Maio de 2005, relativa às práticas comerciais desleais das empresas face aos consumidores no mercado interno.

¹⁰⁶ Documento de Trabalho dos Serviços da Comissão, Orientações sobre a aplicação da Diretiva 2005/29/CE relativa às Práticas Comerciais Desleais, p. 103.

¹⁰⁷ No mesmo sentido: Commission Staff Working Document, Report of the Fitness Check, 2017, p.89.

2.1.2.4. QUESTÕES ULTRAPASSADAS

Até à publicação da Diretiva (UE) 2019/770, houve ainda algumas questões que foram sendo suscitadas quanto à Proposta de Diretiva, nomeadamente no que diz respeito ao âmbito de aplicação da mesma e aos dados pessoais fornecidos como contraprestação, em particular. Estas questões foram posteriormente ultrapassadas com a publicação da versão final da Diretiva.

A AEPD tinha chamado a atenção para a definição de “dados pessoais” constante no artigo 4º, n.º 1 do RGPD, a qual seria suficientemente lata para abranger (quase) todos os dados fornecidos pelo consumidor ao fornecedor de serviços e conteúdos digitais, tornando-se redundante a diferenciação entre “dados pessoais” e “quaisquer outros dados” constante do artigo 3º, n.º 1 da Proposta de Diretiva^{108 109}. Esta questão também não foi pacífica e enquanto, por um lado, houve quem se pronunciasse no mesmo sentido que a AEPD¹¹⁰, houve também quem concordasse com a opção da Proposta de Diretiva em incluir no âmbito de aplicação uma referência tanto aos dados pessoais como a “quaisquer outros dados”, com receio de deixar sem proteção o consumidor que fornecesse “dados não pessoais”, apesar de se reconhecer que seria muito complexo proceder a uma delimitação e diferenciação dos dois “tipos” de dados¹¹¹. Ainda assim, o legislador europeu parece ter tido em consideração a opinião da AEPD e na versão final da Diretiva, foi excluída a referência a “quaisquer outros dados”¹¹².

¹⁰⁸ “(...) em contrapartida, é pago um preço ou o consumidor fornece ativamente outra contrapartida que não dinheiro, sob a forma de dados pessoais ou quaisquer outros dados”.

¹⁰⁹ European Data Protection Supervisor, Opinion 4/2017 on the Proposal for a Directive on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content, 2017, p. 9-11.

¹¹⁰ Comissão do Mercado Interno e da Proteção dos Consumidores, Comissão dos Assuntos Jurídicos, RELATÓRIO sobre a proposta de diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho sobre certos aspetos relativos aos contratos de fornecimento de conteúdos digitais, 2017, p. 57; R. ROBERT; L. SMIT, *The proposal for a directive on digital content: a complex relationship with data protection law*, 2018, p. 165.

¹¹¹ A. METZGER; Z. EFRONI; L. MISCHAU; J. METZGER, *Data-Related Aspects of the Digital Content Directive*, 2018, p. 95.

¹¹² Vide., artigo 3º, n.º 1, 2ª parte DCSD.

O CESE, no seu Parecer¹¹³, alertou para a falta de clareza quanto às situações em que a Diretiva não tem aplicabilidade, isto é, situações em que é necessária a recolha de dados pessoais para execução do contrato ou cumprimento das normas legais, aconselhando que a Diretiva se aplicasse a todos os conteúdos e serviços digitais que fossem fornecidos mediante a contrapartida de dados pessoais, deixando a cargo do fornecedor a demonstração de que os mesmos se destinam à execução do contrato ou cumprimento de normas legais, se esse for o caso¹¹⁴. No entanto, esta sugestão não foi apoiada pela Comissão, que optou, na versão final da Diretiva, por excluir do âmbito de aplicação da mesma as situações mencionadas, deixando, contudo, aos Estados-Membros a liberdade de alargar a aplicação da Diretiva a essas situações ou de as regular de outro modo¹¹⁵. De notar que esta tinha sido uma das propostas feitas pelo Conselho nas suas orientações gerais¹¹⁶.

No Parecer da Comissão das Liberdades Cívicas, da Justiça e dos Assuntos Internos, foi ainda recomendado que a Proposta de Diretiva se aplicasse não só a conteúdos, mas também a serviços digitais¹¹⁷. Esta sugestão foi mencionada noutros relatórios¹¹⁸ e pareceres, em especial pela AEPD¹¹⁹, que referiu já ter existido uma Proposta da Comissão nesse sentido mas que tinha acabado por ser abandonada pela mesma¹²⁰. A AEPD expôs ainda como exemplos de serviços digitais as plataformas de

¹¹³ Parecer do Comité Económico e Social Europeu sobre a «Proposta de diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho sobre certos aspetos relativos aos contratos de fornecimento de conteúdos digitais» [COM(2015) 634 final — 2015/0287 (COD)] e a «Proposta de diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa a certos aspetos que dizem respeito a contratos de vendas em linha de bens e outras vendas à distância de bens», 2016.

¹¹⁴ Ibid., pp. 10-11.

¹¹⁵ Considerando 25 e artigo 3º, n.º 1 DCSD.

¹¹⁶ Orientação geral do Conselho da União Europeia sobre a Proposta de diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa a certos aspetos respeitantes aos contratos de fornecimento de conteúdos digitais (Primeira leitura), 2017, p.8.

¹¹⁷ Parecer da Comissão das Liberdades Cívicas, da Justiça e dos Assuntos Internos, p. 16.

¹¹⁸ Vide., em especial, Comissão do Mercado Interno e da Proteção dos Consumidores, Comissão dos Assuntos Jurídicos, RELATÓRIO sobre a proposta de diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho sobre certos aspetos relativos aos contratos de fornecimento de conteúdos digitais, 2017, pp. 19-20, 53, 57; Orientação geral do Conselho da União Europeia sobre a Proposta de diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa a certos aspetos respeitantes aos contratos de fornecimento de conteúdos digitais (Primeira leitura), 2017, pp. 4, 8.

¹¹⁹ European Data Protection Supervisor, Opinion 4/2017 on the Proposal for a Directive on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content, 2017, pp. 5-6.

¹²⁰ Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho relativo a um direito europeu comum da compra e venda, COM/2011/0635 final in Síntese do Parecer da Autoridade Europeia para a Proteção de Dados relativo à proposta de diretiva sobre certos aspetos relativos aos contratos de fornecimento de conteúdos digitais, 2017, p.2.

redes sociais e serviços de computação em nuvem, e o Conselho sugeriu como exemplos o *software* enquanto serviço (como processamento de texto, jogos, edição de ficheiros de vídeo e áudio) disponibilizado no ambiente de computação em nuvem e a partilha e armazenamento de dados¹²¹. A versão final da Diretiva acabou por subjugar ao seu âmbito de aplicação não só conteúdos digitais, mas também serviços digitais¹²².

2.2. VERSÃO FINAL – ADOÇÃO DA DIRETIVA (UE) 2019/770

À Proposta de Diretiva pela Comissão Europeia em 2015, seguiram-se os Pareceres da CESE (em 2016) e da AEPD (em 2017). O Conselho adotou a sua posição nas orientações gerais em junho de 2017. Em 2017 deu-se também a primeira leitura do Parlamento Europeu, aprovada em março de 2019, seguida da Aprovação pelo Conselho em primeira leitura quase um mês depois. A 20 de maio de 2019 o Parlamento Europeu e o Conselho assinaram a Proposta de Diretiva que a 22 de maio de 2019 foi publicada.

As questões anteriormente suscitadas ficaram resolvidas com a publicação da DCSD. Optou-se por retirar a menção aos dados pessoais fornecidos “ativamente” e por se evitar a utilização da expressão “contraprestação” diretamente relacionada com os dados pessoais. Por quanto se expôs, a hipótese de considerar os dados pessoais como contraprestação poderia implicar considerá-los ou não como comerciáveis. Contudo, o facto de o legislador ter optado por evitar o uso da expressão “contraprestação” diretamente afetada aos dados pessoais, não significa que os dados pessoais, nestes contratos, deixem de ser considerados como uma contraprestação¹²³. Esta questão tem vindo a ser ultrapassada e torna-se cada vez mais clara, com o aumento de decisões jurisprudenciais nesta matéria. Tal como aconteceu na decisão adotada no Conselho de

¹²¹ Orientação geral do Conselho da União Europeia sobre a Proposta de diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa a certos aspetos respeitantes aos contratos de fornecimento de conteúdos digitais (Primeira leitura), 2017, p. 4.

¹²² Artigo 3º, n.º 1 DCSD.

¹²³ A intenção do legislador foi apenas a de não espelhar um incentivo à prática baseada na monetização de dados pessoais, tendo em conta todas as críticas e opiniões prestadas quanto a este assunto, conforme referido *supra*.

Estado Italiano¹²⁴ quanto a um litígio relativo a um caso de práticas comerciais desleais no qual o Facebook estava envolvido, onde se decidiu que os serviços do Facebook não eram fornecidos a título gratuito, mas sim em contraprestação do fornecimento de dados pessoais pelo consumidor, o que significou considerar como aplicável a legislação de Direito do Consumo¹²⁵.

2.2.1. ÂMBITO DE APLICAÇÃO OBJETIVO

Estão sujeitos ao âmbito de aplicação da DCSD os contratos de consumo que tenham por objeto conteúdos ou serviços digitais¹²⁶. Entende-se por conteúdo digital os “dados produzidos e fornecidos em formato digital”¹²⁷, nele se incluem, nomeadamente, programas informáticos, aplicações (como, por exemplo, a Netflix ou o Spotify), ficheiros de vídeo, de áudio e de música, jogos digitais, livros eletrónicos e outras publicações eletrónicas¹²⁸. São também considerados conteúdos digitais aqueles que são feitos à medida dos requisitos específicos do consumidor e os programas informáticos personalizados¹²⁹. Já um serviço digital pode ser definido como “um serviço que permite ao consumidor criar, tratar, armazenar ou aceder a dados em formato digital”¹³⁰ ou “um serviço que permite a partilha ou qualquer outra interação com os dados em formato digital carregados ou criados pelo consumidor ou por outros utilizadores desse serviço”¹³¹, o que abrange, designadamente, a partilha de ficheiros de vídeo e áudio e outro tipo de alojamento de ficheiros (como o YouTube, por exemplo), o processamento de texto ou jogos disponibilizados no ambiente de computação em nuvem (como a Dropbox ou o Google Drive), bem como as redes sociais (como o Facebook, Instagram,

¹²⁴ Ac. do Conselho de Estado Italiano (secção VI) de 29/03/2021.

¹²⁵ O Conselho de Estado Italiano (*Consiglio di Stato*) classificou como uma prática comercial enganosa o facto de o Facebook apresentar os seus serviços como gratuitos enquanto na verdade não o era. D. MATERA, *Personal Data as Counter-Performance and Consumer Protection: An Unfair Commercial Practices Italian Decision*, 2021.

¹²⁶ Artigo 3º DCSD.

¹²⁷ Artigo 2º, n.º 1 e Considerandos 19, 20, 21 e 26 DCSD.

¹²⁸ Considerando 19 DCSD.

¹²⁹ Artigo 3º, n.º 2 e Considerando 26 DCSD.

¹³⁰ Artigo 2º, n.º 2 alínea a) DCSD.

¹³¹ Artigo 2º, n.º 2 alínea b) DCSD.

Twitter, entre outros)¹³². Também se inserem no conceito de serviço digital, os serviços de comunicações interpessoais independentes do número (como por exemplo, o correio eletrónico e os serviços de mensagens em linha)¹³³ e os serviços de televisão digital¹³⁴.

Também se encontram submetidos ao âmbito de aplicação da Diretiva, o fornecimento de ficheiros eletrónicos necessários no contexto de impressões de bens em 3D, desde que sejam abrangidos pela definição de conteúdos ou serviços digitais¹³⁵, e ainda os conteúdos ou serviços digitais que constituam um dispositivo médico que possa ser obtido pelo consumidor sem prescrição ou fornecimento por um profissional de saúde, como é o caso das aplicações de saúde (por exemplo, o MyCUF)¹³⁶.

A Diretiva é aplicável independentemente do meio utilizado para a transmissão ou acesso aos conteúdos ou serviços digitais, que pode ser feita através de um suporte material (como um CD ou uma USB), de descarregamentos (*downloads*) efetuados pelo consumidor para o seu dispositivo, de difusões em linha (como no caso do *streaming*), de concessão de acesso a unidades de armazenamento de conteúdos digitais ou de acesso à utilização de redes sociais¹³⁷. Na circunstância de os conteúdos digitais serem fornecidos num suporte material (por exemplo, num DVD, num CD, numa chave USB ou num cartão de memória), a Diretiva aplica-se não só ao conteúdo digital em causa, mas também ao suporte material desde que este último funcione exclusivamente como meio de disponibilização do conteúdo digital¹³⁸.

No caso de o conteúdo ou serviço digital ser fornecido conjuntamente com o fornecimento de bens ou outros serviços no mesmo contrato (como acontece habitualmente com o fornecimento de televisão digital e a aquisição de equipamento eletrónico), a Diretiva só deverá ser aplicável aos elementos do contrato que consistirem no fornecimento de conteúdos ou serviços digitais e apenas na situação em que os

¹³² Considerando 19 DCSD.

¹³³ Considerando 28 DCSD.

¹³⁴ Considerando 31 DCSD.

¹³⁵ Considerando 26 DCSD.

¹³⁶ Considerando 29 DCSD.

¹³⁷ Considerando 19 DCSD.

¹³⁸ Artigo 3º, n.º 3 e Considerando 20 DCSD. No entanto, neste caso, à obrigação de fornecimento do profissional e aos meios de ressarcimento ao consumidor em caso de não fornecimento, deverá aplicar-se a Diretiva 2011/83/UE, tal como as respetivas normas relativas ao direito de retenção e à natureza do contrato.

diferentes elementos do pacote são oferecidos pelo mesmo profissional ao mesmo consumidor, ao abrigo de um contrato único¹³⁹.

Relativamente aos bens com elementos digitais, estes entendem-se por “qualquer bem móvel tangível que incorpore um conteúdo ou serviço digital, ou que com este esteja interligado, de tal modo que a falta desse conteúdo ou serviço digital impeça os bens de desempenharem as suas funções”¹⁴⁰. Aqui se compreendem os computadores, os *smartphones*, os *smartwatches* ou os chamados *self-driving cars*¹⁴¹. Nesta situação, o conteúdo ou serviço digital que é incorporado no bem não vai estar abrangido pelo âmbito de aplicação da DCSD, mas antes vai ser aplicável a Diretiva (UE) 2019/771¹⁴², caso o conteúdo ou serviço digital seja fornecido com o bem, ao abrigo de um contrato de compra e venda relativo a esse mesmo bem. Já na hipótese em que o bem ou serviço digital, incorporado ou interligado, não impeça o bem de desempenhar as suas funções, ou caso o consumidor celebre um contrato de fornecimento de conteúdos ou serviços digitais que não faça parte de um contrato de compra e venda relativo a bens com elementos digitais, esse contrato já vai ser distinto do contrato de compra e venda dos bens e, por sua vez, a DCSD já poderá ser aplicável¹⁴³.

¹³⁹ Trata-se, neste caso, de um pacote de diferentes elementos, no qual o contrato entre o consumidor e o profissional inclui elementos de um contrato para o fornecimento de conteúdos ou serviços digitais e elementos de outros tipos de contrato, como os contratos de compra e venda de bens ou de serviços. Artigo 3º, n.º 6 e Considerandos 33, 34 e 35 DCSD.

¹⁴⁰ Artigo 2º, n.º 3 e Considerandos 21 e 22 DCSD.

¹⁴¹ Pense-se, por exemplo, no contrato de compra e venda de um *smartphone* ou telemóvel inteligente que vem com uma aplicação pré-instalada, como acontece com as aplicações de alarme ou de câmara. Ou ainda no caso do *smartwatch* (relógio inteligente) que para desempenhar a sua função necessita de uma aplicação que irá ser fornecida nos termos do contrato de compra e venda mas que deverá ser descarregada para o telemóvel do consumidor, neste caso a aplicação será o elemento digital interligado e o próprio relógio o bem que integra elementos digitais. Vide., Considerando 21, 2ª parte DCSD.

¹⁴² Diretiva (UE) 2019/771 do Parlamento Europeu e do Conselho de 20 de maio de 2019 relativa a certos aspetos dos contratos de compra e venda de bens que altera o Regulamento (UE) 2017/2394 e a Diretiva 2009/22/CE e que revoga a Diretiva 1999/44/CE. Artigo 3º, n.º 4 e Considerandos 20 e 21 DCSD. A DCSD e a Diretiva (UE) 2019/771 são complementares. De forma a corresponder às expectativas dos consumidores e proporcionar aos profissionais um regime jurídico simples e bem definido, devem ser consideradas conjuntamente. Aliás, a opção da maior parte dos Estados-Membros aquando da transposição da DCSD foi a de transpor as duas diretivas num só diploma, correspondendo assim à coerência pretendida.

¹⁴³ Mesmo que o vendedor atue como intermediário nesse segundo contrato com o profissional terceiro. Pense-se na hipótese em que o consumidor descarrega para o seu *smartphone* uma aplicação (como um jogo, por exemplo) de uma loja de aplicações (*App Store* ou *Play Store*, por exemplo), neste caso o contrato de fornecimento da aplicação (do jogo) é distinto do contrato de compra e venda do próprio *smartphone*, pelo que a Diretiva (UE) 2019/771 seria aplicável ao contrato de compra e venda do telemóvel inteligente e a DCSD seria aplicável ao fornecimento da aplicação de jogo. Considerando 22 DCSD.

A Diretiva (UE) 2019/770 prevê ainda, no seu âmbito de aplicação, os contratos em que “(...) o profissional forneça ou se comprometa a fornecer conteúdos ou serviços digitais ao consumidor e o consumidor faculte ou se comprometa a facultar dados pessoais ao profissional”, com a exceção dos casos em que “os dados pessoais facultados pelo consumidor forem exclusivamente tratados pelo profissional para fornecer os conteúdos ou serviços digitais em conformidade com a presente diretiva, ou para o profissional cumprir os requisitos legais a que está sujeito, não procedendo ao tratamento desses dados para quaisquer outros fins”¹⁴⁴.

Em causa estão duas situações distintas: (i) contratos em que o profissional fornece conteúdos ou serviços digitais e, como *contrapartida*, o consumidor faculta dados pessoais (em alternativa ou adicionalmente ao preço habitualmente pago)¹⁴⁵; (ii) situações em que o consumidor faculta dados pessoais, não como contrapartida do conteúdo ou serviço digital, mas sim em complemento do preço pago. Esta última hipótese, subdivide-se em várias possibilidades: por um lado, situações em que o profissional procede ao tratamento de dados pessoais fornecidos pelo consumidor, *apenas* porque tal é necessário para o correto funcionamento ou disponibilidade do conteúdo ou serviço digital fornecido. Pense-se, por exemplo, no caso em que o consumidor fornece o endereço de e-mail, de modo a que o profissional possa disponibilizar o conteúdo digital, enviando-o para o e-mail do consumidor¹⁴⁶. Por outro lado, temos situações em que o profissional apenas procede ao tratamento dos dados pessoais disponibilizados pelo consumidor, para o cumprimento de requisitos legais¹⁴⁷. Adicionalmente, também se enquadra aqui o caso de dados pessoais tratados para efeitos de publicidade personalizada¹⁴⁸.

Posto isto, é de mencionar que a Diretiva europeia apenas se aplica à primeira situação, isto é, quando os dados pessoais fornecidos pelo consumidor são recolhidos e

¹⁴⁴ Artigo 3º, n.º 1, 2ª parte DCSD.

¹⁴⁵ Neste caso, os dados pessoais fornecidos pelo consumidor vão ser utilizados para outros fins que não a execução do contrato ou o cumprimento da lei. Pense-se, por exemplo, na situação em que é fornecido um *ebook* e em troca, o consumidor fornece dados pessoais tais como o tempo que despende a ler cada capítulo, a frequência com que acede ao *ebook*, a sua localização, etc.

¹⁴⁶ Esta exceção de aplicação da Diretiva poderá ter de ser densificada. Pense-se na hipótese de uma rede social como o Instagram, neste caso o fornecedor da rede social pode justificar a necessidade de acesso a fotografias do consumidor como necessário para o correto funcionamento do objeto do contrato, uma vez que esta rede social serve essencialmente para a publicação *online* de fotografias e vídeos.

¹⁴⁷ *Vide.*, Considerando 25 DCSD que apresenta como exemplo os casos em que o registo do consumidor é exigido pela legislação aplicável para fins de segurança e de identificação.

¹⁴⁸ Considerando 25 DCSD.

tratados pelo profissional para outros fins que não a execução do contrato e o cumprimento da lei, ou seja, contratos em que o consumidor fornece dados pessoais como contrapartida do conteúdo ou serviço fornecido pelo profissional. Ficam ainda de fora do âmbito de aplicação da Diretiva, os metadados recolhidos pelo profissional¹⁴⁹ e anúncios a que o consumidor esteja exposto exclusivamente para aceder a conteúdos ou serviços digitais¹⁵⁰. De notar que os Estados-Membros, todavia, são livres de alargar o âmbito de aplicação da Diretiva a estas circunstâncias ou de as regular de modo distinto¹⁵¹.

Contudo, situações há em que os dados fornecidos por um consumidor em contrapartida de um conteúdo ou serviço digital, são os mesmos e na mesma quantidade quer se trate de um serviço “gratuito” ou pago¹⁵². Nestes casos, em que o consumidor fornece dados pessoais e paga um preço pelo conteúdo ou serviço digital¹⁵³, desde que os dados sejam recolhidos e tratados pelo profissional para outros fins que não a execução do contrato e o cumprimento da lei, estão também submetidos ao âmbito de aplicação da presente Diretiva¹⁵⁴.

¹⁴⁹ Isto é, dados sobre dados, como por exemplo, informações relativas ao dispositivo do consumidor ou ao seu histórico de navegação. No entanto, caso esta situação seja considerada um contrato ao abrigo do direito nacional, a DCSD já será aplicável, conforme Considerando 25 DCSD.

¹⁵⁰ Considerando 25 DCSD.

¹⁵¹ Considerando 16 DCSD.

¹⁵² Veja-se, neste caso, a política de privacidade do *Spotify* na subscrição de um serviço “premium” em que o consumidor paga um valor monetário e na subscrição de um serviço “gratuito” sem o fornecimento de qualquer valor monetário e em ambos os casos são fornecidos dados pessoais: <https://www.spotify.com/pt/legal/privacy-policy/#s4>. Vide., M. NARCISO, *Dados Pessoais como Contraprestação em Contratos de Consumo – Breve Reflexão*, 2019, pp. 138-139.

¹⁵³ Como é o caso de uma aplicação (*app*) que o consumidor descarrega da *Apple App Store* ou da *Google Play Store* para o seu dispositivo, em troca do pagamento de um preço (a título de exemplo, 1,97€), mas tem também de fornecer dados pessoais de forma a que a aplicação funcione corretamente. Ou ainda, no caso de o consumidor descarregar um jogo para o seu dispositivo, a título “gratuito” (isto é, sem a necessidade de pagamento de um preço) e como contraprestação fornece dados pessoais não necessários à execução do contrato, no entanto paga adicionalmente um preço de forma a ter acesso a um conteúdo mais completo ou para aceder aos níveis 8 a 12 do jogo, por exemplo.

¹⁵⁴ Tal pode ser retirado do Considerando 67, onde se prevê que “(...) Nos casos em que paga um preço e fornece dados pessoais, o consumidor deverá ter direito a todas as vias de recurso disponíveis em caso de falta de conformidade (...)”.

2.2.2. ANÁLISE DO CONTRATO À LUZ DO DIREITO NACIONAL (PORTUGUÊS)

2.2.2.1. CLASSIFICAÇÃO DO CONTRATO

Uma vez ultrapassada a questão de saber se é ou não possível celebrar contratos em que o consumidor “vende” os seus dados pessoais a troco de um conteúdo ou serviço, cabe esclarecer a classificação do contrato subjacente. A DCSD deixou à consideração dos Estados-Membros a determinação da natureza do contrato¹⁵⁵. Cabe-nos, assim, adiantar alguns aspetos relevantes quanto à classificação do contrato. A dúvida surge em saber se estamos perante um contrato a título oneroso ou a título gratuito, sinalagmático ou não-sinalagmático, de compra e venda ou de permuta. Não obstante, algumas considerações prévias são necessárias para o melhor desenvolvimento da questão.

2.2.2.1.1. CONTRATO SINALAGMÁTICO E NÃO-SINALAGMÁTICO

A distinção entre contratos sinalagmáticos e não-sinalagmáticos¹⁵⁶ assenta na existência ou não de reciprocidade de obrigações. Assim, os contratos são sinalagmáticos quando “impliquem prestações recíprocas, de tal modo que as partes se apresentem, simultaneamente, como credora e devedora uma da outra”¹⁵⁷, sendo o sinalagma a relação

¹⁵⁵ Considerando 12.

¹⁵⁶ A doutrina tende a denominar os contratos sinalagmáticos e não-sinalagmáticos como bilaterais e unilaterais, respetivamente. Vide., neste sentido, M.J. ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, 2009, pp. 360-367. MENEZES CORDEIRO tende a afastar essa equiparação que encontrou fundamento no Código de Seabra, defendendo que, com a receção do negócio jurídico tal denominação perdeu o sentido, uma vez que o próprio contrato por si só, é um negócio bilateral. Assim, a dicotomia bilateral e unilateral aplica-se apenas aos negócios, já os contratos são todos bilaterais. Vide., A. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português II*, Tomo II, 2010, pp. 195-198. No mesmo sentido, L. MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Vol. I, 2017, p. 196; J. OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil Teoria Geral*, 2002, pp. 312-314 e P. PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, 6ª edição. Almedina, 2010, pp. 445-446.

¹⁵⁷ A. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português II*, Tomo II, 2010, pp. 194-195. No mesmo sentido, L. MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Vol. I, 2017, pp. 196-198, considerando que ambas as partes ficam simultaneamente na posição de credores e devedores.

de reciprocidade entre uma prestação e uma contraprestação. Os contratos sinalagmáticos pressupõem, por isso, que a prestação de uma das partes constitua a razão de ser da sua contraprestação. Já nos contratos não-sinalagmáticos a reciprocidade de prestações é inexistente.

A título de exemplo, considera-se o contrato de compra e venda como sinalagmático, na medida em que ambas as partes são credoras e devedoras, neste caso, da coisa e do preço (artigo 879º, alíneas b) e c) do Código Civil); e considera-se o contrato de doação como não-sinalagmático, uma vez que não existe reciprocidade de prestações¹⁵⁸.

A classificação do contrato como sinalagmático ou não-sinalagmático vai ter implicações a nível da aplicação do regime subjacente. Um dos aspetos de regime que se baseia no sinalagma é a faculdade que cada parte tem de recusar a sua prestação enquanto a outra parte não efetuar a que lhe cabe ou não oferecer o cumprimento simultâneo. Trata-se da figura da exceção de não cumprimento do contrato (artigo 428º do Código Civil)¹⁵⁹. Outros aspetos patentes no regime dos contratos sinalagmáticos são, nomeadamente, a possibilidade do contraente fiel resolver o contrato caso a outra prestação se torne impossível (trata-se do caso da condição resolutiva tácita, presente no artigo 801º, n.º 2 do Código Civil), e ainda o disposto no artigo 795º, n.º 1 do Código Civil, o qual prevê que, caso uma das prestações das partes se torna impossível, fica a outra parte exonerada da contraprestação.

Nos contratos celebrados no âmbito da DCSD, o profissional, por um lado, fornece (ou se compromete a fornecer) um conteúdo ou serviço digital, e o consumidor, por outro lado, faculta (ou se compromete a facultar) dados pessoais ao profissional¹⁶⁰. Nestes contratos, a prestação de uma das partes só vai surgir em função do surgimento da contraprestação da outra. Isto significa que o sinalagma se estabelece entre os dados pessoais e o conteúdo ou serviço digital. Assim, a prestação do profissional é dependente, correlativa e recíproca da contraprestação do consumidor e vice-versa, apresentando-se

¹⁵⁸ Atendendo ao disposto do artigo 940º, n.º 1 do Código Civil, sendo a doação um contrato pelo qual uma pessoa dispõe gratuitamente de uma coisa ou de um direito em benefício de outra, é certo que não existem aqui prestações recíprocas.

¹⁵⁹ Esta questão vai ser desenvolvida *infra*, no ponto 3.2.

¹⁶⁰ Para efeitos do presente estudo, vamos apenas cingir-nos à classificação do contrato na hipótese em que o consumidor fornece (ou se compromete a fornecer) dados pessoais, pois é nesse contrato que assenta a problemática em questão.

as partes como credoras e devedoras uma da outra, isto é, o profissional é devedor do fornecimento do conteúdo ou serviço digital e credor dos dados pessoais do consumidor; por seu lado, o consumidor é devedor dos seus dados pessoais e credor do conteúdo ou serviço digital. A reciprocidade das prestações manifesta-se precisamente no facto de o contrato só subsistir com ambas as obrigações prestadas, de tal modo que, caso o profissional não cumpra com a sua prestação, o consumidor pode, no limite, resolver o contrato. Depreende-se assim, que um contrato celebrado no âmbito da DCSD, é classificado como um contrato sinalagmático.

2.2.2.1.2. CONTRATO A TÍTULO ONEROSO E A TÍTULO GRATUITO

A diferença entre a sinalgmaticidade e a onerosidade, é que a primeira se centra na reciprocidade das prestações e a segunda na intenção de equilíbrio patrimonial das partes. Assim, pode não haver correspondência entre as duas noções e um contrato oneroso ser considerado não-sinalagmático¹⁶¹. No entanto, os contratos sinalagmáticos tendem a ser sempre onerosos, uma vez que “ao gerarem obrigações recíprocas para ambas as partes, implicam sempre atribuições patrimoniais para ambas”¹⁶².

Os contratos onerosos implicam, em relação de corresponsabilidade¹⁶³, esforços económicos e vantagens correlativas¹⁶⁴ para ambas as partes. Assim, nestes contratos,

¹⁶¹ A. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português II*, Tomo II, 2010, p. 203 considera que o mandato gratuito (artigo 1158º do Código Civil) é não-sinalagmático mas que não pode ser considerado como uma liberalidade (apesar da sua designação), uma vez que defende não existir uma saída patrimonial do mandatário para o mandante. No mesmo sentido, L. MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Vol. I, 2017, pp. 198-200, que considera que os contratos reais *quoad constitutionem* podem ser onerosos não sendo sinalagmáticos, na medida em que a atribuição patrimonial de uma das partes não consista na assunção de uma obrigação, mas antes coincida com a celebração do contrato, tal como no caso do mútuo oneroso (artigo 1145º do Código Civil).

¹⁶² L. MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Vol. I, 2017, pp. 198-199.

¹⁶³ C. MOTA PINTO, A. PINTO MONTEIRO e P. MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 2005, pp. 400-403, constata ainda que a atribuição patrimonial pode traduzir-se, no entanto, na produção de um efeito jurídico, como a transferência ou constituição de um direito real, por exemplo.

¹⁶⁴ A. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português II*, Tomo II, 2010, p. 201.

cada uma das prestações é contrapartida da outra¹⁶⁵. Conforme salienta PAIS DE VASCONCELOS, “os contratos onerosos são aqueles em que é estipulado um sistema de contrapartidas. (...) A contrapartida é o correspondente da outra prestação e é estipulada como o seu contravalor de modo a que, pelo menos tendencialmente, na perspectiva das partes, a equilibre”¹⁶⁶. Exemplo típico de um contrato oneroso é o contrato de compra e venda (artigo 874º do Código Civil), em que ambas as partes realizam atribuições patrimoniais recíprocas, que se concretizam em prejuízos na sua esfera privada. Ao pagar o preço, o comprador sofre um prejuízo monetário e o vendedor, ao fornecer o bem, sofre um prejuízo ao abdicar do mesmo¹⁶⁷.

Por contraposição, o contrato gratuito implica atribuições patrimoniais apenas a uma das partes¹⁶⁸, não existindo contrapartida pela prestação realizada. A diferença nos contratos gratuitos é precisamente o facto de que uma das partes apenas retira vantagens e a outra parte sacrifícios, pelo menos no seu património. Isto é, “o empobrecimento do património de uma das partes corresponde, em regra, ao enriquecimento do património da outra”¹⁶⁹.

Um elemento considerado importante na doutrina, aquando da classificação do contrato como oneroso ou gratuito, é a intenção das partes¹⁷⁰. Neste sentido, para que um contrato seja considerado como verdadeiramente gratuito, é necessário que exista um espírito de liberalidade, isto é, que esteja presente uma intenção de dar (o chamado *animus donandi*)¹⁷¹.

¹⁶⁵ As partes fazem atribuições patrimoniais que são retribuídas pela atribuição da contraparte. C. MOTA PINTO, A. PINTO MONTEIRO e P. MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 2005, pp. 400-403.

¹⁶⁶ P. PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, 2010, pp. 447-448.

¹⁶⁷ L. MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Vol. I, 2017, pp. 198-200.

¹⁶⁸ L. MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Vol. I, 2017, pp. 198-200.

¹⁶⁹ A. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português II*, Tomo II, 2010, p. 201.

¹⁷⁰ Vide., C. A. MOTA PINTO; A. PINTO MONTEIRO e P. MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 2005, pp. 400-401; A. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português II*, Tomo II, 2010, pp. 201-203.

¹⁷¹ A. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português II*, Tomo II, 2010, p. 202, defende que é necessário que as partes estipulem e queiram de livre vontade que se trate de um contrato gratuito. Um contrato não é considerado gratuito na hipótese de se revelar imensamente lucrativo para uma das partes e ruinoso para a outra, apenas se verifica neste caso um contrato em desequilíbrio. Neste sentido também, M. J. ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, 2009, pp. 367-370 e L. MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Vol. III, 2013, pp. 11-13, defende que, num contrato de compra e venda, caso a intenção das partes for a atribuição de um enriquecimento a uma delas, como no caso de uma alienação de bens por um preço simbólico ou muito inferior ao valor de mercado, com fins de liberalidade, não estará em causa um contrato de compra e venda mas sim um contrato misto de venda e doação.

Existe, porém, uma situação dúbia que divide a doutrina quanto à sua classificação como um contrato a título gratuito. Trata-se do caso das doações modais ou oneradas com encargos (artigo 963º do Código Civil), nas quais o donatário fica obrigado à realização de determinada prestação no interesse do doador, de terceiro, ou mesmo do próprio donatário¹⁷². Parte da doutrina defende que, nesta hipótese, uma vez que o donatário suporta também sacrifícios para além das vantagens, o contrato é considerado oneroso para o donatário e gratuito para o doador¹⁷³. Em sentido contrário, MENEZES LEITÃO sustenta que neste caso não se pode considerar como um contrato oneroso na medida em que o encargo não se traduz na contrapartida da atribuição patrimonial do doador, mas sim numa restrição ao benefício resultante da mesma¹⁷⁴. Partilhando da mesma opinião, PIRES DE LIMA E ANTUNES VARELA, caracterizam os encargos na doação como uma mera cláusula acessória que opera como limitação à liberalidade e não como um corresponsivo da mesma¹⁷⁵. No mesmo sentido MIRANDA BARBOSA, considera que na doação modal o *animus donandi* persiste, havendo sempre a vontade do doador em beneficiar a contraparte, o que significa que a natureza gratuita vai sempre prevalecer¹⁷⁶.

Tendemos a concordar com esta segunda parte da doutrina. Efetivamente, a doação com encargos não deixa de ser considerada uma doação e, conseqüentemente, abranger todos os elementos constitutivos desta figura, isto é, o espírito de liberalidade, concretizado na vontade do doador em beneficiar o donatário; uma diminuição no património do doador; e uma atribuição patrimonial geradora de enriquecimento para a

¹⁷² L. MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Vol. III, 2013, pp. 187-189, considera, portanto, que pode assim revestir a natureza de uma obrigação em sentido técnico ou a de um mero ónus jurídico.

¹⁷³ A. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português II*, Tomo II, 2010, pp. 201 e 202. No mesmo sentido, M. J. ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, 2009, pp. 367-370, admitindo, porém, que caso o sacrifício suportado pelo donatário fique aquém da atribuição patrimonial que o doador lhe faz, será um contrato gratuito. P. PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, 2010, pp. 447-448, defende que neste caso se trata de um negócio mais ou menos gratuito.

¹⁷⁴ L. MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Vol. III, 2013, pp. 159-162 e 187-189. No mesmo sentido, o Ac. do TRG de 12/07/2011 no qual se defendeu que o encargo não representa uma contraprestação da doação que lhe é feita, mas sim um simples ónus, restrição ou limitação.

¹⁷⁵ PIRES DE LIMA e J. ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, 2010, pp. 268-269. Também no Ac. do TRG de 24/09/2015 onde se refere que na doação onerosa, “o donatário é obrigado a uma prestação, tratando-se de uma cláusula acessória da doação” típica dos negócios gratuitos. No mesmo sentido, Ac. do TRP de 13/06/2018 e M. MIRANDA BARBOSA, *Negócios onerosos e gratuitos: uma reflexão a propósito de novos fenómenos de gratuitidade*, 2020, p. 1826.

¹⁷⁶ M. MIRANDA BARBOSA, *Negócios onerosos e gratuitos: uma reflexão a propósito de novos fenómenos de gratuitidade*, 2020, pp. 1827-1828.

contraparte (tal como estabelecido no artigo 940º, n.º 1 do Código Civil)¹⁷⁷, ainda que com a limitação imposta pela cláusula modal¹⁷⁸. Deste modo se compreende que a oneração da doação com encargos não afeta a natureza do contrato gratuito, não podendo ser considerado como oneroso. De notar ainda que, a doação modal só existe se, apesar da oneração sob o donatário, o benefício que este recebe tiver um valor superior ao despendido em consequência do encargo¹⁷⁹. É precisamente na lógica de que o encargo se traduz numa restrição à liberalidade, que assenta o n.º 2 do artigo 963º do Código Civil, estando o encargo limitado ao objeto da doação¹⁸⁰.

Cabe-nos agora tomar posição quanto à classificação do contrato subjacente na DCSD. Ora, neste tipo de contratos, existe um sistema de contrapartidas: um conteúdo ou serviço disponibilizado em contrapartida não de um preço pago, mas sim de dados pessoais fornecidos. Isto significa que, uma prestação se encontra dependente da outra porquanto importam vantagens correlativas para ambas e prejuízos nas suas esferas jurídicas. O consumidor recebe a vantagem de poder utilizar ou adquirir o conteúdo ou serviço digital e sofre um prejuízo na sua esfera jurídica, limitando a sua privacidade. Por sua vez, o profissional recebe como atribuição patrimonial os dados pessoais do consumidor (que, tal como se viu, têm indubitavelmente um valor económico), no sentido em que constituem um conteúdo de aproveitamento patrimonial¹⁸¹, e sofre o prejuízo de fornecer o conteúdo ou serviço digital. Deste modo, cumpre afastar a classificação do contrato como gratuito, uma vez que as vantagens e os esforços são correlativos e mútuos para as partes e não se verifica um espírito de liberalidade, muito menos a vontade de uma das partes beneficiar a outra¹⁸², característica inerente aos contratos gratuitos. Por

¹⁷⁷ No mesmo sentido, o Ac. do TRP de 13/06/2018 onde se refere que “o facto do donatário se vincular a determinadas prestações não retira à doação o carácter de liberalidade”.

¹⁷⁸ Ac. do TRG de 24/09/2015 e Ac. do TRP de 13/06/2018. Acrescenta-se que, tendo em conta a interpretação sistemática, o próprio artigo 963º do Código Civil identifica a situação dos encargos na doação como uma “cláusula modal”.

¹⁷⁹ Caso contrário, estaria em causa um contrato de compra e venda e não uma doação. *Vide.*, L. MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Vol. III, 2013, pp. 187-189. No mesmo sentido, o Ac. do TRG de 24/09/2015 no qual se sustenta que não deixa de haver liberalidade pelo facto do donatário ter de realizar certa prestação.

¹⁸⁰ L. MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Vol. III, 2013, pp. 159-162 e 187-189.

¹⁸¹ M. MIRANDA BARBOSA, *Negócios onerosos e gratuitos: uma reflexão a propósito de novos fenómenos de gratuitidade*, 2020, p. 1850.

¹⁸² No mesmo sentido, M. MIRANDA BARBOSA, *Negócios onerosos e gratuitos: uma reflexão a propósito de novos fenómenos de gratuitidade*, 2020, p. 1850, que considera inexistente, nestes contratos, a intenção de gerar um benefício em relação à contraparte.

consequente, é possível classificar este contrato como oneroso e sinalagmático, na medida em que cada uma das prestações é contrapartida da outra.

Esta classificação vai influenciar o regime jurídico aplicável, visto que aos contratos onerosos aplicam-se as normas da compra e venda, na medida em que sejam conformes com a sua natureza (artigo 939º do Código Civil). Por sua vez, em relação aos contratos gratuitos, o regime tipo seguido pelo Código Civil é o do contrato de doação (artigo 940º). Esta diferença de regimes apresenta particularidades principalmente no que respeita à proteção dos consumidores. Efetivamente, considerar o contrato subjacente como um contrato a título oneroso, oferece uma maior proteção do consumidor do que no caso de considerar o contrato como um contrato a título gratuito¹⁸³. Nomeadamente no que diz respeito à responsabilidade pelos vícios da coisa (artigos 913º e seguintes e artigo 957º do Código Civil)¹⁸⁴ e à interpretação em casos de dúvida sobre o sentido da declaração (artigo 237º do Código Civil). Sendo o consumidor a parte mais frágil desta relação, a prioridade será protegê-lo, através da consideração do contrato como oneroso.

2.2.2.1.2.1. A DISTINÇÃO ENTRE “PREÇO” E “DADOS PESSOAIS”

No entanto, considerar o contrato subjacente como um contrato a título oneroso, não significa que a contrapartida em causa seja um “preço”¹⁸⁵.

A Diretiva (UE) 2019/770 define preço, no artigo 2º, n.º 7, como “o dinheiro ou uma representação digital do valor que é devido pelos conteúdos ou serviços digitais fornecidos”. Por sua vez, dados pessoais são definidos no artigo 4º, n.º 1 do RGPD¹⁸⁶, como a “informação relativa a uma pessoa singular identificada ou identificável”. É assim

¹⁸³ Nos contratos gratuitos, a proteção é atribuída à parte que realiza a atribuição patrimonial (como no artigo 237º do Código Civil) pois será, em princípio, a parte que estará mais desprotegida.

¹⁸⁴ M. NARCISO, *Dados Pessoais como Contraprestação em Contratos de Consumo – Breve Reflexão*, 2019, pp. 136-137.

¹⁸⁵ Vide., European Data Protection Supervisor, Opinion 8/2018 on the legislative package “A New Deal for Consumers”, p.12-14.

¹⁸⁶ Artigo 2º, n.º 8 DCSD.

claro que a noção de preço não engloba os dados pessoais, tratando-se de conceitos distintos.

Adicionalmente, os dados são inesgotáveis, isto é, um consumidor pode fornecer os mesmos dados a vários profissionais, os profissionais podem também utilizar várias vezes os dados fornecidos pelo mesmo consumidor e os dados vão sendo também produzidos em abundância pelos consumidores (sem que o valor dos mesmos diminua para o próprio consumidor). Enquanto uma prestação monetária implica sempre uma perda patrimonial, relacionada com a escassez, propriedade inerente ao dinheiro. No entanto, apesar de não existir uma perda patrimonial na esfera do consumidor que fornece os dados, existe, ainda assim, uma limitação da sua privacidade por cada vez que disponibiliza os seus dados pessoais. De salientar que a contraparte, neste caso o profissional, recebe indubitavelmente um ganho patrimonial na sua esfera pelo valor económico que os dados pessoais representam¹⁸⁷.

Os dados pessoais do consumidor, uma vez fornecidos ao profissional podem ser armazenados, tratados e transmitidos ou vendidos a terceiros, posteriormente podem também servir para a criação de perfis de comportamento, para fins publicitários, para verificação de identidade, deteção de fraudes, entre outras finalidades¹⁸⁸.

O reconhecimento do valor económico dos dados pessoais tem sido um aspeto muito discutido ao longo dos últimos tempos. Atualmente existem estudos que comprovam vários métodos de avaliação do valor económico dos dados pessoais, ainda que representem uma estimativa aproximada do valor desses dados no mercado. HACKER¹⁸⁹ veio esclarecer que tais métodos se podem basear na avaliação do mercado, por um lado, e na avaliação dos indivíduos, por outro¹⁹⁰. De notar ainda que, existem

¹⁸⁷ Atualmente é assente que os dados pessoais têm um valor económico determinável e existem já inúmeras formas de aferir o valor dos dados. Vide, por exemplo, OCDE, “Exploring the Economics of Personal Data: A Survey of Methodologies for Measuring Monetary Value”, 2013, p.25, onde foi determinada uma estimativa do valor de alguns dados, como por exemplo, o valor de uma morada (0,50\$), de uma data de nascimento (2\$), do número de segurança social (8\$), do registo militar (35\$), etc. M. NARCISO, *Dados Pessoais como Contraprestação em Contratos de Consumo – Breve Reflexão*, 2019, pp. 140-142.

¹⁸⁸ Inclusive, atualmente existem já empresas que negociam em torno dos dados pessoais recolhidos. M. MIRANDA BARBOSA, *Negócios onerosos e gratuitos: uma reflexão a propósito de novos fenómenos de gratuidade*, 2020, p. 1831.

¹⁸⁹ P. HACKER, *Regulating the Economic Impact of Data as Counter-Performance: From the Illegality Doctrine to the Unfair Contract Terms Directive*, 2020, pp. 48-49.

¹⁹⁰ OCDE, “Exploring the Economics of Personal Data: A Survey of Methodologies for Measuring Monetary Value”, 2013, pp. 18-19.

fatores que influenciam a avaliação dos dados pessoais e que vão ditar um maior ou menor valor dos mesmos, como por exemplo, o valor dos dados aumenta com o grau de identificação do indivíduo, a combinação específica com outros dados processados em conjunto ou a região ou país do titular dos dados também alteram o valor dos dados pessoais¹⁹¹. Assim, torna-se inegável que os dados pessoais têm um valor económico positivo (ainda que não completamente determinado) e que muitas vezes funcionam como um equivalente a uma contraprestação monetária em inúmeras transações em linha¹⁹².

A classificação do contrato como sendo a título oneroso compreende-se nesta medida, o esforço económico do consumidor em ceder os seus dados pessoais, traduz-se na vantagem correlativa que o profissional recebe desses mesmos dados.

A AEPD destacou, na opinião 4/2017¹⁹³, que ao contrário de uma prestação monetária em que o consumidor tem noção de quanto está a pagar por um serviço, o mesmo não acontece em relação aos dados pessoais. A AEPD justificou esta afirmação pela falta de clareza e transparência dos profissionais quanto às finalidades de tratamento dos dados, o que resulta numa extrema dificuldade de entendimento por parte do consumidor em relação ao valor que o profissional eventualmente poderá estar a receber com os seus dados pessoais. Este argumento, no entanto, parece ser solucionado através de políticas mais transparentes e de, por exemplo, ser exigido ao profissional, como dever de informação contratual, que clarifique e especifique quais os dados que o consumidor está a fornecer, com que finalidades e que valor detêm para o profissional.

No que diz respeito à consciencialização da privacidade por parte dos indivíduos, esta ainda segue uma curva de forma em U, na medida em que a maioria das pessoas se concentra nos extremos da distribuição, isto é, ou não se preocupam muito ou atribuem uma elevada importância à sua privacidade e consequente distribuição dos seus dados

¹⁹¹ P. HACKER, “Regulating the Economic Impact of Data as Counter-Performance: From the Illegality Doctrine to the Unfair Contract Terms Directive”, 2020, pp. 48-53, refere que dada a divergência de legislação e atitudes de privacidade, os estudos relativos aos dados dos cidadãos dos EUA têm uma validade externa limitada para os dados relativos aos cidadãos da UE, por exemplo. E ainda que, em 2013, um pacote de dados que incluísse morada, data de nascimento, número de Segurança Social, registo de crédito e registo militar foi estimado no valor de 55,16\$.

¹⁹² Ibid., p. 53. Vide., também M. MIRANDA BARBOSA, *Negócios onerosos e gratuitos: uma reflexão a propósito de novos fenómenos de gratuitidade*, 2020, p. 1843, assinala a eventualidade de os dados pessoais poderem ser considerados bens com valor transacionável (i.e. *commodity*).

¹⁹³ European Data Protection Supervisor, Opinion 4/2017 on the Proposal for a Directive on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content, p.9.

personais. Mesmo os indivíduos que priorizam a preocupação em perder o controle dos seus dados pessoais, a maior parte das vezes não age de acordo com essa preocupação¹⁹⁴. Esta heterogeneidade de preferências relativas à privacidade, levanta problemas regulamentares pela necessidade de balanço entre ambas as preferências. HACKER apresentou a sugestão, com a qual concordamos, de fornecer aos consumidores, aquando da celebração do contrato, um formato simples que lhes permita optar entre o fornecimento dos seus dados pessoais como pagamento pelo conteúdo ou serviço digital, ou o pagamento monetário¹⁹⁵, de forma a acautelar os dois extremos da distribuição em forma de U.

2.2.2.1.3. CONTRATO DE COMPRA E VENDA E CONTRATO DE PERMUTA

Uma vez concluída pela classificação do contrato como oneroso e sinalagmático, cabe ainda concretizar a classificação do contrato em especial.

Tal como referido *supra*, o contrato paradigmático dos contratos onerosos é o contrato de compra e venda. Nos termos do artigo 874º do Código Civil, a compra e venda consiste no contrato pelo qual uma das partes transmite a propriedade da coisa ou outro direito, contra o pagamento de uma quantia pecuniária (preço). O contrato padrão de compra e venda assenta, normalmente, na transferência da propriedade, mas nem sempre é assim. Podem ser transferidos por via de um contrato de compra e venda quaisquer

¹⁹⁴ P. HACKER, *Regulating the Economic Impact of Data as Counter-Performance: From the Illegality Doctrine to the Unfair Contract Terms Directive*, 2020, pp. 47-53.

¹⁹⁵ Tal poderia ser conseguido através de dois botões, por exemplo, um para “pagar com dados” e outro para “pagar com dinheiro”. P. HACKER, *Regulating the Economic Impact of Data as Counter-Performance: From the Illegality Doctrine to the Unfair Contract Terms Directive*, 2020, pp. 74-76. No mesmo sentido, A. METZGER, *A Market Model for Personal Data: State of Play under the New Directive on Digital Content and Digital Services*, 2020, pp. 43-45.

outros direitos, reais ou não¹⁹⁶. Excetua-se, no entanto, situações que não consubstanciem direitos subjetivos do alienante¹⁹⁷.

Um elemento importante e essencial deste tipo contratual é, tal como estabelecido na lei, a existência de uma contrapartida. Tal como referido *supra*¹⁹⁸, este aspeto é típico dos contratos sinalagmáticos e também dos onerosos na medida em que uma prestação é correspetiva de outra e ambas implicam sacrifícios económicos para as partes. Assim, caso falte a contraprestação, encontramos-nos, em princípio, na presença de um contrato de doação. Contudo, a especificidade do contrato de compra e venda assenta na necessidade de a contrapartida ser de carácter pecuniário, ou seja, o preço, tal como explicitamente referido no artigo 874º do Código Civil. Por conseguinte, se a contrapartida não consistir numa prestação pecuniária, o contrato em causa deixa de ser qualificado como uma compra e venda e passa a ser um contrato de permuta (também designado contrato de troca ou de escambo)¹⁹⁹.

O contrato de permuta é um contrato oneroso que tem por objeto uma transferência recíproca entre as partes, da propriedade de coisas ou de outros direitos²⁰⁰. O aspeto que distingue o contrato de compra e venda do contrato de permuta, é precisamente o facto de no primeiro a contrapartida ser necessariamente um preço, ao passo que no segundo, a contrapartida não é pecuniária²⁰¹. Adicionalmente, o regime destes contratos não se encontra tipificado no Código Civil, pelo que se designa um contrato atípico.

É classificado como um contrato oneroso na medida em que engloba sacrifícios patrimoniais (ainda que não pecuniários) para ambas as partes²⁰². E sinalagmático, uma

¹⁹⁶ Pense-se, por exemplo, na cessão de créditos onerosa (artigos 577º e 578º do Código Civil) ou no trespasse de usufruto a título oneroso (artigo 1444º do Código Civil). E ainda no caso de direitos de propriedade intelectual, direitos potestativos, direitos de propriedade industrial, entre outros.

¹⁹⁷ Como pode ser o caso da venda de informações, segredos ou produtos financeiros. Do mesmo modo, a simples posse, por não constituir um direito subjetivo, a sua transmissão não corresponde à transmissão de um direito, pelo que não poderá ser objeto de um contrato de compra e venda. *Vide.*, L. MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Vol. III, 2013, pp. 11-13.

¹⁹⁸ *Vide.*, ponto 2.2.2.1.1 e ponto 2.2.2.1.2.

¹⁹⁹ L. MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Vol. III, 2013, pp. 11-13. *Vide.*, a este propósito o Ac. do STJ de 25/03/2010 e também o Ac. do STJ de 24/03/2015.

²⁰⁰ L. MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Vol. III, 2013, pp. 155-158.

²⁰¹ *Vide.*, a este propósito o Ac. do STJ de 25/03/2010, “o elemento característico de um contrato de permuta ou troca é a ausência de qualquer objecto monetário que no contrato desempenhasse a função de meio de pagamento, isto é, na ausência de qualquer objecto que se possa qualificar como preço” e também o Ac. do STJ de 24/03/2015.

²⁰² L. MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Vol. III, 2013, pp. 155-158.

vez cada uma das prestações das partes são fundamento e razão de ser da outra, não subsistindo uma sem a outra²⁰³.

Ora, relativamente aos contratos objeto da DCSD, na situação em que o consumidor fornece dados pessoais “em troca” do fornecimento de conteúdos ou serviços digitais pelo profissional, parece-nos que será de considerar este contrato, em certas situações, como um contrato de permuta. Como vimos, ambos os contratos são classificados como onerosos e sinalagmáticos. Uma das principais dificuldades na classificação do contrato subjacente à DCSD, era precisamente o facto de “preço” e “dados pessoais” consubstanciarem noções diferentes²⁰⁴, e uma vez que o “preço” é elemento essencial na classificação do contrato de compra e venda, fica assim excluída a hipótese de considerar os contratos em que dados pessoais são fornecidos como contrapartida, como um contrato de compra e venda. Neste sentido, os contratos celebrados pelos consumidores em que os seus dados pessoais são fornecidos “em troca” do conteúdo ou serviço digital, acarretando uma transferência recíproca entre as partes, podem ser classificados como contratos de permuta caso o conteúdo ou serviço digital possa ser qualificado como um bem. Isto significa que uma grande parte da classificação do contrato subjacente vai depender do conteúdo ou serviço digital em causa, o que pode levar à classificação do contrato como de prestação de serviço, de acesso, de licença, entre outros. Este foi outro aspeto que o legislador deixou também em aberto ao não densificar o âmbito de aplicação da Diretiva a certos tipos contratuais.

Tal como previsto no artigo 939º do Código Civil, as normas da compra e venda são aplicáveis a outros contratos onerosos. O que significa que podem também ser aplicáveis aos contratos de permuta, desde que se enquadrem e sejam adaptadas à natureza específica da permuta²⁰⁵, uma vez que estes contratos consubstanciam um negócio de alienação a título oneroso²⁰⁶.

²⁰³ P. PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, 2010, pp. 446-447.

²⁰⁴ *Vide.*, ponto 2.2.2.1.2.1.

²⁰⁵ Ac. do STJ de 16/09/2008, p. 593.

²⁰⁶ L. MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Vol. III, 2013, pp. 155-158 apoia este fundamento no artigo 480º do antigo Código Comercial que previa que “o escambo ou troca será mercantil nos mesmos casos em que o é a compra e venda”. *Vide.*, a este propósito Ac. do STJ de 09/10/2007, onde se refere que “no contrato de troca ou permuta, a regulação de referência há-de buscar-se, adaptadamente, no contrato de compra e venda”.

É manifesto que à aplicação das normas do regime da compra e venda ao contrato de permuta, se excetuam aquelas que dizem respeito à contrapartida pecuniária²⁰⁷. Não obstante, MENEZES LEITÃO defende que o artigo 884º do Código Civil poderá ser aplicável aos contratos de permuta com as devidas adaptações. Assim, caso o contrato fique limitado a parte do seu objeto, “deverá reduzir-se a contraprestação, se esta for divisível, ou atribuir-se à parte prejudicada um crédito em dinheiro, como compensação pela redução”²⁰⁸. Esta parece-nos ser uma interpretação aceitável, desde que seja possível efetuar a referida adaptação, não se vê por que razão, no caso de uma das partes do contrato incumprir com a sua obrigação e esta ficar limitada a apenas uma parte, que a contraparte não tenha o direito de restringir também a sua contraprestação, tendo em conta as semelhanças práticas entre os contratos de compra e venda e os contratos de permuta.

Ademais, uma vez que os contratos de permuta são classificados como contratos sinalagmáticos, é lhes também aplicável os institutos que pressupõem por base um sinalagma contratual, tais como, a exceção de não cumprimento do contrato (artigo 428º do Código Civil), a caducidade do contrato por impossibilidade de uma das prestações (artigo 795º, n.º 1 do Código Civil) e a resolução por impossibilidade do cumprimento (artigo 801º, n.º 2 do Código Civil)²⁰⁹.

2.2.2.2. FORMAÇÃO DO CONTRATO

Uma outra questão que necessita de ser resolvida diz respeito à formação do contrato.

A Diretiva (UE) 2019/770, apesar de ser uma diretiva de harmonização máxima (artigo 4º), prevê no artigo 3º, n.º 10²¹⁰ que “a presente diretiva não afeta a faculdade de os Estados-Membros regularem questões do direito nacional geral dos contratos, tais como regras relativas à formação, à validade, à nulidade ou aos efeitos dos contratos,

²⁰⁷ Como no caso dos artigos 883º, 885º e 886º do Código Civil.

²⁰⁸ L. MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Vol. III, 2013, pp. 155-158.

²⁰⁹ L. MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Vol. III, 2013, pp. 155-157.

²¹⁰ E no Considerando 24.

incluindo as consequências da rescisão de um contrato na medida em que estas não sejam reguladas pela presente diretiva, ou o direito a indemnização”. Isto significa que muitos são os aspetos que caberá aos Estados-Membros resolver. No entanto, poderão ser avançados alguns contributos nesta matéria, em termos gerais.

Em primeiro lugar, de modo a que a DCSD seja aplicável é necessário que seja celebrado um contrato de consumo. Conforme previsto no artigo 3º, n.º 1 “a presente diretiva é aplicável a qualquer contrato (...)”²¹¹ entre um profissional (artigo 2º n.º 5) e um consumidor (artigo 2º, n.º 6)²¹², que tenha por objeto conteúdos ou serviços digitais. Estão, assim, em causa as relações contratuais *business-to-consumer* (B2C), deixando a Diretiva de fora as relações *business-to-business* (B2B).

No direito português, em princípio, aplicar-se-á a norma constante no artigo 219º do Código Civil. Assim, segundo o princípio da liberdade de forma (ou do consensualismo), o contrato não estará sujeito a nenhuma forma especial uma vez que a lei não o exige.

Tipicamente, um contrato desta natureza surge por iniciativa do profissional que oferece um serviço ou conteúdo digital previamente anunciado num *website* ou plataforma digital²¹³, ao qual o consumidor acede, procedendo ao preenchimento de formulários, como é o caso de um registo *online* ou a abertura de uma conta numa rede social. Seguindo a linha do Decreto-Lei n.º 7/2004²¹⁴, esta “oferta” poderá ser considerada uma proposta contratual ou, caso não reúna todos os requisitos necessários, um convite a contratar, tal como previsto no n.º 1 do artigo 32º do respetivo diploma²¹⁵. Mais precisamente, poderemos qualificar como uma proposta ao público²¹⁶, a qual uma vez aceite pelo consumidor, determina a celebração do contrato, ficando o profissional

²¹¹ E, também, no Considerando 24.

²¹² Para mais desenvolvimento quanto a esta questão, vide. J. MORAIS CARVALHO, *Venda de Bens de Consumo e Fornecimento de Conteúdos e Serviços Digitais – As Diretivas 2019/771 e 2019/770 e o seu Impacto no Direito Português*, 2019.

²¹³ Vide., por exemplo, <https://pt-pt.facebook.com/>; <https://global.shirucafe.com/student.php>; <https://www.spotify.com/pt/>.

²¹⁴ Decreto-Lei n.º 7/2004, de 07 de Janeiro sobre o Comércio Eletrónico no Mercado Interno e Tratamento de Dados Pessoais.

²¹⁵ “A oferta de produtos ou serviços em linha representa uma proposta contratual quando contiver todos os elementos necessários para que o contrato fique concluído com a simples aceitação do destinatário, representando, caso contrário, um convite a contratar”.

²¹⁶ J. OLIVEIRA ASCENSÃO, *Bases para uma transposição da Directriz n.º 00/31, de 8 de Junho (comércio electrónico)*, 2003, pp. 245-246.

“vinculado nos termos precisos da declaração emitida”^{217 218}. A aceitação poderá resultar de uma declaração expressa, caso, por exemplo, o consumidor aceite os (incorretamente designados) *termos e condições* com um *click*, ou tácita, no caso de, por exemplo, utilizar o serviço (artigo 217º do Código Civil).

A título de exemplo, atente-se aos “termos e condições de uso” do *Spotify*, nos quais se prevê: “ao inscrever-se ou usar qualquer um dos aludidos serviços do Spotify, inclusive todos os recursos e funcionalidades, websites e interfaces de usuário associados, bem como todos os aplicativos de conteúdo e software associados aos nossos serviços (coletivamente, o “Serviço Spotify” ou “Serviço”), ou aceder a qualquer música, vídeo ou outro conteúdo ou material disponibilizado pelo serviço (o “Conteúdo”) você estará celebrando um contrato vinculativo com a pessoa jurídica Spotify”²¹⁹.

A maior parte das vezes, esta proposta surge em clausulados que o consumidor terá de aceitar e dar o seu consentimento, sem o qual não há lugar à celebração do negócio jurídico. É, portanto, uma questão de interpretação das cláusulas contratuais gerais de cada serviço, caso a caso, que vai permitir concluir pela existência ou não de uma proposta para a celebração de um contrato em que dados vão ser fornecidos como contraprestação²²⁰. Recorrendo à regra de interpretação do artigo 236º do Código Civil, teremos de averiguar se um declaratório normal, colocado na posição do real declaratório entenderia que o profissional estaria a emitir uma proposta contratual nestes termos.

Para a celebração do contrato em causa, caso o tratamento dos dados pessoais se baseie no consentimento dado pelo consumidor (nos termos do artigo 6º, n.º 1, alínea a) do RGPD)²²¹, é ainda necessário que o pedido de consentimento por parte do profissional, seja apresentado ao consumidor em separado do contrato, ou de forma a que possa ser feita uma distinção clara entre o contrato e o pedido de consentimento, nos termos do artigo 7º, n.º 2 do RGPD. Habitualmente, neste tipo de contratos, é requerido ao consumidor que aceite a proposta contratual com um *click* em duas “caixas” diferentes, uma que diz respeito ao contrato e outra que, normalmente, diz respeito à política de

²¹⁷ J. MORAIS CARVALHO, *Manual de Direito do Consumo*, 2020, pp. 83-85.

²¹⁸ É também necessário ter em conta as normas do Código Civil a este respeito, nomeadamente os artigos 224º, 232º e 236º.

²¹⁹ <https://www.spotify.com/pt-en/legal/end-user-agreement/#8-diretos-que-voccc3aa-concede-a-nc3b3s>.

²²⁰ A. METZGER, *Data as Counter-Performance: What Rights and Duties do Parties Have?*, 2017, p. 3.

²²¹ Vide., ponto 2.1.2.2.

privacidade²²². Estas políticas de privacidade são consideradas cláusulas-tipo na aceção da Diretiva 93/13/CEE²²³, pelo que devem cumprir os requisitos de equidade e de transparência presentes nesse diploma. Assim, o responsável pelo tratamento dos dados pessoais deverá fornecer uma declaração de consentimento (à parte do contrato) inteligível e de fácil acesso, numa linguagem clara e simples e sem cláusulas abusivas, em conformidade com a Diretiva 93/13/CEE²²⁴.

2.2.2.3. VALIDADE DO CONTRATO

Uma vez considerada a classificação e formação do contrato objeto da DCSD, cabe agora refletir certos aspetos relativos à validade do contrato.

No Considerando 12 da DCSD, foi estabelecido que a Diretiva não deverá afetar as normas do direito nacional quanto à validade, nulidade ou legalidade do conteúdo ou serviço digital, entre outros aspetos.

Conforme foi referido, o valor dos dados pessoais no mercado é atualmente reconhecido. Mesmo os dados obtidos ilegalmente têm um valor económico positivo e na maior parte das vezes, bastante substancial²²⁵. Cumpre agora analisar se os dados pessoais recolhidos pelo profissional em violação das normas do Direito à proteção dos dados, com base num tratamento ilícito dos dados, por exemplo, podem ou não ainda ser considerados como contraprestação no contrato e, consequentemente, submetidos ao âmbito de aplicação da DCSD.

O artigo 3º, n.º 1 da DCSD não requer o consentimento do consumidor, para que o contrato seja considerado válido. Não obstante, no Considerando 38 da DCSD, é

²²² Como por exemplo, quando se cria uma conta no Observador: <https://observador.pt/#login-popup>.

²²³ Diretiva das Cláusulas Abusivas.

²²⁴ Considerando 42 do RGPD.

²²⁵ P. HACKER, *Regulating the Economic Impact of Data as Counter-Performance: From the Illegality Doctrine to the Unfair Contract Terms Directive*, 2020, pp. 50-56, a título de exemplo, refere que as informações de cartões de crédito roubados são atualmente vendidas por 45\$ e pacotes de identificação completos por até 100\$.

mentionado que a Diretiva não regula as condições para o tratamento lícito dos dados pessoais, nem a validade do consentimento dado, e que tal deverá ser feito pelo RGPD. Contudo, adianta que, no contexto de um contrato celebrado no âmbito da DCSD, o tratamento de dados pessoais só é lícito se estiver conforme com o RGPD relativamente aos fundamentos jurídicos para o tratamento de dados pessoais.

Conforme foi analisado *supra*, de forma a que o tratamento de dados pessoais seja considerado válido, é necessário que sejam respeitados os princípios e normas estabelecidos no RGPD, nomeadamente o artigo 5º. Adicionalmente, o tratamento dos dados pessoais só será lícito se se basear, em pelo menos, uma das situações elencadas no n.º 1 do artigo 6º do RGPD²²⁶. Como vimos²²⁷, na celebração de um contrato, o consentimento para o tratamento dos dados pessoais tem de ser dado em separado. Tal espelha a preocupação salientada pelo RGPD em que o titular dos dados dê o seu consentimento de forma livre e esclarecida. Esta separação indica desde logo, a diferença inerente à celebração de um contrato, por um lado, e o consentimento dado pelo consumidor para o tratamento dos dados pessoais, pelo outro. Caso a declaração (ou parte da declaração) de consentimento viole alguma disposição do RGPD, deve ser considerada não vinculativa²²⁸.

O RGPD prevê ainda, quanto ao consentimento de crianças para o tratamento dos dados pessoais, que o direito contratual geral dos Estados-Membros, no que diz respeito, nomeadamente, às disposições que regulam a validade, formação ou efeitos de um contrato em relação a uma criança, não são afetados pelo disposto no n.º 1 do artigo 8º do RGPD, o qual rege as condições de consentimento das crianças²²⁹. Semelhante disposição não se encontra, no entanto, estabelecida para os restantes casos de consentimento.

Alguns autores consideraram que o Direito geral dos contratos deveria seguir o Direito da proteção de dados e, nessa lógica, caso o tratamento dos dados pessoais fosse considerado inválido ao abrigo do RGPD, esses mesmos dados não poderiam ser considerados uma contraprestação válida no contrato (doutrina da ilegalidade). HACKER discorda desta posição, defendendo que, na situação em que seja o consumidor a fornecer

²²⁶ Vide., ponto 2.1.2.2.

²²⁷ Ibid.

²²⁸ Conforme o n.º 2 do artigo 7º do RGPD.

²²⁹ Artigo 8º, n.º 3 do RGPD.

os seus dados pessoais, o Direito geral dos contratos deve manter a sua independência face às regras de proteção de dados²³⁰. Fundamenta esta opinião pelo facto de o RGPD ter o seu próprio regime de forma a acautelar possíveis situações de tratamento ilícito dos dados pessoais, tal como o direito do titular dos dados ao apagamento dos dados pessoais (artigo 17º, n.º 1, alínea d) do RGPD) e à limitação do tratamento (artigo 18º, n.º 1, alínea b) do RGPD). Adicionalmente, menciona que o regime do RGPD destina-se às regras relativas ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação dos mesmos, defendendo os direitos dos titulares dos dados (artigo 1º do RGPD) e não quanto à aferição de legalidade de uma partilha de dados entre duas partes. Assim, HACKER considera que a violação do regime da proteção de dados não deve significar a exclusão do contrato do âmbito de aplicação da DCSD. Adianta ainda que o preceito do artigo 3º, n.º 1 da DCSD exclui especificamente duas situações em que os dados pessoais são fornecidos pelo consumidor e não estão sujeitos à aplicação da Diretiva, não incluindo, porém, o tratamento ilícito dos dados à luz do RGPD²³¹. Efetivamente, foi para combater um desequilíbrio na proteção do consumidor que fornecia dados pessoais como contraprestação e não se encontrava protegido por nenhuma legislação, que a Diretiva foi pensada, pelo que excluir do âmbito da Diretiva estes contratos por violarem o tratamento dos dados pessoais no âmbito do RGPD, levaria a negar injustamente os direitos conferidos pela DCSD aos consumidores que de facto necessitam de proteção²³².

De facto, como vimos, o sinalagma do contrato estabelece-se entre os dados pessoais fornecidos pelo consumidor (e não pelo seu consentimento) e o conteúdo ou serviço digital fornecido pelo profissional, deste modo o contrato funcionará eficazmente a partir do momento em que ambas as prestações forem cumpridas. Sendo os dados pessoais do consumidor (nestes contratos) o principal benefício resultante do contrato para o profissional.

²³⁰ No mesmo sentido, *vide.*, A. METZGER, *A Market Model for Personal Data: State of Play under the New Directive on Digital Content and Digital Services*, 2020, pp. 33-35, defende que mesmo que o consentimento dado pelo consumidor para o tratamento dos dados pessoais seja considerado inválido, tal não significa que a DCSD não seja aplicável. E ainda M. SCHMIDT-KESSEL, *Right to Withdraw Consent to Data Processing – The Effect on the Contract*, 2020, pp. 130-132, que menciona que o próprio RGPD faz a distinção entre a legalidade do processamento por um lado, e a relação contratual, por outro, como é o caso do artigo 7º, n.º 2 do RGPD.

²³¹ O mesmo se aplica em relação ao Considerando 25 da DCSD, o qual menciona algumas situações não abrangidas pelo âmbito da Diretiva, não incluindo também o tratamento ilícito dos dados.

²³² P. HACKER, *Regulating the Economic Impact of Data as Counter-Performance: From the Illegality Doctrine to the Unfair Contract Terms Directive*, 2020, pp. 58-61.

Neste sentido, poder-se-ia pensar, uma vez que um contrato ao abrigo da DCSD tem como objeto os dados pessoais do consumidor, fornecidos como contrapartida de um conteúdo ou serviço digital, que o tratamento desses dados é condição necessária para que a contraprestação seja validamente fornecida. No entanto, não cabe ao consumidor o tratamento dos dados, nem a indicação do fundamento legal para tal tratamento, essa obrigação é antes da responsabilidade do profissional. O que significa que o consumidor não pode ser privado de uma proteção contratual ao abrigo da DCSD, por causa de um tratamento ilícito feito por parte do profissional. Uma consideração neste sentido poderia levar a que o profissional intencionalmente não tratasse os dados em conformidade com o RGPD de forma a escapar à aplicabilidade da Diretiva comunitária, ficando o consumidor desprotegido por uma falha que é da responsabilidade do profissional. Tal fundamento torna-se ainda mais claro se pensarmos que, normalmente, um consumidor médio que celebre um contrato desta natureza, não vai saber nem entender caso os seus dados estejam a ser tratados de forma ilícita. Neste sentido, o tratamento dos dados pessoais que tem de ser cumprido ao abrigo do RGPD, trata-se, no nosso ponto de vista, de uma obrigação unilateral do profissional que será do seu interesse cumprir, de modo a que o contrato possa produzir os seus efeitos²³³.

Pode acontecer que a ilegalidade do tratamento dos dados pessoais leve ao incorreto funcionamento do conteúdo ou serviço digital, o que irá consubstanciar uma falta de conformidade nos termos do artigo 8º, n.º 1, alínea b) da DCSD, e consequentemente o consumidor tem o direito de resolver o contrato (nos termos do artigo 14º). Efetivamente, o Considerando 48 da DCSD refere que o não cumprimento das normas previstas no RGPD pode ser considerado uma falta de conformidade do conteúdo ou serviço digital. Por conseguinte, estas disposições confirmam a opinião adotada acima, na medida em que, desta forma, o contrato não se considerará inválido, aplicando-se as disposições da Diretiva (neste caso, especialmente as que dizem respeito a uma falta de conformidade do conteúdo ou serviço digital), o que leva a entender que o âmbito de aplicação da Diretiva não pode ser afastado pelo facto de o RGPD ser violado.

²³³ M. SCHMIDT-KESSEL, *Right to Withdraw Consent to Data Processing –The Effect on the Contract*, 2020, pp. 131-133, defende este argumento relativamente ao artigo 6º, n.º 1, alínea b) do RGPD, considerando que este preceito apenas diz respeito aos deveres e obrigações do profissional.

Assim, caso o tratamento dos dados pessoais seja feito em violação das disposições do RGPD, e portanto, de forma ilícita, não significa que acarrete uma invalidade do contrato e a DCSD pode ainda ser aplicável se todos os requisitos tiverem cumpridos²³⁴. O consumidor deverá assim continuar a poder usufruir dos direitos que lhe compete na DCSD. Porém, tal não invalida que outras consequências negativas possam (e eventualmente vão) surgir para o profissional, sendo neste sentido, incumpridas as suas obrigações com o RGPD.

3. CONSEQUÊNCIAS CONTRATUAIS

A proteção jurídica e o regime inerente destes contratos no Direito Europeu e, principalmente, no Direito Interno de cada Estado-Membro, apresenta-se ainda como um desafio, principalmente na medida em que é necessário articular legislação existente em matéria de Direito dos Contratos, Direito das Obrigações, e Direito do Consumo em especial, com este novo paradigma. De facto, o Direito Nacional Português nestas matérias, está pensado para contratos em que a contrapartida é, em princípio, monetária e quando não o seja, o regime específico desses contratos, encontra-se tipificado na lei.

Assim, os contratos nos quais o consumidor fornece os seus dados pessoais em contrapartida do fornecimento de conteúdos ou serviços digitais, apresenta diversas dificuldades, que se traduzem em elevados desafios de equilíbrio na proteção jurídica destes consumidores.

A DCSD consagrou os direitos dos consumidores no caso de uma falta de conformidade do conteúdo ou serviço digital ou em caso de não fornecimento dos mesmos pelo profissional²³⁵. Ainda assim, alguns aspetos de Direito Civil, em geral, e de

²³⁴ A. METZGER, *A Market Model for Personal Data: State of Play under the New Directive on Digital Content and Digital Services*, 2020, pp. 32-36.

²³⁵ Para mais desenvolvimentos sobre este tema, *vide.*, European Parliament, Directorate-General for internal policies, policy department c: citizens' rights and constitutional affairs, Remedies for buyers in case of contracts for the supply of digital content, (2012); K. SEIN e G. SPINDLER, *The new Directive on Contracts for Supply of Digital Content and Digital Services – Conformity Criteria, Remedies and Modifications – Part 2*, 2019, pp. 265-391; K. SEIN e G. SPINDLER, *The new Directive on Contracts for Supply of Digital Content and Digital Services – Scope of Application and Trader's Obligation to Supply*

Direito do Consumo e Direito da Proteção dos Dados, em especial, foram deixados à consideração dos Estados-Membros.

3.1. FALTA DE CONFORMIDADE OU NÃO FORNECIMENTO DOS CONTEÚDOS OU SERVIÇOS DIGITAIS

O profissional tem o dever de fornecer os conteúdos ou serviços digitais ao consumidor, após a celebração do contrato (salvo acordo das partes em contrário) e sem demora indevida²³⁶, considerando-se cumprida a obrigação quando o profissional disponibilize ao consumidor os meios adequados para aceder ou descarregar o conteúdo digital, ou quando facultar o acesso ao serviço digital²³⁷. Assim, a responsabilidade pelo não fornecimento dos conteúdos ou serviços digitais é do profissional (artigo 11º)²³⁸, ao qual pertence também o ónus da prova de demonstrar que o conteúdo ou serviço digital foi fornecido (artigo 12º, n.º 1)²³⁹.

Em caso de não fornecimento do conteúdo ou serviço digital²⁴⁰, o consumidor deve, em primeiro lugar, solicitar ao profissional o fornecimento dos mesmos. Caso o profissional não os forneça sem demora indevida ou num prazo convencionado pelas partes, o consumidor tem direito a resolver o contrato (artigo 13º, n.º 1), exceto se se tratar de uma das situações descritas no n.º 2 do artigo 13º, caso em que o consumidor tem

– Part 1, 2019, pp. 257-279; R. MILÀ RAFEL, *The Directive Proposals on Online Sales and Supply of Digital Content (Part II): conformity and remedies for lack of conformity*, 2017, pp. 50-63; J. MORAIS CARVALHO, *Venda de Bens de Consumo e Fornecimento de Conteúdos e Serviços Digitais – As Diretivas 2019/771 e 2019/770 e o seu Impacto no Direito Português*, 2019.

²³⁶ Princípio da pontualidade. Normalmente, neste tipo de contratos o fornecimento de conteúdos ou serviços digitais é normalmente instantâneo, ficando por vezes dependente do pagamento do preço pela contraparte, por exemplo. Pelo que o requisito de “sem demora indevida” deverá ter em conta a natureza do contrato.

²³⁷ Artigo 5º DCSD.

²³⁸ E Considerando 55.

²³⁹ A razão pela qual o ónus da prova recai sobre o profissional reside no facto de o profissional estar, normalmente, numa melhor posição que o consumidor para identificar as razões pelas quais o conteúdo ou serviço digital não foi fornecido ou não está em conformidade, tendo em conta que o profissional terá um conhecimento mais profundo sobre o conteúdo ou serviço digital, terá acesso a informações técnicas e a assistência em tecnologia, por exemplo. Considerando 59.

²⁴⁰ E, portanto, em violação do disposto no artigo 5º.

direito à imediata resolução do contrato sem que tenha de primeiro solicitar ao profissional o fornecimento do conteúdo ou serviço digital²⁴¹. Isto é, nas situações em que resulte das circunstâncias ou o profissional declare que não irá fornecer os conteúdos ou serviços digitais (artigo 13º, n.º 2 alínea a)); ou caso o consumidor e profissional tenham acordado um momento específico de fornecimento (ou resulte das circunstâncias da celebração do contrato) por ser essencial para o consumidor e o profissional não forneça os conteúdos ou serviços digitais até esse momento (artigo 13º, n.º 2 alínea b)). Este último caso equivale a uma situação de perda do interesse do credor também estabelecido no artigo 808º do Código Civil, que pode levar à resolução do contrato por parte do credor, nos termos do artigo 801º, n.º 2 do Código Civil.

O profissional tem o dever de fornecer os conteúdos ou serviços digitais em conformidade com o contrato (artigo 6º), cumprindo para o efeito, os requisitos subjetivos e objetivos de conformidade presentes nos artigos 7º e 8º, respetivamente.

Deste modo, o profissional é também responsável, mediante o consumidor, pela falta de conformidade dos conteúdos ou serviços digitais (artigo 11º, n.ºs 2 e 3)²⁴². Os conteúdos ou serviços digitais podem ser fornecidos através de um único ato de fornecimento²⁴³, numa série de atos individuais²⁴⁴ ou de forma contínua durante um determinado período de tempo^{245 246}. Nos primeiros dois casos, a conformidade dos conteúdos ou serviços digitais deve ser avaliada no momento do fornecimento, uma vez que nestas situações os consumidores têm a possibilidade de aceder e utilizar os conteúdos e serviços digitais por tempo indeterminado. O que significa que o profissional apenas vai ser responsável por alguma falta de conformidade que ocorrer no momento do fornecimento²⁴⁷. Não obstante, o legislador europeu refletiu a sua preocupação em definir um período mínimo harmonizado durante o qual o profissional é considerado responsável, de forma a garantir a segurança jurídica tanto para os profissionais como para os

²⁴¹ Considerando 61.

²⁴² E Considerando 55.

²⁴³ Pense-se, por exemplo, na hipótese em que um consumidor descarrega e armazena no seu dispositivo pessoal um filme.

²⁴⁴ Por exemplo, o consumidor fez uma subscrição em que todas as semanas recebe uma hiperligação para descarregar para o seu dispositivo o jornal Expresso.

²⁴⁵ Como é o caso de uma subscrição na Netflix ou quando o consumidor abre uma conta na rede social Instagram por tempo indeterminado.

²⁴⁶ Considerandos 55, 56 e 57. Artigo 8º, n.º 4.

²⁴⁷ Ou no momento do único ato de fornecimento ou de cada ato individual de fornecimento, conforme seja o caso.

consumidores em toda a UE. Deste modo, os Estados-Membros devem assegurar que o profissional é responsável por uma falta de conformidade por um mínimo de dois anos a contar da data do fornecimento, caso o direito nacional estabeleça a responsabilidade do profissional apenas por faltas de conformidade que se manifestem num determinado período após o fornecimento²⁴⁸. O Decreto-Lei n.º 67/2003²⁴⁹ estabelecia já, no artigo 3º, n.º 2, a responsabilidade do profissional por qualquer falta de conformidade que se manifestasse no prazo de dois anos a contar da data de entrega do bem, para coisas móveis corpóreas.

No que diz respeito aos conteúdos ou serviços digitais fornecidos de forma contínua durante um determinado período, o profissional só deverá ser responsável por uma falta de conformidade que se manifeste durante o período de vigência do contrato, uma vez que, nestes casos, os conteúdos ou serviços digitais só estarão disponíveis ou acessíveis aos consumidores durante o período fixo do contrato ou enquanto o contrato por tempo indeterminado estiver em vigor²⁵⁰.

Embora caiba ao consumidor demonstrar que os conteúdos ou serviços digitais não estão em conformidade²⁵¹, é sobre o profissional que recai o ónus de provar que o conteúdo ou serviço digital estava em conformidade no momento do fornecimento²⁵² ou durante o período de vigência do contrato²⁵³ caso se trate de, respetivamente, um único ato de fornecimento ou uma série de atos individuais de fornecimento do conteúdo ou serviço digital, ou de um fornecimento contínuo durante um determinado período. O ónus da prova inverte-se, caso o consumidor não coopere com o profissional para averiguar se a falta de conformidade é imputável ao ambiente digital do consumidor ou caso o

²⁴⁸ Considerando 56, artigo 11º, n.º 2 e artigo 12º, n.º 2.

²⁴⁹ Decreto-Lei n.º 67/2003, de 08 de Abril, que transpõe para a ordem jurídica nacional a Diretiva n.º 1999/44/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de Maio, sobre certos aspetos da venda de bens de consumo e das garantias a ela relativas, e altera a Lei n.º 24/96, de 31 de Julho.

²⁵⁰ Considerando 57, artigo 11º, n.º 3 e artigo 12º, n.º 3. Pense-se no caso de um contrato de armazenagem de nuvem de 2 anos, após esse período o consumidor não poderá armazenar mais nenhuma informação nem aceder ao serviço. Ou no caso de uma subscrição da Netflix, uma vez terminado o contrato, o consumidor não pode aceder a nenhum conteúdo. No entanto, não é necessário que se trate de um fornecimento a longo prazo. Pense-se, por exemplo, na situação em que é fornecido um jogo digital ao consumidor e o profissional procede a atualizações sempre que se tornem disponíveis novas funcionalidades.

²⁵¹ Ainda assim, o consumidor não tem de demonstrar que a falta de conformidade ocorria no momento do fornecimento dos conteúdos ou serviços digitais. Considerando 59, 1º parágrafo, *in fine*.

²⁵² Neste caso, o ónus da prova do profissional é relativo às faltas de conformidade que se manifestem no prazo de um ano a contar do momento em que os conteúdos ou serviços digitais foram fornecidos. Artigo 12º, n.º 2 e Considerando 59.

²⁵³ Artigo 12º, n.º 3 e Considerando 59.

profissional prove que o ambiente digital do consumidor não é compatível com o serviço ou conteúdo digital fornecidos e tenha informado o consumidor desse facto antes da celebração do contrato²⁵⁴. Nesta situação, o consumidor terá o ónus de provar que a falta de conformidade existia no momento do fornecimento.

Ainda que o profissional seja responsável perante o consumidor, pode, quando aplicável, exercer o direito de regresso contra a pessoa ou pessoas responsáveis na cadeia de transações comerciais²⁵⁵.

Pode também ser considerada uma falta de conformidade dos conteúdos ou serviços digitais com os requisitos objetivos e subjetivos de conformidade, caso haja lugar a uma falta de conformidade com os requisitos previstos no RGPD²⁵⁶. Tal poderá ser o caso de, por exemplo, o profissional, num pedido de compras em linha, não cumprir com os requisitos do RGPD no que diz respeito à segurança do tratamento dos dados pessoais do consumidor e, em consequência, as informações relativas ao cartão de crédito do consumidor forem descobertas por *software* malicioso²⁵⁷. Nesse caso, estar-se-á perante uma falta de conformidade dos conteúdos ou serviços digitais com o requisito objetivo de conformidade na medida em que o consumidor pode razoavelmente esperar que um serviço deste tipo impeça a divulgação dos seus dados de pagamento (artigo 8º, n.º 1, alínea b)). Pelo que o consumidor terá direito às vias de recurso disponíveis em caso de falta de conformidade, a não ser que o contrato já se considere nulo ou anulável ao abrigo do direito nacional.

No caso de existir uma falta de conformidade do conteúdo ou serviço digital²⁵⁸, o consumidor tem direito a: (i) reposição dos conteúdos ou serviços digitais em

²⁵⁴ Artigo 12º, n.º 5 e Considerandos 59 e 60.

²⁵⁵ Artigo 20º e Considerando 78. Cabendo aos Estados-Membros identificar os sujeitos da cadeia contratual contra quem o profissional final poderá atuar.

²⁵⁶ Considerando 48.

²⁵⁷ Ibid.

²⁵⁸ Ou seja, caso se verifique um incumprimento do disposto no artigo 6º e dos requisitos subjetivos e objetivos de conformidade, estabelecidos nos artigos 7º e 8º, respetivamente. Se uma falta de conformidade resultar da integração incorreta dos conteúdos ou serviços digitais, também é considerada uma falta de conformidade dos conteúdos ou serviços digitais, caso se trate de uma das situações previstas nas alíneas a) e b) do artigo 9º. Também estaremos perante uma falta de conformidade dos conteúdos ou serviços digitais, caso se verifique a situação do artigo 10º; ou, em alguns casos, caso haja violação das normas consagradas no RGPD (tal como estabelecido no Considerando 48 da DCSD); ou no caso de terem sido acordadas no contrato atualizações e as mesmas não sejam disponibilizadas ou sejam disponibilizadas mas de forma defeituosa ou incompleta (Considerando 44).

conformidade; (ii) beneficiar de uma redução proporcional do preço; ou (iii) resolver o contrato²⁵⁹, de forma hierárquica²⁶⁰.

Na ordem jurídica portuguesa, o Decreto-Lei n.º 67/2003 não estabelecia qualquer hierarquia de direitos em caso de não conformidade dos bens, tal como estabelecido no artigo 4º, n.º 5 do mesmo diploma. O consumidor era livre de optar entre a reparação do bem, a substituição do bem, a redução do preço ou a resolução do contrato, salvo se fosse impossível ou constituísse abuso de direito. Contudo, a hierarquia dos direitos do consumidor em caso de existir uma falta de conformidade, é um dos aspetos que está sujeito ao princípio da harmonização máxima, nos termos do artigo 4º da DCSD, pelo que os Estados-Membros não podem alterar esta disposição.

O direito do consumidor a que os conteúdos e serviços digitais sejam repostos em conformidade²⁶¹ é excecionado caso tal seja impossível ou caso imponha ao profissional custos desproporcionados, tendo em conta os aspetos presentes nas alíneas a) e b), do n.º 2, do artigo 14º. A reposição da conformidade, quando possível, tem de ser feita num prazo razoável²⁶², a título gratuito e sem inconvenientes significativos para o consumidor²⁶³.

No que diz respeito à redução proporcional do preço, este direito só se aplica, naturalmente, aos casos em que os conteúdos ou serviços digitais forem fornecidos em contrapartida do pagamento de um preço. Isto significa que, sempre que os conteúdos ou serviços digitais forem fornecidos em contrapartida de dados pessoais, o consumidor apenas terá direito à reposição em conformidade dos conteúdos ou serviços digitais, ou, caso se verifique uma das situações presentes no n.º 4 do artigo 14º, à resolução do

²⁵⁹ Artigo 14º e Considerando 62.

²⁶⁰ Isto significa que, tal como estabelecido no n.º 4 do artigo 14º (e no Considerando 65), o consumidor só terá direito à redução proporcional do preço, caso a reposição dos conteúdos ou serviços digitais seja impossível ou desproporcionada (alínea a)), caso o profissional não tenha procedido à reposição (alínea b)), caso a falta de conformidade continuar apesar de uma tentativa por parte do profissional para os repor em conformidade (alínea c)), caso a falta de conformidade seja grave (ex.: no Considerando 65) (alínea d)) ou caso o profissional declarar que não irá repor os conteúdos ou serviços digitais em conformidade num prazo razoável e sem inconvenientes significativos para o consumidor (alínea e)). O direito à resolução do contrato só é possível caso a falta de conformidade não for menor (artigo 14º, n.º 6).

²⁶¹ Tal pode ser feito através de atualizações ao conteúdo ou serviço digital, por exemplo.

²⁶² Este padrão de razoabilidade deve ser determinado de forma objetiva, tendo em conta a natureza da falta de conformidade, tal como indicado no Considerando 46.

²⁶³ Nos termos do artigo 14º, n.º 3.

contrato²⁶⁴, uma vez que a redução proporcional do preço, neste caso, seria manifestamente impossível²⁶⁵. Não se descarta, ainda assim, a hipótese de o direito à redução proporcional do preço se aplicar de forma equivalente aos consumidores que fornecem dados pessoais como contraprestação. Isto é, poderia ser conferido ao consumidor o direito de reduzir a sua contraprestação no caso de um fornecimento contínuo de conteúdos ou serviços digitais, de modo a que o profissional deixasse de ter acesso aos dados pessoais do consumidor, que continuariam a ser fornecidos²⁶⁶. No entanto, tendo em conta o cuidado e receio com que os Estados-Membros têm abordado este tema aquando da transposição da Diretiva para o direito interno, pensa-se que tal hipótese não irá ser adotada, pelo menos para já. Em todo o caso, somos da opinião que a opção de resolver o contrato, acautelará de uma forma mais efetiva a proteção do consumidor neste caso.

Há ainda situações em que o consumidor paga um preço e fornece dados pessoais²⁶⁷. Neste caso, o consumidor deverá ter direito a todas as vias de recurso disponíveis em caso de falta de conformidade²⁶⁸.

Na hipótese em que os conteúdos ou serviços digitais tenham sido fornecidos em troca do pagamento de um preço, a redução proporcional do preço deve observar o disposto no n.º 5 do artigo 14º no que diz respeito ao critério da proporcionalidade, ou seja, a redução do preço tem de ser proporcional à diminuição do valor dos conteúdos ou serviços digitais relativamente ao valor que os mesmos teriam se não houvesse desconformidade²⁶⁹. Sendo a contrapartida o pagamento de um preço, o consumidor tem apenas direito a resolver o contrato caso a falta de conformidade não seja menor²⁷⁰.

²⁶⁴ Artigo 14º, n.º 4 e n.º 6 e Considerando 67. Neste caso, o consumidor tem direito à resolução do contrato ainda que a falta de conformidade seja menor.

²⁶⁵ Conforme referido *supra*, preço e dados pessoais são conceitos claramente distintos.

²⁶⁶ Conforme referido *supra* no ponto 2.2.2.1.3.

²⁶⁷ Como por exemplo, no caso em que o consumidor paga para obter Netflix, neste caso os dados pessoais do consumidor são também fornecidos, no limite, de modo a fornecer informações de pagamento.

²⁶⁸ Considerando 67.

²⁶⁹ Isto é, o cálculo da redução do preço tem de ter em conta a diminuição do valor dos conteúdos e serviços digitais tanto devido à falta de conformidade como ao período durante o qual o consumidor não pôde usufruir dos conteúdos ou serviços digitais em conformidade (Considerando 66).

²⁷⁰ É o profissional que tem o ónus de provar que a falta de conformidade é menor. Artigo 14º, n.º 6.

Mediante o exposto, é possível concluir que o direito do consumidor de resolver o contrato é limitado²⁷¹ às situações em que não se verifique ou não seja possível a reposição do conteúdo ou serviço digital em conformidade; quando aplicável²⁷², caso a falta de conformidade não seja menor; em caso de não fornecimento dos conteúdos ou serviços digitais, nos termos do artigo 13º; e caso seja feita uma alteração aos conteúdos ou serviços digitais que tenha um impacto negativo (que não seja menor), no acesso ou utilização dos mesmos, nos termos do artigo 19º, n.ºs 2, 3 e 4. Para exercer este direito, o consumidor comunica a decisão de pôr termo ao contrato mediante declaração ao profissional, nos termos do artigo 15º.

Em caso de resolução do contrato, o profissional deve cumprir as obrigações impostas pelo artigo 16º, nomeadamente: a obrigação de reembolsar o consumidor de todos os montantes pagos no âmbito do contrato, no prazo de 14 dias a contar da data em que o profissional foi informado da intenção do consumidor em resolver o contrato (artigo 16º, n.º 1 e nos termos do artigo 18º); o profissional deve também cumprir com as obrigações decorrentes do RGPD no que diz respeito aos dados pessoais do consumidor (artigo 16º, n.º 2); abster-se de utilizar quaisquer conteúdos criados ou facultados pelo consumidor ao utilizar os conteúdos ou serviços digitais, nos termos do n.º 3 do artigo 16º e disponibilizar ao consumidor, caso assim o requeira, esses mesmos conteúdos (artigo 16º, n.º 4)²⁷³.

O profissional pode ainda impedir que o consumidor utilize posteriormente os conteúdos ou serviços digitais, tornando-os inacessíveis ou desativando a sua conta de utilizador (artigo 16º, n.º 5).

A obrigação do profissional de cumprir com as obrigações decorrentes do RGPD em consequência da resolução do contrato, traduz-se essencialmente no princípio da limitação da conservação (artigo 5º, n.º 1, alínea e) do RGPD), o que significa que os

²⁷¹ A intenção do legislador será sempre a de manter o contrato tanto quanto possível. É de notar que, sendo a destruição do contrato dos últimos remédios que o consumidor tem ao seu alcance, os direitos do consumidor acautelam o princípio do *favor negotii*.

²⁷² Ou seja, quando os conteúdos ou serviços digitais forem fornecidos em troca do pagamento de um preço. Artigo 14º, n.º 6.

²⁷³ Essencialmente, estes conteúdos facultados ou criados pelo consumidor ao aceder a conteúdos ou serviços digitais, tratam-se de imagens digitais, ficheiros de vídeo e áudio, conteúdos criados em dispositivos móveis, entre outros. A título de exemplo podemos pensar no caso das fotografias partilhadas pelo consumidor ao aceder e utilizar o Instagram. Considerando 69.

dados pessoais são conservados apenas durante o período necessário para as finalidades para os quais são tratados. Este princípio equivale, paralelamente, ao dever do profissional estabelecido na DCSD de se abster de utilizar os conteúdos criados ou facultados pelo consumidor. No mesmo sentido, o profissional é obrigado a apagar os dados pessoais do consumidor e a cessar o tratamento dos mesmos, independentemente de o consumidor retirar o seu consentimento para o tratamento dos dados ou não (artigo 17º, n.º 1, alínea a) e Considerando 65 do RGPD) e de notificar o consumidor do apagamento dos mesmos (artigo 19º do RGPD).

Em caso de resolução do contrato, o consumidor tem direito ao reembolso de todos os montantes pagos no âmbito do contrato (artigo 16º, n.º 1)²⁷⁴ e de requerer ao profissional os conteúdos que tenha facultado ou criado, que não sejam dados pessoais, aquando da utilização dos conteúdos ou serviços digitais (artigo 16º, n.º 4). Relativamente aos dados pessoais, o consumidor tem, ao abrigo do RGPD, direitos similares, como o direito de acesso aos seus dados pessoais e a informações relativas ao seu tratamento (artigo 15º do RGPD) e o direito de receber os dados pessoais que tenha fornecido (direito de portabilidade dos dados presente no artigo 20º do RGPD). O consumidor tem ainda, ao abrigo do RGPD, o direito ao apagamento dos dados (ou o direito ao esquecimento) nos termos do artigo 17º do RGPD, que irá ser melhor desenvolvido *infra*. O Considerando 38 *in fine* da DCSD prevê que estes direitos são aplicáveis a todos os dados pessoais fornecidos pelo consumidor no contexto do contrato e quando o consumidor resolve o contrato nos termos da Diretiva.

O consumidor tem ainda direito aos meios de ressarcimento estabelecidos para uma falta de conformidade, caso a mesma derive de infrações a direitos de terceiros, em especial direitos de propriedade intelectual (conforme o artigo 10º da DCSD)²⁷⁵, a não ser que o direito nacional determine a nulidade ou a resolução do contrato nesses casos.

²⁷⁴ No caso de se tratar de um conteúdo ou serviço digital fornecido durante um determinado período de tempo, o consumidor apenas terá direito ao reembolso da parte proporcional do preço pago correspondente ao período durante o qual o conteúdo ou serviço digital não esteve em conformidade, bem como a qualquer parte do preço pago antecipadamente relativa ao período remanescente após a resolução do contrato (artigo 16º, n.º 1 e Considerando 68).

²⁷⁵ A violação dos direitos de terceiros pode resultar num funcionamento ineficaz do conteúdo ou serviço digital, de tal modo que impede o consumidor de usufruir dos conteúdos ou serviços digitais. *Vide.*, Considerandos 53 e 54.

No que diz respeito aos deveres, o consumidor deve cumprir com o disposto no artigo 17º e, portanto, abster-se de utilizar os conteúdos ou serviços digitais objeto do contrato, bem como de colocá-los à disposição de terceiros (artigo 17º, n.º 1) e, caso se aplique, devolver o suporte material onde os conteúdos digitais foram fornecidos, ao profissional (artigo 17º, n.º 2).

Os Estados-Membros são livres de regular os efeitos dos contratos, incluindo as consequências da resolução do contrato, na medida em que não sejam reguladas pela DCSD²⁷⁶.

Segundo o Considerando 73, o consumidor deverá ter direito a exigir o ressarcimento dos prejuízos causados por uma falta de conformidade ou pelo não fornecimento dos conteúdos ou serviços digitais. Tal ressarcimento deve repor o consumidor, tanto quanto possível, na posição em que estaria caso não existisse a respetiva falta de conformidade ou o não fornecimento dos conteúdos ou serviços digitais.

3.2. O DIREITO DO CONSUMIDOR DE RETIRAR O CONSENTIMENTO

A articulação da DCSD com o RGPD tem levantado diversas questões, sendo uma delas a de saber se o cumprimento das obrigações decorrentes do RGPD afetam os direitos e obrigações contratuais das partes.

O Considerando 39 da DCSD prevê que o direito do consumidor de retirar o consentimento dado para o tratamento de dados pessoais deverá aplicar-se integralmente no contexto dos contratos abrangidos pela Diretiva, no entanto, as consequências contratuais da retirada do consentimento pelo consumidor, foram deixadas para o direito nacional regular²⁷⁷.

O direito do consumidor em retirar o consentimento para o tratamento dos dados está previsto no artigo 7º, n.º 3 do RGPD, e tem de ser comunicado pelo profissional antes

²⁷⁶ Artigo 3º, n.º 10 e Considerando 12.

²⁷⁷ Considerando 40.

do consumidor dar o seu consentimento, caso contrário o consentimento não será considerado como dado livremente²⁷⁸. O modo de exercício deste direito não é definido no RGPD. É referido apenas que o consentimento tem de ser tão fácil de retirar quanto de dar²⁷⁹. Como consequência de o consumidor retirar o seu consentimento, é previsto no artigo 17º, n.º 1, alínea b), o direito do consumidor obter do profissional o apagamento dos seus dados (ou o direito a ser esquecido). O fundamento inerente ao direito do consumidor de retirar o seu consentimento e de obter o apagamento dos seus dados reside na lógica de que o consumidor deu o seu consentimento livremente²⁸⁰. De facto, o consentimento não se considera como dado de livre vontade caso o titular dos dados não puder recusar nem retirar o seu consentimento sem ser prejudicado, tal como disposto no Considerando 42 *in fine* do RGPD.

Caso o consumidor retire o seu consentimento para o tratamento dos seus dados pessoais (artigo 7º, n.º 3 do RGPD), tal não afeta a legalidade do tratamento efetuado anteriormente com base no consentimento dado pelo consumidor, isto é, não tem efeito retroativo. A dúvida permanece quanto às restantes consequências para o contrato.

De notar que o tratamento dos dados pessoais pode sempre ser baseado noutras finalidades constantes do artigo 6º, n.º 1 do RGPD. Nesse caso, assim que o consumidor retire o seu consentimento, o tratamento pode permanecer válido à luz de outra finalidade²⁸¹.

No projeto de transposição da Diretiva para o direito interno holandês, foi estabelecido que, nos contratos em que o consumidor fornece dados pessoais e opte por retirar o seu consentimento para o tratamento dos mesmos, tal equivale a uma rescisão unilateral do contrato, na medida em que se entende que o consumidor já não está vinculado ao mesmo²⁸². Tendemos a concordar com esta opção, ainda que tal rescisão unilateral do contrato tenha de ser considerada com cautela. Foi ainda entendido que a declaração de retirar o consentimento por parte do consumidor, não tem de ser feita em

²⁷⁸ Considerando 42 RGPD.

²⁷⁹ Artigo 7º, n.º 3 *in fine* do RGPD.

²⁸⁰ M. B. M. LOOS, *The (Proposed) Transposition Of The Digital Content Directive In The Netherlands*, 2021, pp. 230-232.

²⁸¹ Tal pode ser retirado do disposto no artigo 17º, n.º 1, alínea b) do RGPD.

²⁸² M. B. M. LOOS, *The (Proposed) Transposition Of The Digital Content Directive In The Netherlands*, 2021, pp. 238-239.

separado da intenção de resolver o contrato²⁸³, ao contrário do que é exigido no momento de consentir com o tratamento dos dados.

Apesar dos dados pessoais do consumidor serem considerados, nestes contratos, como uma contraprestação, não significa que o profissional tenha direito a reclamá-la (como teria no âmbito de outros contratos onerosos), tendo em conta todos os contornos que esta contraprestação apresenta, conforme foi analisado. A retirada do consentimento é um direito conferido ao consumidor que não pode ser negado nem afastado, tal é salvaguardado com o disposto no artigo 3º, n.º 8 da DCSD, o qual prevê que em caso de conflito entre as disposições da Diretiva e do RGPD, este último prevalece.

Sendo um direito conferido ao consumidor, este não pode ficar prejudicado por exercer o seu direito. Isto significa que, caso o consumidor retire o seu consentimento para o tratamento dos dados, não pode ser responsabilizado por uma violação do contrato²⁸⁴, até porque o valor obtido pelo profissional através do tratamento dos dados pessoais do consumidor já terá sido gerado antes da retirada do consentimento por parte do consumidor²⁸⁵ e não será afetado, uma vez que o exercício deste direito não tem efeitos retroativos. Não obstante, o profissional terá eventualmente o direito de cessar as suas obrigações e assim impedir o acesso do consumidor aos conteúdos ou serviços digitais fornecidos²⁸⁶.

De notar que estas questões surgem nos casos em que o consumidor retire o seu consentimento durante a execução do contrato. Caso o consumidor retire o consentimento já depois de resolvido o contrato, estas questões já não se suscitam.

²⁸³ Ibid.

²⁸⁴ C. LANGHANKE; M. SCHMIDT-KESSEL, *Consumer Data as Consideration*, 2015, pp. 221-223.

²⁸⁵ M. NARCISO, *'Gratuitous' Digital Content Contracts in EU Consumer Law*, 2017, pp. 204-206.

²⁸⁶ M. B. M. LOOS, *The (Proposed) Transposition Of The Digital Content Directive In The Netherlands*, 2021, pp. 239-240.

3.3. A QUESTÃO DA EXCEÇÃO DE NÃO CUMPRIMENTO

Também foi deixado à liberdade dos Estados-Membros a aplicabilidade ou não da exceção de não cumprimento do contrato, nomeadamente no caso de uma falta de conformidade, o consumidor ter o direito a reter o pagamento do preço ou parte dele até que o profissional reponha a conformidade do conteúdo ou serviço digital. Ou ainda, na hipótese de o profissional ter o direito de reter qualquer reembolso devido ao consumidor aquando da resolução do contrato até que o consumidor devolva o suporte material ao profissional²⁸⁷. No entanto, nada foi referido na DCSD quanto à possibilidade de aplicação da exceção de não cumprimento aos contratos em que o consumidor fornece dados pessoais como contrapartida contratual.

A exceção de não cumprimento do contrato é consubstanciada pela sinalagmaticidade²⁸⁸. Como vimos²⁸⁹, nos contratos sinalagmáticos as partes têm obrigações recíprocas, o que significa que uma prestação vai surgir em função do surgimento da outra, a contraprestação²⁹⁰. Este nexo entre duas prestações pode surgir no momento da constituição do contrato, caso em que se denomina sinalagma genético²⁹¹; ou durante toda a vida do contrato, caso em que se intitula sinalagma funcional, especialmente patente nas obrigações duradouras²⁹². Este último resulta da lógica de que a interdependência entre as duas prestações deve ser mantida ao longo de todo o contrato, estando elas em correlação, uma das prestações não deve ser executada sem a outra e caso uma das prestações se impossibilite, a outra também se deve extinguir²⁹³. É aqui que surge a figura da exceção de não cumprimento do contrato.

²⁸⁷ Considerando 15 DCSD.

²⁸⁸ A. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português II*, Tomo II, 2010, pp. 198-199.

²⁸⁹ Vide., Ponto 2.2.2.1.1.

²⁹⁰ L. MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Vol. I, 2017, pp. 196-198.

²⁹¹ Como é o caso de um contrato de compra e venda. Num contrato desta natureza, uma das partes assume pagar o preço e a outra assume entregar a coisa objeto do contrato, sendo que esperam receber a entrega da coisa e o preço correspondente, respetivamente. A partir do momento da celebração do contrato, o preço é devido e a propriedade transfere-se, terminando aqui a relação entre as partes e, consequentemente, a reciprocidade das obrigações das mesmas. A. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português II*, Tomo II, 2010, pp. 198-199.

²⁹² Neste caso, uma das prestações vai sendo produzida para que a contraprestação seja recebida, tal como sucede no contrato de trabalho. A. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português II*, Tomo II, 2010, pp. 198-199. P. PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, 2010, pp. 446-447, sustenta que este é o caso dos contratos de fornecimento.

²⁹³ L. MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Vol. I, 2017, pp. 196-198.

Nos termos do artigo 428º do Código Civil, cada uma das partes pode recusar a sua prestação enquanto a outra não efetuar a que lhe cabe ou não oferecer o cumprimento simultâneo. A letra da lei indica precisamente que esta exceção tem lugar no caso dos contratos bilaterais, o que significa, como vimos, que se aplica sempre que esteja em causa um contrato sinalagmático, visto que esta figura assenta na relação de corresponsabilidade que existe entre as prestações das partes. É necessário ainda, que não existam prazos diferentes para o cumprimento das prestações. ALMEIDA COSTA defende que o verdadeiro sentido deste pressuposto é que “o excecionante não se encontre obrigado a cumprir antes da contraparte”²⁹⁴. De facto, parece ser essa a *ratio* do preceito, caso contrário não faria sentido que a parte que é obrigada a cumprir primeiro pudesse recusar o cumprimento da prestação, não tendo ainda a contraparte incumprido com a sua obrigação. Assim, conclui-se que a primeira parte do n.º 1 do artigo 428º se aplica apenas ao contraente que esteja obrigado a cumprir a obrigação em primeiro lugar, havendo sempre lugar à admissibilidade da exceção de não cumprimento pela parte que é obrigada a cumprir num segundo momento²⁹⁵, no caso de obrigações com prazos diferentes. A lei prevê ainda uma hipótese em que, mesmo havendo lugar a prazos diferentes, a exceção pode operar tanto para o contraente que é obrigado a prestar em primeiro lugar como para aquele que está obrigado a prestar em segundo lugar. Trata-se da situação prevista no artigo 429º do Código Civil, ou seja, na hipótese de se verificar alguma das circunstâncias que impliquem a perda do benefício do prazo quanto ao outro contraente (artigo 780º do Código Civil). Adicionalmente, este instituto deve operar sempre nos limites da boa fé, sob pena de incitar ao abuso de direito (artigo 334º do Código Civil)²⁹⁶.

Há ainda quem defenda²⁹⁷ que a exceção de não cumprimento pode ser aplicável no caso de cumprimento defeituoso, desde que se tenha em consideração o princípio da boa fé (artigo 762º, n.º 2 do Código Civil) e se conclua pela existência de um defeito que

²⁹⁴ M. J. ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, 2009, pp. 365-366. No mesmo sentido, L. MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Vol. II, 2017, pp. 257-259.

²⁹⁵ L. MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Vol. II, 2017, pp. 257-259.

²⁹⁶ A. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português II*, Tomo IV, 2010, pp. 140-141 defende que tal pode suceder no caso em que uma das partes recuse a prestação com a justificação de um pequeno atraso na contraprestação, “quando nada leve a fazer crer a sua intenção de não cumprir, em definitivo”.

²⁹⁷ M. J. ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, 2009, pp. 363-365; L. MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Vol. II, 2017, pp. 257-259; Ac. do TRC, de 10/05/2005 (Sousa Pinto); Ac. do STJ de 30/11/2000 (Miranda Gusmão).

não seja de menor importância²⁹⁸. Assim, no caso de ocorrer um cumprimento defeituoso por uma das partes, num contrato sinalagmático, cabe à contraparte o direito de não cumprir com a sua obrigação correlativa enquanto a prestação defeituosa não tiver sido corrigida²⁹⁹. Neste caso, caberá à parte que pretender fazer-se valer da exceção, provar que os defeitos existentes tornam inadequada a prestação³⁰⁰.

Este instituto distingue-se da resolução por incumprimento, uma vez que no primeiro caso apenas se verifica um atraso no cumprimento da obrigação, já na resolução por incumprimento o contrato é definitivamente destruído³⁰¹.

Uma vez clarificada a figura da exceção de não cumprimento do contrato e a sua extensão, cabe analisar a sua aplicabilidade no âmbito dos contratos objeto da DCSD. Ora, caso o fornecimento do conteúdo ou serviço digital seja fornecimento em contrapartida do pagamento do preço, não surgem questões de elevada relevância quanto à aplicação desta figura a esses mesmos contratos. Aliás, conforme vai ser analisado *infra*, o legislador português optou por concretizar a exceção de não cumprimento, facultando ao consumidor o direito a recusar o pagamento do preço até que o profissional cumpra com as suas obrigações, aquando da transposição da DCSD para o direito interno. A questão controversa reside em saber, se esta figura pode ou não ser aplicável aos contratos em que o consumidor fornece os seus dados pessoais como contraprestação. Somos da opinião que, de modo a assegurar uma efetiva proteção do consumidor, os mesmos direitos devem ser atribuídos tanto ao consumidor que paga um preço, como ao consumidor que fornece dados pessoais. Assim, caso o profissional não cumpra com as suas obrigações, parece-nos que o consumidor, deverá ter igualmente direito a recusar qualquer fornecimento adicional de dados pessoais, na medida em que, tal como referido no Considerando 24 da DCSD, os dados pessoais podem ser fornecidos ao profissional no momento da celebração do contrato ou posteriormente. Em termos práticos, poderá ser

²⁹⁸ L. MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Vol. II, 2017, pp. 258-259 defende que a exceção de não cumprimento pode ser aplicável caso os defeitos de que a prestação padece prejudiquem a integral satisfação do interesse do credor. Considera também que, atendendo ao interesse do credor, caso os defeitos da prestação sejam de escassa importância, já não há lugar à admissibilidade da exceção, aplicando analogicamente o artigo 802º, n.º 2 por analogia. No mesmo sentido, J. ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, 2000, pp. 398-402.

²⁹⁹ Ac. do TRC, de 10/05/2005 (Sousa Pinto).

³⁰⁰ L. MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Vol. II, 2017, pp. 258-259.

³⁰¹ M. J. ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, 2009, pp. 365-367.

efetivamente difícil que o consumidor consiga ter algum controlo sob os dados que está a fornecer ao profissional, principalmente no que diz respeito aos dados que são recolhidos de uma forma contínua, sem necessidade adicional de o consumidor permitir o acesso do profissional aos mesmos. Assim, no limite, poderá ser conferido ao consumidor o direito de oposição previsto no artigo 21º do RGPD ou o direito à limitação do tratamento dos dados (artigo 18º do RGPD) e o profissional ser obrigado a cessar o tratamento dos dados até que cumpra com as suas obrigações contratuais.

4. PROJETO E ABORDAGEM DA TRANSPOSIÇÃO DA DIRETIVA (UE) 2019/770 PARA O DIREITO INTERNO

A opção do legislador foi a de transpor para a ordem jurídica interna a Diretiva (UE) 2019/771 e a Diretiva (UE) 2019/770 num só diploma, o que contribui para a harmonização dos direitos do consumidor num diploma completo e apto a fazer frente aos desafios impostos pela economia digital. O Projeto de Decreto-Lei n.º 1049/XXII/2021³⁰² vem assim projetar a revogação do Decreto-Lei n.º 67/2003 e reforçar os direitos dos consumidores na aquisição de bens móveis, imóveis e conteúdos e serviços digitais³⁰³.

A transposição da DCSD está consagrada no Capítulo III do referido Projeto de Decreto-Lei. Essencialmente, e tendo em conta que a DCSD é de harmonização máxima, não há grandes diferenças a nível de regime, ainda assim algumas considerações podem ser feitas.

A Comissão Nacional de Proteção de Dados (doravante “CNPd”), no Parecer 100/2021³⁰⁴ relativo à transposição para a ordem jurídica portuguesa da Diretiva (UE) 2019/771 e da Diretiva (UE) 2019/770, alertou para a necessidade de densificação da

³⁰² Projeto de Decreto-Lei que regula os direitos do consumidor na compra e venda de bens, conteúdos e serviços digitais, transpondo para o direito interno as Diretivas (UE) 2019/771 (UE) e 2019/770 (Reg. DL 1049/XXII/2021), 2021, (doravante “Projeto de Decreto-Lei”).

³⁰³ Projeto de Decreto-Lei, p.7. No que aqui se concerne, apenas se vai proceder à análise dos aspetos relativos aos conteúdos e serviços digitais e, portanto, à transposição da Diretiva (UE) 2019/770.

³⁰⁴ Comissão Nacional de Proteção de Dados, Parecer/2021/100.

transposição da norma constante do artigo 3º, 2ª parte da DCSD, de modo a clarificar que o legislador não pretende incentivar a prática baseada na monetização dos dados pessoais, mas apenas garantir aos consumidores os mesmos direitos que teriam caso o conteúdo ou serviço digital fosse fornecido em contrapartida de um preço pago³⁰⁵. Esta preocupação tinha sido já realçada por outras entidades³⁰⁶ e concretizada no Considerando 24 da DCSD³⁰⁷. A CNPD clarificou ainda que uma interpretação do artigo 3º da DCSD no sentido em se reconhecer a possibilidade de monetização ou mercantilização dos dados pessoais, vai contra o artigo 35º da CRP e o artigo 8º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, pelo que defende que não só se deve deixar claro que não se incentiva a prática de monetização de dados pessoais, mas também que tal não deve ser reconhecido na lei³⁰⁸.

A DCSD conferiu aos Estados-Membros a liberdade de alargar o âmbito de aplicação da Diretiva às situações em que o profissional recolhe os dados pessoais do consumidor exclusivamente para fornecer os conteúdos ou serviços digitais, ou apenas para efeitos de cumprimento de requisitos legais. Ainda assim, o legislador nacional optou por manter estes casos como exceção à aplicação do Projeto de Decreto-Lei³⁰⁹.

Relativamente aos direitos do consumidor em caso de falta de conformidade, foram concretizados os meios pelos quais o consumidor declara ao profissional que pretende exercer o direito de resolução do contrato. A declaração pode ser assim efetuada (designadamente, pelo que se admitem outras vias) através de carta, correio eletrónico ou por outro meio suscetível de prova³¹⁰.

O legislador nacional optou por configurar nos direitos do consumidor em caso de falta de conformidade, o direito de o consumidor recusar o pagamento de qualquer parte remanescente do preço ou de parte do preço até que o profissional cumpra as obrigações

³⁰⁵ Comissão Nacional de Proteção de Dados, Parecer/2021/100, ponto 19 e 21.

³⁰⁶ Vide., European Data Protection Supervisor, Opinion 4/2017 on the Proposal for a Directive on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content, 2017, pp.7-9. E ponto 2.1.2.

³⁰⁷ “(...) Embora reconhecendo plenamente que a proteção dos dados pessoais é um direito fundamental e que, por conseguinte, os dados pessoais não podem ser considerados um produto de base, a presente diretiva deverá assegurar que os consumidores gozem, no contexto desses modelos de negócio, do direito a meios de ressarcimento ao abrigo do contrato. (...)”.

³⁰⁸ Comissão Nacional de Proteção de Dados, Parecer/2021/100, ponto 21.

³⁰⁹ Artigo 3º, n.º 3 do Projeto de Decreto-Lei.

³¹⁰ Artigo 35º, n.º 10 do Projeto de Decreto-Lei.

previstas no DL³¹¹. Trata-se assim, da exceção de não cumprimento do contrato. Como vimos, a DCSD previa que os Estados-Membros eram livres de consagrar este direito na sua ordem jurídica interna³¹². Ainda assim, tanto na DCSD como na opção tida pelo legislador nacional no Projeto de Decreto-Lei, esta exceção apenas diz respeito às situações em que o consumidor paga um preço pelo conteúdo ou serviço digital, deixando de fora os contratos em que o consumidor fornece os seus dados pessoais como contrapartida. Isto significa que, caso o profissional incumpra com alguma das suas obrigações contratuais, o consumidor que forneceu os dados pessoais como contrapartida apenas vai ter direito a, no limite, resolver o contrato. Esta opção vai contra o princípio do *favor negotii*, na medida em que, o consumidor, devido a um vício que pode ser temporário, é obrigado a quebrar o vínculo contratual e a destruir o contrato. Já o consumidor que pagou um preço pelo conteúdo ou serviço digital é favorecido em termos de proteção a poder optar por utilizar a exceção de não cumprimento, que por sua vez, se trata de um incumprimento temporário, e permanecer vinculado ao contrato que poderá ainda ser cumprido.

Tanto a DCSD como o Projeto de Decreto-Lei, mantiveram-se silenciosos no que diz respeito aos direitos do profissional caso o consumidor não cumpra com a sua obrigação de fornecer os dados pessoais (ou o pagamento do preço). Esta opção é compreensível na medida em que se trata de legislação no âmbito da defesa do consumidor, sendo esta a parte mais fraca do contrato e, consequentemente, assumindo-se prioritária a proteção do consumidor. Assim, será uma questão que caberá ao direito nacional resolver. Na ordem jurídica portuguesa, no limite, o profissional pode sempre apoiar-se nas normas do Código Civil, nomeadamente no artigo 795º, n.º 1, ficando assim desobrigado da contraprestação, ou caso já a tenha realizado, exigir a sua restituição.

No artigo 36º, n.º 3 do Projeto de Decreto-Lei foi estabelecido que em caso de resolução do contrato, “o profissional abstém-se de utilizar quaisquer conteúdos, ainda que não sejam dados pessoais, facultados ou criados pelo consumidor (...)”³¹³, o que significa que se inserem nesta norma, tanto os dados pessoais, como os dados que não

³¹¹ Artigo 35º, n.º 11 do Projeto de Decreto-Lei.

³¹² Considerando 15 DCSD.

³¹³ Sublinhado nosso.

sejam considerados dados pessoais³¹⁴. A opção do legislador nacional em abranger também os dados pessoais nesta norma, afigura-se positiva, visto que uma vez resolvido o contrato, deixa de existir fundamento de licitude para o tratamento dos dados pessoais (artigo 5º, n.º 1, alínea a) do RGPD). De notar que, se as obrigações do profissional em caso de resolução, previstas no artigo 36º, n.ºs 1, 2, 3, 4 e 5 forem violadas, tal constitui contraordenação económica grave punível, nos termos do artigo 48º, n.º 1, alínea i) do Projeto de Decreto-Lei.

O dever do profissional de disponibilizar os conteúdos fornecidos ou criados pelo consumidor durante a utilização dos conteúdos ou serviços digitais, presente no artigo 16º, n.ºs 3 e 4 da DCSD, foi também alargado de modo a abranger os dados pessoais³¹⁵. Assim, quando estejam em causa dados pessoais, prevê-se o exercício do direito à portabilidade dos dados nos termos do artigo 20º do RGPD³¹⁶.

A CNPD considerou positiva a norma constante do artigo 36º, n.º 7 do Projeto de Decreto-Lei, a qual dispõe que, em caso de resolução do contrato, o profissional deve cumprir as obrigações decorrentes do RGPD no que respeita aos dados pessoais do consumidor³¹⁷. Nos termos do artigo 4º, n.º 7 do RGPD, o profissional é considerado o responsável pelo tratamento de dados, o que significa que está sujeito às obrigações dos responsáveis previstas no RGPD. Todavia, a CNPD chamou a atenção para o facto da norma que remete para o cumprimento das obrigações do RGPD, não constar em mais nenhuma disposição ao longo do Projeto de Decreto-Lei e apenas estar presente no que diz respeito às obrigações do profissional em caso de resolução do contrato³¹⁸. Assim, sugeriu a introdução de uma disposição que expressamente refira que todos os tratamentos de dados pessoais decorrentes da aplicação do Decreto-Lei em questão “respeitem os princípios relativos ao tratamento de dados, bem como os direitos dos titulares dos dados, neste caso os consumidores, nomeadamente o direito de informação, de acesso, de retirar o consentimento para o tratamento dos seus dados pessoais, o direito de retificação e ao apagamento dos dados, bem como as vias de recursos previstas no

³¹⁴ A DCSD restringe esta norma, no artigo 16º, n.º 3, apenas aos conteúdos “que não sejam dados pessoais”.

³¹⁵ No Projeto de Decreto-Lei, artigo 36º, n.º 4 *in fine*: “(...) ainda que não sejam dados pessoais”.

³¹⁶ Comissão Nacional de Proteção de Dados, Parecer/2021/100, ponto 24.

³¹⁷ Comissão Nacional de Proteção de Dados, Parecer/2021/100, ponto 25.

³¹⁸ *Ibid.*, ponto 26.

RGPD”³¹⁹. No entanto, no artigo 52º do Projeto de Decreto-Lei, foi assegurada tal disposição, referindo o n.º 1 que o (futuro) DL não prejudicará a aplicação do RGPD e que, em caso de conflito, o último prevalece (artigo 52º, n.º 2).

De facto, a DCSD estabelecia já nos Considerandos 37 e 48 que o regime jurídico do RGPD era plenamente aplicável a quaisquer dados pessoais tratados no âmbito dos contratos abrangidos pela Diretiva; que em caso de conflito entre a DCSD e o RGPD, este último prevalecia; que a Diretiva não deveria prejudicar os direitos, obrigações e meios de ressarcimento não contratuais previstos no RGPD; e ainda que, caso fossem violados os princípios fundamentais do RGPD, tal poderia ser considerado uma falta de conformidade dos conteúdos ou serviços digitais com os requisitos subjetivos ou objetivos de conformidade estabelecidos na DCSD³²⁰.

No Considerando 12 da DCSD, estabelecia-se que a Diretiva não deveria afetar as disposições nacionais relativas às vias de ressarcimento não contratuais para o consumidor por responsabilidade de pessoas em estádios anteriores da cadeia contratual ou de outras pessoas que cumpram as obrigações das primeiras. Neste sentido, o artigo 40º do Projeto de Decreto-Lei consagrou o direito de o consumidor optar por exigir do produtor a reparação ou substituição do conteúdo ou serviço digital que apresente uma falta de conformidade. Esta solução é idêntica à já estabelecida no artigo 6º do Decreto-Lei n.º 67/2003, no que diz respeito à responsabilidade direta do produtor.

A atribuição de competência de fiscalização, instrução de processo e aplicação de coimas foi atribuída à Autoridade de Segurança Alimentar e Económica (ASAE), nos termos do artigo 47º do Projeto de Decreto-Lei, conforme já era também previsto para os contratos celebrados à distância e fora do estabelecimento comercial³²¹.

Uma das diferenças legislativas no âmbito da proteção dos consumidores, foi a remoção da obrigação do consumidor de notificar o profissional de uma falta de

³¹⁹ Ibid., ponto 27.

³²⁰ Tal como se sabe, os Considerandos têm como objetivo fundamental as disposições normativas, de modo a dar a fornecer informações sobre as intenções legislativas, pelo que devem ser considerados aquando da interpretação e transposição de uma Diretiva. *Vide.*, União Europeia, Guia Prático Comum do Parlamento Europeu, do Conselho e da Comissão para as pessoas que contribuem para a redação de textos legislativos da União Europeia, 2016, pp.30-32; S. REINER; S. DIRK; W. JONATHAN, *EU Digital Law: Article-by-Article Commentary*, 2020, pp. 38 e 66.

³²¹ Artigo 30º do Decreto-Lei n.º 24/2014.

conformidade dentro de um período específico. O Decreto-Lei n.º 67/2003 previa no n.º 2 do artigo 5º-A, que o consumidor tinha o dever de denunciar ao vendedor a falta de conformidade no prazo de dois meses ou de um ano a contar da data em que a tenha detetado, caso se tratasse de bem móvel ou imóvel, respetivamente. Contudo, no que diz respeito aos conteúdos e serviços digitais, a justificação de tal dever do consumidor não ser exigido prende-se com o nível de harmonização da DCSD, que ao ser uma Diretiva de harmonização máxima impede os Estados-Membros de prever quaisquer requisitos formais ou materiais adicionais, como é o caso da obrigação do consumidor notificar o profissional de uma falta de conformidade dentro de um período específico (tal como previsto no Considerando 11 da DCSD).

De salientar que a Diretiva 2019/2161³²² que veio alterar, entre outras, a Diretiva 2011/83/UE, prevê no artigo 4º, n.º 2, alínea b) uma alteração ao âmbito de aplicação da Diretiva relativa aos direitos dos consumidores (artigo 3º), alargando-o de modo a que possa abranger precisamente os contratos “ao abrigo dos quais o profissional forneça ou se comprometa a prestar um serviço digital ao consumidor e este fornece ou se compromete a facultar dados pessoais”³²³. Isto significa que, uma vez transposta a Diretiva para o ordenamento jurídico nacional, os consumidores que contratem um conteúdo ou serviço digital em contrapartida do fornecimento de dados pessoais, estarão também protegidos ao abrigo desta legislação.

³²² Diretiva (UE) 2019/2161 do Parlamento Europeu e do Conselho de 27 de novembro de 2019 que altera a Diretiva 93/13/CEE do Conselho e as Diretivas 98/6/CE, 2005/29/CE e 2011/83/UE do Parlamento Europeu e do Conselho a fim de assegurar uma melhor aplicação e a modernização das regras da União em matéria de defesa dos consumidores.

³²³ Considerando 33 da Diretiva (UE) 2019/2161.

5. CONCLUSÃO

A Diretiva (UE) 2019/770 foi um importante passo na proteção do consumidor digital. Os contratos digitais vão sempre estar em constante evolução, com a aparição de novos modelos económicos, é importante que a legislação em matéria de defesa do consumidor seja suficientemente ampla para que não seja necessário estar em constante alteração, mas ao mesmo tempo suficientemente concreta para efetivar a melhor proteção do consumidor digital.

Apesar das reticências e dos receios inerentes a uma legislação que viesse regular os contratos nos quais o consumidor fornece os seus dados pessoais em contrapartida do fornecimento de um conteúdo ou serviço digital, é indispensável que se compreenda que a Diretiva não pretende criar um mercado para os dados pessoais, apenas reconhece uma prática social que já existe e atribui aos consumidores meios de defesa equilibrados e adequados.

A DCSD veio trazer ao espaço europeu uma harmonização de direitos do consumidor a nível digital, complementando assim a proteção do consumidor a nível nacional e colmatando o vazio legal a nível europeu no que diz respeito aos direitos do consumidor em caso de não fornecimento ou não conformidade dos conteúdos ou serviços digitais.

A urgente adaptação do direito interno a estes contratos pede por uma análise mais fundamentada sobre a interconexão dos contratos objeto da DCSD e o direito interno nacional, de forma a que a sua aplicabilidade prática seja efetivada. Desse modo, a classificação do contrato é um elemento fundamental para que se possa aferir quais as normas a aplicar. Compreender o contrato subjacente é meio caminho andado para que o direito nacional possa ser plenamente aplicável e assim facilitar a proteção do consumidor nestes ambientes.

Uma vez compreendida a classificação, formação e validade do contrato, cabe concretizar as consequências da celebração do contrato subjacente. Do lado do consumidor, a DCSD deixa claro os seus direitos, já do lado do profissional apenas se apresentam deveres. Se por um lado, a DCSD regula as consequências contratuais em caso de não fornecimento ou de não conformidade do conteúdo ou serviço digital, por

outro muitas são as realidades a nível consequencial que são deixadas de fora e, assim, à liberdade dos Estados-Membros.

Muitas normas de Direito dos Contratos e Direito das Obrigações em geral foram pensadas para relações contratuais em que é adquirido um bem pelo pagamento de um preço. Ora, nestes contratos não temos um bem (mas sim um conteúdo ou serviço digital) nem é pago um preço (mas sim fornecidos dados pessoais). Por esta razão se afigura necessário enquadrar estes “novos” contratos nas matérias de Direito Civil já estabelecidas no nosso ordenamento jurídico.

Analisando o contrato, é possível classificá-lo como um contrato sinalagmático, oneroso e, em certos casos, como um contrato de permuta. Isto significa que muitas vão ser as normas que, com as necessárias adaptações, vão ser aplicáveis aos contratos âmbito da DCSD.

Estes novos contratos, em que os dados pessoais do consumidor, são utilizados como contraprestação contratual, trazem consigo novos desafios de articulação com legislação em matéria de dados pessoais, nomeadamente com o RGPD. Tal acontece pelo facto de os dados pessoais serem considerados um direito fundamental da pessoa em causa e, por conseguinte, merecerem uma elevada proteção. Situações como a retirada do consentimento para o tratamento dos dados por parte do consumidor são bastante desafiantes a nível contratual. De que forma vão impactar o contrato subjacente vai depender das normas do direito interno de cada Estado-Membro.

Muitas foram as disposições deixadas à liberdade dos Estados-Membros, tal deve-se ao facto de o legislador europeu incentivar uma legislação comunitária que fosse plenamente aplicável nos diversos ordenamentos jurídicos europeus. Ao tempo deste trabalho, não estava ainda disponível o DL que transpôs a Diretiva comunitária para a ordem jurídica interna portuguesa, ainda assim o Projeto de Decreto-Lei providenciou por algumas considerações nesta matéria, nomeadamente pelo novo regime de proteção do consumidor, agora adaptado aos contratos digitais.

BIBLIOGRAFIA

ACQUISTI, Alessandro; TAYLOR, Curtis; WAGMAN, Liad, “The Economics of Privacy”, in: *Journal of Economic Literature*, Vol. 54, N.º 2, 2016, pp. 442-92, disponível em: <<https://www.heinz.cmu.edu/~acquisti/papers/AcquistiTaylorWagman-JEL-2016.pdf>>

ALBUQUERQUE, Pedro de, *Direito das Obrigações: contratos em especial*, Almedina, 2008

ALMEIDA COSTA, Mário Júlio, *Direito das Obrigações*, 12ª edição, Almedina, 2009

ANTUNES VARELA, João de Matos, *Das Obrigações em Geral*, Vol. I, 10ª edição, Almedina, Coimbra, 2000

B. M. LOOS, Marco, “The (Proposed) Transposition Of The Digital Content Directive In The Netherlands” in *JIPITEC*, Vol. 12, N.º 2, 2021, pp. 229-240, disponível em: <https://www.jipitec.eu/issues/jipitec-12-2-2021/5296/loos_pdf.pdf>

BEDIR, Cembre, *Data As Counter-Performance: Yet Another Point Where Digital Content Contracts and the GDPR Conflict*, 2018, disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/342833817_Data_as_Counter-performance_Yet_another_point_where_digital_content_contracts_and_the_GDPR_conflict>

BORGESIU, Frederik Zuiderveen; HELBERGER Natali; REYNA Agustin, “The Perfect Match? A Closer Look At The Relationship Between EU Consumer Law And Data Protection Law”, in *Common Market Law Review*, Vol. 54, Issue 5, 2017, pp. 1427-1465, disponível em: <<https://kluwerlawonline.com/journalarticle/Common+Market+Law+Review/54.5/COLA2017118>>

CÁMARA LAPUENTE, Sergio, “Termination of the Contract for the Supply of Digital Content and Services, and Availability of Data: Rights of Retrieval, Portability and Erasure in EU Law and Practice” in *Data as Counter-performance – Contract Law 2.0?*, Münster Colloquia on EU Law and the Digital Economy V, Nomos, 2020, pp. 163-192

CHACÓN, Ignacio Fernández, “Some Considerations on the Material Scope of the New Digital Content Directive: Too Much to Work Out for a Common European Framework”, in: *European Review of Private Law*, Vol. 29, Issue 3, 2021, pp. 517-544, disponível em: <<https://kluwerlawonline.com/JournalArticle/European+Review+of+Private+Law/29.3/ERPL2021026>>

DIAS PEREIRA, Alexandre L., “Contratos de Fornecimento de Conteúdos e Serviços Digitais” in *Estudos de Direito do Consumidor*, Centro de Direito do Consumo, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2019, pp. 11-35

EFRONI, Zohar, “Gaps and opportunities: The rudimentary protection for “data-paying consumers” under new EU consumer protection law”, in *Common Market Law Review*, Vol. 57, Issue 3, 2020, pp. 799-830, disponível em: <<https://kluwerlawonline.com/JournalArticle/Common+Market+Law+Review/57.3/COLA2020693>>

EGGERS, William; HAMILL, Rob; ALI, Abed, “Data as the new currency”, in: *Deloitte Review*, Issue 13, 2013, pp. 18-31, disponível em: <https://www2.deloitte.com/us/en/insights/deloitte-review/issue-13/data-as-the-new-currency.html>

FRIES, Martin, *Data As Counter-Performance in B2B Contracts*, 2019, disponível em: < https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3464602 >

HACKER, Philipp, “Regulating the Economic Impact of Data as Counter-Performance: From the Illegality Doctrine to the Unfair Contract Terms Directive” in *Data as Counter-performance – Contract Law 2.0?*, Münster Colloquia on EU Law and the Digital Economy V, Nomos, 2020, pp. 46-76

HELBERGER, Natali; ZUIDERVEEN BORGESIU, Frederik; REYNA, Agustin, “The Perfect Match? A Closer Look At The Relationship Between Eu Consumer Law And Data Protection Law”, in: *Common Market Law Review*, Vol. 54, Issue 5, 2017, pp. 1427-1465.

KULL, Irene, “Withdrawal from the Consent to Process Personal Data Provided as Counter-Performance: Contractual Consequences” in *Juridiskā zinātne / Law*, N.º 13, 2020, pp. 33-49

LANGHANKE, Carmen; SCHMIDT-KESSEL, Martin, “Consumer Data as Consideration” in *Journal of European Consumer and Market Law*, Vol. 4, Issue 6, 2015, pp. 218-223, disponível em: <<https://kluwerlawonline.com/JournalArticle/Journal+of+European+Consumer+and+Market+Law/4.6/EuCML2015042>>

LOHSSE, Sebastian; SCHULZE, Reiner; STAUDENMAYER, Dirk, *Data as Counter-performance – Contract Law 2.0?*, Münster Colloquia on EU Law and the Digital Economy V, Nomos, 2020, pp.

MANKO, Rafal; MONTELEONE, Shara, “Contracts for the supply of digital content and personal data protection”, *European Parliamentary Research Service*, 2017, disponível em: <https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2017/603929/EPRS_BRI%282017%29603929_EN.pdf>

MATERA, Donato Maria, “Personal Data as Counter-Performance and Consumer Protection: An Unfair Commercial Practices Italian Decision”, in *NOVA Consumer Lab*, 2021, disponível em: <<https://novaconsumerlab.novalaw.unl.pt/personal-data-as-counter-performance-and-consumer-protection-an-unfair-commercial-practices-italian-decision/>>

MENEZES CORDEIRO, António, *Tratado de Direito Civil Português I*, Tomo III, 2ª edição, Almedina, 2007

MENEZES CORDEIRO, António, *Tratado de Direito Civil Português II*, Tomo II, Almedina, 2010

MENEZES CORDEIRO, António, *Tratado de Direito Civil Português II*, Tomo IV, Almedina, 2010

MENEZES LEITÃO, Luís Manuel Teles, *Direito das Obrigações*, Vol. I, 14ª edição, Almedina, 2017

MENEZES LEITÃO, Luís Manuel Teles, *Direito das Obrigações*, Vol. II, 11ª edição, Almedina, 2017

MENEZES LEITÃO, Luís Manuel Teles, *Direito das Obrigações*, Vol. III, 8ª edição, Almedina, 2013

METZGER, Axel, “A Market Model for Personal Data: State of Play under the New Directive on Digital Content and Digital Services” in *Data as Counter-performance – Contract Law 2.0?*, Münster Colloquia on EU Law and the Digital Economy V, Nomos, 2020, pp. 23-46

METZGER, Axel, “Data as Counter-Performance: What Rights and Duties do Parties Have?”, in *JIPITEC*, Vol. 8, n.º 2, 2017, disponível em: https://www.jipitec.eu/issues/jipitec-8-1-2017/4528/jipitec_8_1_2017_metzger_data%20as%20counter-performance.pdf>

METZGER, Axel; EFRONI, Zohar; MISCHAU, Lena; METZGER, Jakob, “Data-Related Aspects of the Digital Content Directive”, in: *JIPITEC*, Vol. 9, N.º 1, 2018, pp. 90-109, ISSN 2190-3387, disponível em: https://www.jipitec.eu/issues/jipitec-9-1-2018/4682/JIPITEC_9_1_2018_90-109_Metzger_et_al >

MIDOROVIĆ, D Sloboda; SEKULIĆ, B Miloš, “A new function of personal data in the light of the contract for the supply of digital content and digital services”, *Proceedings of the Faculty of Law in Novi Sad*, Vol. 53, Br. 3, 2019, pp. 1145-1166.

MILÀ RAFEL, Rosa, “The Directive Proposals on Online Sales and Supply of Digital Content (Part II): conformity and remedies for lack of conformity” in *Revista de Internet, Derecho y Política*, n.º 24, 2017, pp. 50-63, disponível em: <https://www.redalyc.org/pdf/788/78850913005.pdf>>

MIRANDA BARBOSA, Mafalda, “Negócios onerosos e gratuitos: uma reflexão a propósito de novos fenómenos de gratuidade” in *Revista de Direito Comercial*, 2020, pp. 1809-1852, disponível em < <https://www.revistadedireitocomercial.com/negocios-onerosos-e-gratuitos>>

MIRANDA BARBOSA, Mafalda, “Proteção de Dados e Direitos de Personalidade: Uma Relação De Interioridade Constitutiva. Os Beneficiários Da Proteção E A Responsabilidade Civil”, in *AB INSTANTIA*, Ano V, n.º 7, Coimbra, Almedina, 2017, pp. 13-47, disponível em: <http://abreuadvogados.com/wp-content/uploads/2021/03/protecao-de-dados-e-direitos-de-personalidade.pdf>>

MORAIS CARVALHO, Jorge, “Venda de Bens de Consumo e Fornecimento de Conteúdos e Serviços Digitais – As Diretivas 2019/771 e 2019/770 e o seu Impacto no Direito Português” in *Revista Electrónica de Direito*, n.º 3, Vol. 20, 2019, pp. 64-87,

disponível em: <https://cije.up.pt/client/files/0000000001/4-artigo-jorge-morais-carvalho_1213.pdf>

MOTA PINTO, Carlos Alberto; PINTO MONTEIRO, António; MOTA PINTO, Paulo, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2005

NARCISO, Madalena, “‘Gratuitous’ Digital Content Contracts in EU Consumer Law”, in: *Journal of European Consumer and Market Law*, Vol. 6, Issue 5, 2017, pp. 198-206, disponível em: <<https://kluwerlawonline.com/JournalArticle/Journal+of+European+Consumer+and+Market+Law/6.5/EuCML2017044>>

NARCISO, Madalena, “Dados Pessoais como Contraprestação em Contratos de Consumo – Breve Reflexão”, in: *Anuário do Nova Consumer Lab*, Ano 1, 2019, pp. 129-147

OLIVEIRA ASCENSÃO, José de, *Direito Civil Teoria Geral*, Vol. III, Coimbra Editora, Coimbra, 2002

OLIVEIRA ASCENSÃO, José, “Bases para uma transposição da Directriz n.º 00/31, de 8 de Junho (comércio electrónico)”, in: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Vol. 44, n.º 1-2, 2003, pp. 245-246.

PAIS DE VASCONCELOS, Pedro, *Teoria Geral do Direito Civil*, 6ª edição. Almedina, 2010

PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, João de Matos, *Código Civil Anotado*, Vol. II, 4ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2010/1997

RAMBERG, Christina, “Digital Content – A Digital CESL II – A Paradigm for contract law via the backdoor?”, in: *European Contract Law in the Digital Age*, Intersentia, 2018, pp. 315-328.

ROBERT, Romain; SMIT, Lara, “The proposal for a directive on digital content: a complex relationship with data protection law”, in: *ERA Forum*, Vol. 19, 2018, p. 159-177, disponível em: <<https://link.springer.com/content/pdf/10.1007/s12027-018-0506-7.pdf>>

SCHMIDT-KESSEL, Martin, “Right to Withdraw Consent to Data Processing –The Effect on the Contract” in *Data as Counter-performance – Contract Law 2.0?*, Münster Colloquia on EU Law and the Digital Economy V, Nomos, 2020, pp. 127-146

SCHULZE, Reiner; STAUDENMAYER, Dirk; WATSON, Jonathan, *EU Digital Law: Article-by-Article Commentary*, 1ª edição, Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2020

SEIN, Karin e SPINDLER, Gerald, “The new Directive on Contracts for Supply of Digital Content and Digital Services – Conformity Criteria, Remedies and Modifications – Part 2” in *European Review of Contract Law*, vol. 15, n.º 4, 2019, pp. 265-391.

SEIN, Karin e SPINDLER, Gerald, “The new Directive on Contracts for Supply of Digital Content and Digital Services – Scope of Application and Trader’s Obligation to Supply – Part 1” in *European Review of Contract Law*, vol. 15, n.º 3, 2019, pp. 257-279.

SÉNÉCHAL, Juliette, “Article 16(2) of the ‘Digital Content and Digital Services’ Directive on the Consequences of Termination of Contract, or the Difficult Articulation between Union Law on Consumer Contract and Union Law on the Protection of Personal Data” in *Data as Counter-performance – Contract Law 2.0?*, Münster Colloquia on EU Law and the Digital Economy V, Nomos, 2020, pp. 147-162

SPINDLER, Gerald, “Contracts For the Supply of Digital Content – Scope of application and basic approach – Proposal of the Commission for a Directive on contracts for the supply of digital content”, in: *European Review of Contract Law*, Vol.12, N°3, Kluwer Law International, 2016, pp. 183-217, disponível em: <https://www.degruyter.com/document/doi/10.1515/ercl-2016-0012/html>>

STAUDENMAYER, Dirk, “The Directives on Digital Contracts: First Steps Towards the Private Law of the Digital Economy”, in: *European Review of Private Law*, Vol. 28, Issue 2, Kluwer Law International, 2020, pp. 219-250, disponível em: <https://kluwerlawonline.com/JournalArticle/European+Review+of+Private+Law/28.2/ERPL2020012>>

TOMMASI Sara, “The ‘New Deal’ for Consumers: Towards More Effective Protection?”, in: *European Review of Private Law*, Vol. 28, Issue 2, 2020, pp. 311-332, disponível em:

<<https://kluwerlawonline.com/JournalArticle/European+Review+of+Private+Law/28.2/ERPL2020016>>

VANHERPE, Jozefien, “White Smoke, but Smoke Nonetheless: Some (Burning) Questions Regarding the Directives on Sale of Goods and Supply of Digital Content” in *European Review of Private Law*, Vol. 28, Issue 2, Kluwer Law International, 2020, pp. 251-274, disponível em:

<<https://kluwerlawonline.com/JournalArticle/European+Review+of+Private+Law/28.2/ERPL2020013>>

VERSACI, Giuseppe, “Personal Data and Contract Law: Challenges and Concerns about the Economic Exploitation of the Right to Data Protection” in *European Review of Contract Law*, Vol. 14, Issue 4, 2018, pp. 374-392

TEXTOS E LEGISLAÇÃO DA UNIÃO EUROPEIA

Article 29 Data Protection Working Party, Guidelines on the right to data portability, WP 242 rev.01, (2016-12-13). <https://ec.europa.eu/newsroom/article29/items/611233/en>

Article 29 Working Party, Opinion 06/2014 on the notion of legitimate interests of the data controller under Article 7 of the Directive 95/46/EC, 844/14/EN, WP 217, (2014) <https://www.dataprotection.ro/servlet/ViewDocument?id=1086>

Autoridade Europeia para a Proteção de Dados, Resumo do Parecer Preliminar sobre privacidade e competitividade na era dos grandes volumes de dados, (2014/C 225/07), Jornal Oficial da União Europeia C 225/6 (2014-07-16) https://edps.europa.eu/sites/default/files/publication/14-03-26_competition_law_big_data_ex_sum_pt_0.pdf

Autoridade Europeia para a Proteção de Dados, Resumo do Parecer sobre a aplicação efetiva da legislação na era da economia digital, (2016/C 463/09), Jornal Oficial da União Europeia C 463/8 (2016-12-13) https://edps.europa.eu/sites/default/files/publication/17-01-13_big_data_ex_summ_pt.pdf

Autoridade Europeia para a Proteção de Dados, Síntese do Parecer relativo à proposta de diretiva sobre certos aspetos relativos aos contratos de fornecimento de conteúdos digitais, (2017/C 200/07), Jornal Oficial da União Europeia C 200/10 (2017-06-23) <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A52017XX0623%2801%29>

Comissão do Mercado Interno e da Proteção dos Consumidores, Comissão dos Assuntos Jurídicos, RELATÓRIO sobre a proposta de diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho sobre certos aspetos relativos aos contratos de fornecimento de conteúdos digitais (COM(2015)0634 - C8-0394/2015 - 2015/0287(COD)), Parlamento Europeu, A8-0375/2017, Relatores: Evelyne Gebhardt, Axel Voss (2017-11-27) https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2017-0375_PT.pdf (posição do PE em primeira leitura)

Commission Staff Working Document, Report of the Fitness Check, SWD(2017) 209 final, (2017-05-23), disponível em <https://perma.cc/BA8T-GDXV>

Diretiva (UE) 2018/172 do Parlamento Europeu e do Conselho de 11 de dezembro de 2018 que estabelece o Código Europeu das Comunicações Eletrónicas.

Diretiva (UE) 2019/770 do Parlamento Europeu e do Conselho de 20 de maio de 2019 sobre certos aspetos relativos aos contratos de fornecimento de conteúdos e serviços digitais

Diretiva (UE) 2019/770 do Parlamento Europeu e do Conselho de 20 de maio de 2019 sobre certos aspetos relativos aos contratos de fornecimento de conteúdos e serviços digitais

Diretiva (UE) 2019/771 do Parlamento Europeu e do Conselho de 20 de maio de 2019 relativa a certos aspetos dos contratos de compra e venda de bens que altera o Regulamento (UE) 2017/2394 e a Diretiva 2009/22/CE e que revoga a Diretiva 1999/44/CE

Diretiva 1999/44/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de Maio de 1999, relativa a certos aspetos da venda de bens de consumo e das garantias a ela relativas.

Diretiva 2000/31/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 8 de Junho de 2000, relativa a certos aspetos legais dos serviços da sociedade de informação, em especial do comércio eletrónico, no mercado interno («Diretiva sobre o comércio eletrónico»), JO L 178, (2000-06-08).

Diretiva 2005/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de Maio de 2005, relativa às práticas comerciais desleais das empresas face aos consumidores no mercado interno.

Diretiva 2011/83/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de Outubro de 2011, relativa aos direitos dos consumidores, que altera a Diretiva 93/13/CEE do Conselho e a Diretiva 1999/44/CE do Parlamento Europeu e do Conselho e que revoga a Diretiva 85/577/CEE do Conselho e a Diretiva 97/7/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, JO L 304/64 (2011-11-22)

Diretiva 93/13/CEE do Conselho de 5 de Abril de 1993 relativa às cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores, JO L 95 de 21.4.1993, (1993-04-05)

Documento de Trabalho dos Serviços da Comissão, Orientações sobre a aplicação da Diretiva 2005/29/CE relativa às Práticas Comerciais Desleais, COM(2016) 320 final,

ponto 4.4., disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:52016SC0163&from=EN>

European Data Protection Board, Diretrizes 2/2019 sobre o tratamento de dados pessoais ao abrigo do artigo 6.º, n.º1, alínea b), do RGPD no contexto da prestação de serviços em linha aos titulares dos dados, versão 2.0, (2019-10-08) https://edpb.europa.eu/sites/default/files/files/file1/edpb_guidelines-art_6-1-b-adopted_after_public_consultation_pt.pdf

European Data Protection Supervisor, EDPS Opinion on coherent enforcement of fundamental rights in the age of big data, Opinion 8/2016 (2016-09-23) https://edps.europa.eu/sites/default/files/publication/16-09-23_bigdata_opinion_en.pdf

European Data Protection Supervisor, Opinion 4/2017 on the Proposal for a Directive on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content (2017-03-14) https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/17-03-14_opinion_digital_content_en_0.pdf

European Data Protection Supervisor, Opinion 8/2016 on coherent enforcement of fundamental rights in the age of big data (2016-09-23) https://edps.europa.eu/sites/default/files/publication/16-09-23_bigdata_opinion_en.pdf

European Data Protection Supervisor, Opinion 8/2018 on the legislative package “A New Deal for Consumers”, (2018-10-05) https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/18-10-05_opinion_consumer_law_en.pdf

European Data Protection Supervisor, Preliminary Opinion on Privacy and competitiveness in the age of big data: The interplay between data protection, competition law and consumer protection in the Digital Economy, (2016-03) https://edps.europa.eu/sites/default/files/publication/14-03-26_competition_law_big_data_en.pdf

European Law Institute (ELI) - Statement on the European Commission’s proposed directive on the supply of digital content to consumers - (2016), ISBN: 978-3-9503458-6-5 https://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_eli/Publications/ELI_Statement_on_DCD.pdf

European Law Institute, Statement of the European Law Institute on the European Commission's Proposed Directive on the Supply of Digital Content to Consumers COM (2015) 634 final, (2016), https://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_eli/Publications/ELI_Statement_on_DCD.pdf

European Parliament, Directorate-General for internal policies, policy department c: citizens' rights and constitutional affairs, Remedies for buyers in case of contracts for the supply of digital content, (2012) <https://www.europarl.europa.eu/document/activities/cont/201206/20120618ATT47122/20120618ATT47122EN.pdf>

OCDE, "Exploring the Economics of Personal Data: A Survey of Methodologies for Measuring Monetary Value" In: *OECD Digital Economy Papers*, No. 220, Paris, (2013) <https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/5k486qtxldmq-en.pdf?expires=1630709240&id=id&accname=guest&checksum=4BCB56F97012D1D25D8FBE498A555528>

Orientação geral do Conselho da União Europeia sobre a Proposta de diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa a certos aspetos respeitantes aos contratos de fornecimento de conteúdos digitais (Primeira leitura), 9641/17 + ADD 1, Bruxelas, (2017-06-01) <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-9901-2017-ADD-1/PT/pdf>

Parecer da Comissão das Liberdades Cívicas, da Justiça e dos Assuntos Internos dirigido à Comissão do Mercado Interno e da Proteção dos Consumidores e à Comissão dos Assuntos Jurídicos sobre a proposta de diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho sobre certos aspetos relativos aos contratos de fornecimento de conteúdos digitais (COM(2015)0634 – C8-0394/2015 – 2015/0287(COD)), 2015/0287(COD), (2016-11-21). Relatora: Marju Lauristin https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/LIBE-AD-582370_PT.pdf

Parecer do Comité Económico e Social Europeu sobre a «Proposta de diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho sobre certos aspetos relativos aos contratos de fornecimento de conteúdos digitais» [COM(2015) 634 final — 2015/0287 (COD)] e a «Proposta de diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa a certos aspetos que dizem respeito a contratos de vendas em linha de bens e outras vendas à distância de

bens» [COM(2015) 635 final — 2015/0288 (COD)], (2016/C 264/07), Jornal Oficial da União Europeia C 264/57 (2016-07-20). Relator: Jorge Pegado Liz.

Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho que altera a Diretiva 93/13/CEE do Conselho, de 5 de abril de 1993, a Diretiva 98/6/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, a Diretiva 2005/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho e a Diretiva 2011/83/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, a fim de assegurar uma melhor aplicação e a modernização das normas da UE em matéria de defesa do consumidor, COM/2018/185 final – 2018/0090 (COD)

Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho sobre certos aspetos relativos aos contratos de fornecimento de conteúdos digitais, COM/2015/0634 final – 2015/0287 (COD) (2015-12-09).

Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho relativo a um direito europeu comum da compra e venda, COM/2011/0635 final *in* Síntese do Parecer da Autoridade Europeia para a Proteção de Dados relativo à proposta de diretiva sobre certos aspetos relativos aos contratos de fornecimento de conteúdos digitais, (2017/C 200/07), Jornal Oficial da União Europeia C 200/10 (2017-06-23).

Regulamento (CE) N.º 593/2008 do Parlamento Europeu e do Conselho de 17 de Junho de 2008 sobre a lei aplicável às obrigações contratuais (Roma I)

Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016, relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados e que revoga a Diretiva 95/46/CE (Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados)

União Europeia, Guia Prático Comum do Parlamento Europeu, do Conselho e da Comissão para as pessoas que contribuem para a redação de textos legislativos da União Europeia, 2016 <https://eur-lex.europa.eu/content/techleg/PT-guia-de-redacao-de-textos-legislativos.pdf>

LEGISLAÇÃO PORTUGUESA

Comissão Nacional de Proteção de Dados, Parecer/2021/100, disponível em: <https://www.cnpd.pt/decisooes/pareceres/>

Decreto-Lei n.º 24/2014, de 14 de fevereiro, que transpõe a Diretiva n.º 2011/83/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de outubro de 2011, relativa aos direitos dos consumidores

Decreto-Lei n.º 57/2008, de 26 de Março, que estabelece o regime aplicável às práticas comerciais desleais das empresas nas relações com os consumidores, ocorridas antes, durante ou após uma transacção comercial relativa a um bem ou serviço, transpondo para a ordem jurídica interna a Directiva n.º 2005/29/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de Maio, relativa às práticas comerciais desleais das empresas nas relações com os consumidores no mercado interno

Decreto-Lei n.º 67/2003, de 08 de Abril, que transpõe para a ordem jurídica nacional a Diretiva n.º 1999/44/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de Maio, sobre certos aspetos da venda de bens de consumo e das garantias a ela relativas, e altera a Lei n.º 24/96, de 31 de Julho.

Decreto-Lei n.º 7/2004, de 07 de Janeiro sobre o Comércio Eletrónico no Mercado Interno e Tratamento De Dados Pessoais.

Projeto de Decreto-Lei que regula os direitos do consumidor na compra e venda de bens, conteúdos e serviços digitais, transpondo para o direito interno as Diretivas (UE) 2019/771 (UE) e 2019/770 (Reg. DL 1049/XXII/2021), (2021-07-02) - http://base.alra.pt:82/Doc_Audi/XIIA032-OGP.pdf

JURISPRUDÊNCIA

Acórdão do Conselho de Estado Italiano (secção VI) de 29 de março de 2021, N.º 2631/21 (Consiglio di Stato, Sez. VI, sentenza n.º 2631/21, (Presidente Santoro: Estensore Toschei)

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 09 de outubro de 2007, Processo n.º 07A2761 (Fonseca Ramos)

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 16 de setembro de 2008, Revista n.º 2344/08 (Alberto Sobrinho) in Sumários de Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça, Secções Cíveis, 2008, p. 593.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 24 de março de 2015, Processo n.º 296/11.2TBAMR.G1.S1 (Gabriel Catarino)

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 25 de março de 2010, Processo n.º 2688/07.2TBVCT.G1.S1 (Oliveira Vasconcelos)

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 30 de novembro de 2000, Revista n.º 3003/00 (Miranda Gusmão) in Sumários de Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça, Secções Cíveis, 2000, p. 424.

Acórdão do TJUE (Grande secção) de 9 de novembro de 2010, Volker und Markus Schecke GbR e Hartmut Eifert c. Land Hessen, Processos apensos C-92/09 e C-93/09

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 10 de maio de 2005, Processo n.º 3705/04 (Sousa Pinto)

Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 12 de julho de 2011, Processo n.º 122/10.0TBEPS.G1 (Manuel Bargado)

Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 24 de setembro de 2015, Processo n.º 21/11.8TBVV-A.G1 (Jorge Teixeira)

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 13 de junho de 2018, Processo n.º 1366/15.3T8PVZ.P2 (Maria Cecília Agante)

Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia (Grande secção) de 13 de maio de 2014, Google Spain SL e Google Inc. contra Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) e Mario Costeja González, Processo C-131/12

ÍNDICE

1. Introdução.....	1
2. Enquadramento Geral da Diretiva (UE) 2019/770.....	4
2.1. Questões Suscitadas.....	6
2.1.1. Dados Pessoais Fornecidos “Ativamente” pelo Consumidor.....	7
2.1.2. Dados Pessoais Como Contraprestação – Enquadramento Legal	12
2.1.2.1. Direito Fundamental à Proteção de Dados.....	14
2.1.2.2. Compatibilidade com o RGPD.....	17
2.1.2.3. Prática Comercial Desleal	23
2.1.2.4. Questões Ultrapassadas	24
2.2. Versão Final – Adoção da Diretiva (UE) 2019/770	26
2.2.1. Âmbito de Aplicação Objetivo	27
2.2.2. Análise do Contrato à Luz do Direito Nacional (Português).....	32
2.2.2.1. Classificação do Contrato.....	32
2.2.2.1.1. Contrato Sinalagmático e Não-Sinalagmático	32
2.2.2.1.2. Contrato a Título Oneroso e a Título Gratuito	34
2.2.2.1.2.1. A distinção entre “Preço” e “Dados Pessoais”	38
2.2.2.1.3. Contrato de Compra e Venda e Contrato De Permuta	41
2.2.2.2. Formação do Contrato.....	44
2.2.2.3. Validade do Contrato	47
3. Consequências Contratuais	51
3.1. Falta de Conformidade ou Não Fornecimento dos Conteúdos ou Serviços Digitais	52

3.2. O Direito do Consumidor de Retirar o Consentimento	60
3.3. A Questão da Exceção de Não Cumprimento	63
4. Projeto e Abordagem da Transposição da Diretiva (UE) 2019/770 para o Direito Interno.....	66
5. Conclusão.....	72
BIBLIOGRAFIA	74
TEXTOS E LEGISLAÇÃO DA UNIÃO EUROPEIA.....	81
LEGISLAÇÃO PORTUGUESA.....	86
JURISPRUDÊNCIA	87