ESTUDOS
DE
DIREITO DO CONSUMO

VOLUME III

ESTUDOS DE DIREITO DO CONSUMO

VOLUME III

2023

Comissão organizadora

Prof. Doutor Rui Paulo Coutinho de Mascarenhas Ataíde

Prof. Doutor Francisco Rodrigues Rocha

Mestre Vítor Palmela Fidalgo

ALMEDINA

ESTUDOS DE DIREITO DO CONSUMO
VOLUME III

COMISSÃO ORGANIZADORA
Prof. Doutor Rui Paulo Coutinho de Mascarenhas Ataíde
Prof. Doutor Francisco Rodrigues Rocha
Mestre Vítor Palmela Fidalgo

EDITOR
EDIÇÕES ALMEDINA, S.A.
Avenida Emídio Navarro, 81, 3D
3000-151 Coimbra
Tel.: 239 851 904 · Fax: 239 851 901
www.almedina.net · editora@almedina.net

DESIGN DE CAPA
FBA.

PRÉ-IMPRESSÃO
EDIÇÕES ALMEDINA, S.A.

IMPRESSÃO E ACABAMENTO

Maio, 2023

DEPÓSITO LEGAL

Os dados e as opiniões inseridos na presente publicação são da exclusiva responsabilidade do(s) seu(s) autor(es).
Toda a reprodução desta obra, por fotocópia ou outro qualquer processo, sem prévia autorização escrita do Editor, é ilícita e passível de procedimento judicial contra o infrator.

ALMEDINA | GRUPOALMEDINA

BIBLIOTECA NACIONAL DE PORTUGAL – CATALOGAÇÃO NA PUBLICAÇÃO

ESTUDOS DE DIREITO DO CONSUMO

Estudos de direito do consumo / org. Rui Ataíde, Francisco Rodrigues Rocha, Vítor Palmela Fidalgo. – v.
V. 3: p. - ISBN 978-989-40-0937-

I – ATAÍDE, Rui
II – ROCHA, Francisco Rodrigues
III – FIDALGO, Vítor Palmela

CDU 346

PLANO DA OBRA

Volume I

Módulo I
Perspectivas nacionais do Direito do Consumo

Prof. Doutor António Menezes Cordeiro
O Direito dos consumidores em Portugal (2022)

Prof. Doutor Thomas Pfeiffer
Verbraucherrecht in Deutschland – Grundfragen und Perspektiven

Prof. Doutor Thomas Pfeiffer
Direito do Consumidor na Alemanha – Questões fundamentais e perspectivas

Prof. Doutor Simon Laimer / Dr. Lukas Klever
Geschichte und Gegenwart des Verbraucherrechts in Österreich

Prof. Doutor Simon Laimer / Dr. Lukas Klever
História e presente do Direito do Consumidor na Áustria

Prof.ª Doutora Nathalie Rzepecki
Le droit de la consommation en France

Prof. Doutor Alfredo Calderale
Diritti dei consumatori e mercato in Italia

Prof. Doutor Miguel Ángel Serrano Ruiz
Derecho de consumo en España

Prof. Doutor Ewoud Hondius
Consumer Law in the Netherlands

Prof.ª Doutora Fidelma White
The Evolution of Irish Consumer Law: past, present and future

Prof.ª Doutora Claudia Lima Marques
O Direito do consumo no Brasil: a codificação e os serviços

Prof.ª Doutora Wei Dan / Dr. Ângelo P. Rafael
O Direito do Consumidor de Macau. Rumo à Modernização da Regulação das Relações de Consumo

Prof.ª Doutora Christine Riefa
Consumer Law in the United Kingdom

Módulo II
Direito do Consumo na Constituição e no Direito da União Europeia

Prof.ª Doutora Ana Rita Gil
A Carta de Protecção do Consumidor do Conselho da Europa

Prof. Doutor Jorge Miranda
O Direito do consumo na Constituição portuguesa

Dr.ª Teresa Moreira
Políticas de Concorrência e de Proteção dos Consumidores da UNCTAD

Módulo III
Situações jurídicas do consumo em geral

Prof. Doutor Nuno Pinto Oliveira
O conceito de consumidor

Mestre João Menezes Leitão
Contratos civis, comerciais e de consumo – uma inquirição de taxinomia

Prof.ª Doutora Ana Amorim
Publicidade

Dr. Jorge Carita Simão / Dr.ª Sofia Assunção Soares
Práticas comerciais desleais em geral e em linha: A Diretiva (UE) 2019/2161, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de novembro, a sua transposição parcial para o Decreto-Lei n.º 109-G/2021, de 10 de dezembro, e o reforço da proteção dos direitos dos consumidores

Prof. Doutor Joaquim de Sousa Ribeiro
Cláusulas contratuais gerais

Mestre Carlos Lacerda Barata
Direito de livre desvinculação do consumidor

Prof. Doutor José Engrácia Antunes
Os contratos fora do estabelecimento

Dr. Chen Chen
Contratos à distância em geral

Dr.ª Marta Boura
Serviços financeiros à distância

Prof.ª Doutora Elsa Dias Oliveira
Contratos eletrónicos e tutela do consumidor

Dr.ª Natália Nunes
O excessivo endividamento do consumidor

Dr. Martim Farinha / Prof. Jorge Morais Carvalho
Direito do consumo e tecnologia

Volume II

Módulo IV
Contratos de consumo

A – Serviços Públicos Essenciais

Prof.ª Dr.ª Elionora Cardoso
Fornecimento de serviços públicos essenciais em geral
Fornecimento de água

Dr. Pedro Falcão
Fornecimento de energia elétrica

Prof. Doutor Francisco Rodrigues Rocha / Mestre Vítor Palmela Fidalgo / Mestre António Barroso Rodrigues
Comunicações electrónicas

Mestre Marcelino de Abreu
Serviços postais, um serviço público essencial

B – Compra e venda

Prof. Doutor Luís Menezes Leitão
Desconformidade e meios de tutela do adquirente na venda de bens de consumo

C – Fornecimento de conteúdos digitais e prestação de serviços digitais

Prof.ª Doutora Maria de Lurdes Pereira
Contrato de fornecimento de conteúdos e serviços digitais

D – Locação

Prof.ª Doutora Cláudia Madaleno
Locação de bens de consumo

E – Empreitada

Prof. Doutor Rui Ataíde
Empreitada de bens de consumo

F – Transporte e Turismo

Prof.ª Doutora Catarina Salgado
O regime europeu de proteção dos passageiros enquanto consumidores no âmbito do contrato de transporte aéreo

Mestre António Barroso Rodrigues
Transporte em veículos descaracterizados. Sobre a (pretensa) necessidade de reconfiguração dogmática do serviço de transporte

Prof. Doutor José Luís Bonifácio Ramos
Direito Real de Habitação Periódica: Do Bem de Consumo à Realidade

Mestre Miguel Miranda / Dr.ª Raquel Meireles
Viagens turísticas e viagens organizadas

Prof.ª Doutora Adelaide Menezes Leitão
Plataformas em linha, alojamento local e protecção dos consumidores

Prof. Doutor Daniel Morais
A tutela do passageiro/consumidor no transporte ferroviário e rodoviário

G – Seguros

Prof. Doutor Francisco Rodrigues Rocha
Seguro de responsabilidade civil automóvel

Mestre José Vasques
Seguros de recheio de habitação

Prof. Doutor José Alves de Brito
Seguros de vida associados ao crédito à habitação. Breve análise do Decreto-Lei n.º 222/2009, de 11 de setembro

Mestre Francisco Luís Alves
Seguro de saúde: regime legal e novos desenvolvimentos

Prof. Doutor Filipe Albuquerque Matos
O estatuto do Consumidor no regime Português do Contrato de Seguro

Juiz Cons. João Luís Marques Bernardo
A responsabilidade civil dos advogados

H – Serviços bancários

Prof. Doutor Miguel Pestana de Vasconcelos
Contrato de conta e relação negocial bancária

Mestre Catarina Granadeiro
Depósitos. Fundo de Garantia de Depósitos

Prof.ª Doutora Maria Raquel Guimarães
Serviços de pagamento e instrumentos de pagamento: evoluções recentes

Prof. Doutor Francisco Mendes Correia
Os novos serviços de iniciação de pagamentos: algumas notas sobre a responsabilidade civil

Prof. Doutor Francisco Rodrigues Rocha
Débitos directos. Aspectos de regime de protecção dos consumidores

Prof.ª Doutora Isabel Menéres Campos
Crédito à habitação em Portugal

Prof.ª Doutora Higina Castelo
Crédito ao consumo. Regime jurídico dos contratos de crédito aos consumidores (DL 133/2009, de 2 de junho)

Dr. Gonçalo Aleixo Nunes
A cláusula de reserva de propriedade a favor do (terceiro) financiador

Mestre Nuno Aureliano / Dr.ª Ana Simões Esteves
Aspectos do tratamento jurisprudencial do contrato de locação financeira

Prof. Doutor M. Januário da Costa Gomes
Renegociação e modificação unilateral de contratos de crédito. Transferência do crédito

Dr. João Pedro Matias
A Sobregarantia nos Contratos de Crédito ao Consumo Celebrados com Instituições Bancárias

I – Instrumentos financeiros

Dr. Fábio Almeida
Publicidade relativa a instrumentos financeiros dirigidos a consumidores

Dr. David Nunes dos Reis
Breves notas acerca do âmbito de cobertura do Sistema de Indemnização aos Investidores: leis interpretativas que não o são

Prof. Doutor José Ferreira Gomes
Responsabilidade civil pelo prospecto (Após a reforma do CVM de 2021)

Prof.ª Doutora Madalena Perestrelo de Oliveira
Os deveres de informação no mercado de capitais no quadro da relação especial entre emitente e investidor

Juiz Cons. António Abrantes Geraldes
Responsabilidade civil do intermediário financeiro. Divergências jurisprudenciais a respeito da violação do dever de informação e do nexo de causalidade

Dr. Diogo Lemos Ramalheira
Instrumentos Financeiros Complexos. Notas breves sobre o conceito e evolução regulatória do seu tratamento

Doutor Luís Poças
Produtos de investimento com base em seguros (PIBS)

Volume III

Módulo V
Da segurança dos produtos e da responsabilidade civil

Prof.ª Doutora Mafalda Miranda Barbosa
Da segurança dos produtos

Prof.ª Doutora Paula Costa e Silva / Dr. Nuno Trigo dos Reis
Algumas reflexões sobre a responsabilidade do produtor

Prof. Doutor Pedro Caridade de Freitas
Da segurança dos produtos farmacêuticos: análise do regime jurídico português e da União Europeia

Módulo VI
Do consumo sustentável

Dr. Jorge Pegado Liz
A protecção do consumidor na economia de consumo sustentável
A rotulagem verde

A obsolescência precoce (espontânea) e planeada
Por um novo direito de reparação na UE
Algumas reflexões finais à guisa de conclusão

Módulo VII
A protecção dos dados pessoais

Dr.ª Daniela Rodrigues de Sousa
O conceito de dados pessoais
A protecção dos dados pessoais do consumidor

Prof.ª Doutora Mafalda Miranda Barbosa
Princípios e tratamento lícito dos dados

Dr.ª Dina Freitas Teixeira
A transparência e os deveres de informação no tratamento dos dados

Dr. João Gabriel
O consentimento e o direito ao esquecimento dos dados

Dr. Miguel Duarte Santos
O tratamento de dados sensíveis do consumidor

Mestre Vítor Palmela Fidalgo
O Direito de Portabilidade dos Dados Pessoais

Módulo VIII
Propriedade intelectual e sociedade da informação

Dr. João Fachana
Plataformas digitais e responsabilidade civil

Mestre Vítor Palmela Fidalgo
A tutela do Direito de Autor na era digital: o novo direito conexo do editor de imprensa

Prof. Alberto de Sá e Melo
O impacto da impressão 3D no Direito do consumo

Prof. Alexandre Dias Pereira
Cloud Computing: aspetos jurídicos da computação em nuvem

Prof. Doutor Diogo Pereira Duarte
O regulamento europeu de crowdfunding e o seu impacto no regime jurídico do financiamento colaborativo

Prof. Doutor Nuno Sousa e Silva / Dr.ª Benedita Cunha Pinto
Internet das Coisas (IoT): alguns desafios jurídicos

Dr. António Garcia Rolo
Criptoativo – conceito, modalidades, regime e distinção de figuras afins

Dr.ª Inês Sítima
Inteligência artificial e responsabilidade civil extra-obrigacional por danos provocados a consumidores: estudo de Direito positivo

Prof.ª Doutora Ana Perestrelo de Oliveira
Smart contracts *e* smart arbitration*: maior automatização, maior conflitualidade? A tendência para a internalização da resolução de litígios na* blockchain

Volume IV

Módulo IX
O Direito Internacional Privado do Consumo

Prof. Doutor João Gomes de Almeida
Regulamento Roma II: a lei aplicável à responsabilidade extracontratual do produtor

Prof. Doutor Luís Lima Pinheiro
Regulamento Roma I: Contratos celebrados com os consumidores

Módulo X
Entidades de defesa e promoção do consumidor

Dr. Miguel da Câmara Machado / Dr. Tomás Gomes da Silva / Dr.ª Inês Costa Pina
O Banco de Portugal como defensor do cliente bancário – Em particular, a supervisão comportamental

Prof. Doutor Luís Guilherme Catarino
A Comissão do Mercado dos Valores Mobiliários e linhas de defesa do consumidor

Dr.ª Maria Eduarda Ribeiro
Competências da Autoridade de Supervisão de Seguros e Fundos de Pensões em matéria de proteção do consumidor de seguros. Regras de conduta no setor segurador

Prof. Doutor Ricardo Branco
A Entidade Reguladora dos Serviços de Águas e Resíduos

Dr.ª Helena Almeida
Competências da Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos em matéria de proteção dos direitos dos consumidores

Dr.ª Sofia Nogueira da Silva
Entidade Reguladora da Saúde

Prof.ª Doutora Suzana Tavares da Silva
Autoridade de Segurança Alimentar e Económica (ASAE)

Prof.ª Doutora Isabel Mousinho Figueiredo
Responsabilidade civil das autoridades de fiscalização na defesa do consumidor

Dr.ª Joana Costa Lopes
Associações e fundações de defesa dos consumidores

Dr. João Vieira dos Santos
Associações de defesa de investidores e a (não) aplicabilidade do seu regime aos investidores em criptoativos

Módulo XI
Direito Penal e Contra-Ordenacional do Consumo

Mestre Rita do Rosário / Mestre Mafalda Moura Melim
Protecção penal do consumidor

Mestre Catarina Abegão Alves
Protecção contraordenacional do consumidor

Módulo XII
Do acesso à Justiça

Dr.ª Isabel Mendes Cabeçadas
Mediação, Conciliação e Arbitragem nos Conflitos de Consumo

Dr.ª Sofia Campos Coelho
Os julgados de paz

Dr.ª Filipa Lemos Caldas
Das acções colectivas em geral: afinidades, distinções

Dr.ª Margarida Paz
A acção popular cível

Prof.ª Doutora Carla Amado Gomes
A acção popular administrativa

Prof. Doutor João Marques Martins
Acções inibitórias nos litígios de consumo

Módulo V
Da segurança dos produtos e da responsabilidade civil

DA SEGURANÇA DOS PRODUTOS[1]

Mafalda Miranda Barbosa[2]

Resumo: *A obrigação de não colocação no mercado de produtos que não sejam seguros configura um dos pilares essenciais da proteção do consumidor. Nas páginas que se seguem, analisaremos os contornos da disciplina que regem esta obrigação, para, em seguida, analisarmos os problemas que a introdução da inteligência artificial e a digitalização do mundo colocam a este nível. Ponderadas as diversas soluções que se vão desenhando no horizonte europeu, teremos ainda oportunidade de tecer algumas considerações acerca do impacto que a obrigação geral de segurança poderá ter ao nível da dogmática da responsabilidade civil.*

Sumário: *1. Introdução; 2. O quadro legislativo em matéria de segurança dos produtos; 2.1. Considerações genéricas; 2.2. Obrigação geral de segurança e obrigações acessórias: a) a obrigação geral de segurança; b) obrigação de informação; c) Obrigação de acompanhamento do produto; 3. Segurança dos produtos e inteligência artificial; 4. Breve reflexão conclusiva: obrigação geral de segurança e responsabilidade civil.*

[1] O artigo que agora se publica baseia-se, numa primeira parte, num anterior estudo que elaborámos em matéria de obrigação geral de segurança – cf. Mafalda Miranda Barbosa, "Obrigação geral de segurança e responsabilidade civil", *Estudos de Direito do Consumidor*, 14, 2018, 273 s. Mas vai mais longe. Na verdade, numa segunda parte, procuraremos questionar em que medida os avanços potenciados pela inteligência artificial, a determinar alterações significativas no que respeita aos produtos, deve ou não impulsionar alterações no tocante à segurança desses mesmos produtos.

[2] Univ Coimbra, Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra/ University of Coimbra Institute for Legal Research, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Orcid: 0000-0003-0578-4249.

1. Introdução

A obrigação geral de segurança surge diretamente relacionada com a proteção dos consumidores. Como o próprio nome indica, diz respeito à segurança dos produtos, estabelecendo-se um padrão mínimo a que todos os produtos devem obedecer, impondo-se o dever de *não colocar no mercado produtos não seguros*. A obrigação diz-se, assim, *geral* quer porque *vincula todos os produtores*; quer porque se apresenta como não setorial. E surge como o resultado da proclamação de um direito à saúde e à segurança do consumidor, quer no plano constitucional, quer no plano comunitário. Na verdade, estando em causa bens jurídicos fundamentais, integrantes da personalidade de cada um, como a saúde e a segurança, e tendo-se em conta que as lesões que os possam afetar não são, as mais das vezes, suscetíveis de reparação natural, o legislador comunitário – e, por impulso deste, o legislador nacional – sentiu necessidade de regular a matéria. Dá-se, portanto, uma mudança de perspetiva: a tutela do consumidor deixa de ser unicamente repressiva e delineada *a posteriori* para passar a ser preventiva e desenhada *a priori*. O artigo 5.º da lei n.º 24/96, de 31 de julho, espelha isso mesmo, ao consagrar um direito dos consumidores à proteção da saúde e da segurança física e ao estabelece que "é proibido o fornecimento de bens ou a prestação de serviços que, em condições de uso normal ou previsível, incluindo a duração, impliquem riscos incompatíveis com a sua utilização, não aceitáveis de acordo com um nível elevado de proteção da saúde e da segurança física das pessoas".

2. O quadro legislativo em matéria de segurança dos produtos

2.1. Considerações genéricas

A Diretiva 92/56/CEE, de 29 de junho de 1992, apresentava um âmbito de aplicação genérico e, simultaneamente, subsidiário. Na verdade, aplicava-se, tendencialmente, a todos os produtos colocados no mercado, sempre que, no âmbito da regulamentação comunitária, não existissem disposições específicas que disciplinassem, sectorialmente, a segurança dos referidos produtos. A diretiva, contudo, aplicar-se-ia quando, havendo legislação comunitária sectorial, esta não se mostrasse exaustiva, isto é, quando deixasse sem regulamentação determinados aspetos específicos. Isto é, havendo regulamentação sectorial, seria ela a que se aplicaria em tudo o que estivesse especificamente previsto; em tudo o que não tivesse sido objeto da previsão do legislador, mobilizar-se-ia, subsidiariamente, a diretiva.

O produto vinha, então, definido, nos termos do artigo 2.º/a), como "qualquer produto destinado aos consumidores ou suscetível de ser utilizado pelos consumidores, fornecido a título oneroso ou gratuito no âmbito de uma atividade comercial, que seja novo, usado ou recuperado", excluindo-se deste âmbito os "produtos usados, fornecidos como antiguidades ou como produtos que necessitassem de ser reparados ou recuperados antes de serem utilizados, desde que o fornecedor disso informasse claramente a pessoa à qual fornecesse o produto".

Na transposição que foi feita do diploma comunitário, manteve-se o quadro geral supletivo de segurança de todos os produtos. Nos termos do DL n.º 311/95, era considerado produto qualquer bem, novo, usado ou recuperado, destinado aos consumidores ou suscetível de por eles ser utilizado, fornecido a título oneroso ou gratuito, no âmbito de uma atividade profissional (artigo 2.º/1/a)). Estavam, porém, excluídos do âmbito de aplicação do diploma os imóveis (artigo 2.º/1/a), *in fine)* e os produtos usados, fornecidos como antiguidades ou como produtos que necessitassem de reparação ou recuperação antes de serem utilizados, desde que o fornecedor informasse claramente a pessoa a quem fornecia o produto acerca daquelas características (artigo 2.º/2).

Em termos subjetivos, o diploma aplicava-se a todos os produtores, entendidos como os fabricantes de um produto que se encontrassem estabelecidos na União Europeia ou qualquer pessoa que se apresentasse como tal ao apor o seu nome, marca ou outro sinal distintivo do produto ou que procedesse à sua recuperação. Aplicava-se, ainda, ao representante do fabricante, quando este não se encontrasse estabelecido na União ou, na sua falta, ao importador do produto na União, bem como aos outros profissionais da cadeia de comercialização, na medida em que as respetivas atividades pudessem afetar as características de segurança do produto colocado no mercado. Algumas das obrigações consagradas no diploma vinculavam, igualmente, os distribuidores, ou seja, os operadores profissionais da cadeia de comercialização, cuja atividade não afetasse as características de segurança do produto.

Se compararmos os âmbitos de aplicação – objetivo e subjetivo – da 1.ª diretiva e do diploma de transposição da mesma, concluiremos que eles eram muito próximos. Contudo, não seriam perfeitamente coincidentes. Enquanto a diretiva falava de exercício de uma atividade comercial, o diploma pátrio usava a expressão atividade profissional. Ora, nem sempre uma atividade profissional (mesmo que lucrativa) pode ser qualificada

como comercial. A divergência não era, contudo, perturbadora, tanto quanto a diretiva se mostrasse, assim, menos ampla do que a lei nacional e se apresentasse como uma diretiva de harmonização mínima.

Essencial seria, pois, para delimitar o seu âmbito de aplicação subjetivo e objetivo determinar quem é consumidor. Não nos sendo fornecido pelo DL n.º 311/95, de 20 de novembro, seria na lei n.º 24/96, de 31 de julho, que colheríamos o conceito: é consumidor todo aquele a quem sejam fornecidos bens, prestados serviços ou transmitidos quaisquer direitos, destinados a uso não profissional, por pessoa que exerça com carácter profissional uma atividade económica que vise a obtenção de benefícios. Trata-se, como se pode ver, de uma noção relacional: de um lado temos um profissional que, no âmbito do exercício de uma atividade lucrativa, fornece bens, presta serviços ou transmite direitos; do outro lado temos alguém que adquire esses bens, serviços ou direitos e os afeta a um uso não profissional. Mas ele é, também, um conceito operativo, que, por isso, vai ganhando colorações diversas consoante o domínio problemático em que se seja mobilizado. Nessa medida, importava não esquecer que, sendo as obrigações impostas pelo DL n.º 311/95 genéricas, o jurista ficava libertado da tarefa de densificação dogmática do conceito de consumidor. É que ele surgia, na arquitetura do diploma, para qualificar o produto e, consequentemente, o produtor, não exigindo o estabelecimento de uma concreta relação de consumo que fosse necessário escalpelizar. O consumidor com que se lidava era, afinal, o potencial consumidor[3].

A Diretiva 2001/95/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 3 de dezembro, continua a estabelecer um quadro regulamentar geral e supletivo: assim, se existir legislação comunitária específica a fixar obrigações de segurança, é esta que deve ser aplicada; no entanto, se tal legislação específica apenas se aplicar a certos riscos, são aplicáveis aos demais as exigências da diretiva em questão. No mais, aplica-se a todos os produtos, independentemente da técnica de comercialização a que estão sujeitos. Incluem-se,

[3] Na explicitação de Cassiano dos Santos, como são abrangidos todos os produtos que, de acordo com um juízo de probabilidade assente num critério de razoabilidade, podem vir a ser utilizados por consumidores, ainda que não se lhes destinem, estamos perante uma proteção alargada, que reflexamente também beneficia os não consumidores. Nas palavras do autor, "vale por dizer que é a pessoa humana, em geral, independentemente da sua condição, que vem a ser protegida" – cf. Cassiano dos Santos, *Direito Comercial Português*, I, *Dos actos de comércio às empresas: o regime dos contratos e mecanismos comerciais no direito português*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, 206.

portanto, neste âmbito de aplicação os produtos que sejam comercializados com recurso a vendas à distância e a meios eletrónicos.

Os produtos são entendidos, nos termos do artigo 2.º/a), como aqueles que, inclusivamente se utilizados numa prestação de serviços, se destinam ao consumidor ou são suscetíveis de, em circunstâncias razoavelmente previsíveis, serem utilizados por um consumidor mesmo que não lhes sejam destinados, desde que tenham sido disponibilizados, a título oneroso ou gratuito, no âmbito de uma atividade comercial. Em causa estão, portanto, quer os produtos especificamente destinados aos consumidores, quer aqueles que, de acordo com um juízo de previsibilidade e com as circunstâncias, podem vir a ser por eles utilizados[4]. Por outro lado, tendo em conta que a obrigação se cumpre no momento da colocação no mercado do produto – isto é, antes de estabelecida uma relação de consumo no sentido estrito do termo –, o consumidor a que aqui se alude não pode ser senão aquele que poderá vir a usar o produto a título não profissional, isto é, o potencial consumidor[5].

O regime aplica-se indistintamente aos produtos que sejam novos, quer sejam usados, quer sejam recuperados, embora se excluam os produtos usados que sejam fornecidos como antiguidades ou como produtos que necessitam de ser reparados antes de serem utilizados, desde que o fornecedor disso informe claramente a pessoa a quem fornece o produto. De fora ficam os serviços (*considerandum* 1). Contudo, a diretiva deve ser aplicada aos produtos fornecidos ou postos à disposição dos consumidores no âmbito de uma prestação de serviços, excluindo-se apenas da alçada da diretiva a segurança dos equipamentos que sejam utilizados na prestação de serviços (*considerandum* 9).

Pelo contrário, o DL n.º 69/2005 inclui no seu âmbito objetivo de aplicação os serviços prestados aos consumidores, quando os respetivos requisitos não constem de legislação especial, a par da aplicação a todos os produtos colocados no mercado. No tocante a legislação especial, rege a regra geral, segundo a qual a norma especial derroga a norma geral. Nessa

[4] Cf. Cassiano dos Santos, *Direito Comercial Português*, I, 206. Na explicitação do autor, incluem-se os brindes, as ofertas, as promoções e todos os bens que, mesmo destinando-se a um uso profissional, são suscetíveis de ser utilizados por consumidores, de acordo com um juízo de probabilidade, assente num critério de razoabilidade.

[5] Tem, por isso, razão Cassiano dos Santos quando refere que esta é uma proteção alargada, que se dirige, afinal, à pessoa. Cf. nota 12. Retoma-se, no fundo, o que se disse a propósito da anterior diretiva. Veja-se, ainda, o artigo 8.º/3 Lei n.º24/96, a falar de potencial consumidor.

medida, caso ela exista, também em relação a certos produtos, o diploma de referência não se aplica. Contudo, ele funcionará como direito subsidiário nesses casos, aplicando-se aos riscos ou categorias de riscos não cobertos por essa legislação especial. Nos termos do n.º 3 do artigo 2.º, ficam excluídos do âmbito de aplicação os produtos usados, quando fornecidos como antiguidades ou como produtos que necessitem de reparação ou de recuperação antes de poderem ser utilizados, desde que o fornecedor informe claramente a pessoa a quem o fornece daquelas especificidades. De acordo com o n.º 4 do mesmo preceito, o ónus da prova do cumprimento deste dever de informação[6] – que afasta a aplicação do regime em apreço – cabe ao fornecedor.

Subjetivamente, o diploma aplica-se, à semelhança do que já acontecia no quadro do anterior regime, não só ao produtor, mas também ao distribuidor do produto. Para Cassiano dos Santos, o destinatário central da obrigação geral de segurança é o industrial ou aquele que atua sobre o produto, incluindo, no entanto, também todo aquele que, no exercício de uma atividade profissional, coloque bens ou serviços no mercado vinculado pela obrigação, o que se justifica pela intenção de proteção do consumidor relativamente a qualquer produto que circule no mercado, independentemente da sua origem[7]. No mais, como esclarece o autor, o produtor pode ser ou não um comerciante.

A noção de produtor oferecida pelo artigo 3.º/e) DL n.º 69/2005 afigura-se, assim, ser bastante ampla, incluindo o fabricante de um produto que se encontre restabelecido na União Europeia ou qualquer pessoa que se apresente como tal ao apor o seu nome, marca ou outro sinal distintivo do produto ou que proceda à sua reparação; o representante do fabricante, quando este não se encontre estabelecido na União Europeia; o importador do produto na União Europeia; e os outros profissionais da cadeia de comercialização, na medida em que as respetivas atividades possam afetar as características de segurança do produto colocado no mercado. Mas o diploma vai

[6] O dever de informação a que se alude tem de se dirigir claramente ao consumidor. Coloca-se, portanto, a questão de saber se esta pode ser uma informação anónima ou se terá de ser uma informação pré-contratual. Respondendo no primeiro sentido, cf. Cassiano dos Santos, *Direito Comercial Português*, I, 206.
Repare-se que a exclusão nos aponta para um dado muito importante da disciplina da obrigação geral de segurança, que passa pela consideração de que a segurança do produto se liga diretamente com as expectativas do próprio consumidor.

[7] Cassiano dos Santos, *Direito Comercial Português*, I, 207.

mais longe e abrange, em algumas das suas obrigações, os próprios distribuidores, ou seja, os operadores profissionais da cadeia de comercialização, cuja atividade não afete as características de segurança do produto.

O artigo 7.º/1 DL n.º 69/2005 dispõe que aquele é obrigado a atuar com diligência, nomeadamente, durante o armazenamento, transporte e exposição dos produtos, por forma a contribuir para o cumprimento das obrigações de segurança aplicáveis. Esta obrigação de atuação diligente não acrescenta, verdadeiramente, nada àquilo que já decorre dos princípios gerais em matéria privatística. Na verdade, quer no domínio contratual, quer no domínio das relações generalizadas entre sujeitos, cada um deve atuar com a diligência de um homem médio, podendo, se não o fizer, e porque assim se desvela a culpa, vir a ser responsabilizado, bastando para o efeito que os restantes pressupostos de procedência de uma pretensão indemnizatória se verifiquem. Porém, o n.º 2 do artigo 7.º concretiza esse dever de atuação diligente. Assim, o distribuidor deve abster-se de fornecer produtos quanto aos quais saiba ou deva saber, com base nas informações de que dispõe e enquanto profissional, que não satisfazem essa obrigação de segurança; participar no controlo da segurança dos produtos colocados no mercado, designadamente mediante a transmissão de informações sobre os riscos dos produtos às entidades competentes; manter durante o período de vida útil do produto a documentação necessária para rastrear a origem dos produtos e fornecê-la quando solicitado pelas entidades competentes; desencadear as ações que se revelem adequadas para a eliminação dos riscos, nomeadamente a retirada do produto do mercado e a recolha junto dos consumidores; colaborar, de forma eficaz, em quaisquer ações desenvolvidas tendentes a evitar os riscos. No fundo, o que se pretende com a imposição de tais padrões de comportamento é que o distribuidor contribua para o cumprimento das obrigações do produtor, servindo, inclusivamente, de instância de controlo do cumprimento das mesmas por parte deste.

2.2. A obrigação geral de segurança e obrigações acessórias

a) A obrigação geral de segurança

Nos termos dos artigos 4.º e 5.º do DL n.º 69/2005, o produtor fica obrigado a só colocar produtos seguros no mercado. A colocação do produto no mercado significa a saída do produto da esfera de produção e a sua

entrada no circuito de distribuição[8]. Por produtor não devemos entender apenas o fabricante que se encontre estabelecido na União Europeia, mas ainda qualquer pessoa que se apresente como tal ao apor o seu nome, marca ou outro sinal distintivo do produto ou que proceda à sua recuperação; o representante do fabricante, quando este não se encontre estabelecido na União Europeia ou, na sua falta, o importador do produto na União Europeia. A obrigação recai, ainda, sobre os outros profissionais da cadeia de comercialização, na medida em que as respetivas atividades possam afetar as características de segurança do produto colocado no mercado (artigo 3.º/e)).

O produto, por seu turno, surge definido no artigo 3.º/a) como qualquer bem, novo, usado, recuperado ou utilizado no âmbito de uma prestação de serviços, destinado aos consumidores ou suscetível de, em circunstâncias razoavelmente previsíveis, por eles ser utilizado, mesmo que lhes não seja destinado, fornecido ou disponibilizado, a título oneroso ou gratuito, no âmbito de uma atividade profissional, com exceção dos bens imóveis.

Ele será seguro, nos termos do artigo 3.º/c), quando, "em condições de utilização normais ou razoavelmente previsíveis, incluindo a duração, se aplicável a instalação ou entrada em serviço e a necessidade de conservação, não apresente quaisquer riscos ou apresente apenas riscos reduzidos compatíveis com a sua utilização e considerados conciliáveis com um elevado nível de proteção da saúde e segurança dos consumidores, tendo em conta, nomeadamente: as características do produto, designadamente a sua composição; a apresentação, a embalagem, a rotulagem e as instruções de montagem, de utilização, de conservação e de eliminação, bem como eventuais advertências ou outra indicação de informação relativa ao produto; os efeitos sobre outros produtos quando seja previsível a sua utilização conjunta; as categorias de consumidores que se encontrarem em condições de maior risco ao utilizar o produto, especialmente crianças e os idosos".

Deve ter-se em conta a utilização normal ou previsível (razoável, segundo um padrão de normalidade), não tendo de ser considerados os usos anormais ou aberrantes[9]. Consoante explicita Cassiano dos Santos, "os

[8] Cassiano dos Santos, *Direito Comercial Português*, I, 207.

[9] Cassiano dos Santos, *Direito Comercial Português,* 208. Para o autor, "têm de ser tidos em conta todos os usos compatíveis com as características e natureza do produto, incluindo os usos laterais ou errados, mas possíveis – aqui deverá ter-se em conta também o tipo de consumidor a que o bem é normalmente destinado; excluem-se apenas as utilizações aberrantes".

riscos que estejam associados ao produto mas resultem de circunstâncias de utilização anómala não relevam – continuando o produto a ser reputado seguro"[10].

Repare-se, ademais, que a segurança do produto não pode ser considerada absoluta. A segurança do produto não é determinada, exclusivamente, pelas suas características intrínsecas, mas fica dependente da sua apresentação, embalagem, rotulagem, instruções, dos efeitos sobre outros produtos e das categorias de consumidores a que se destina[11]. Não se procura obter a proscrição de todo e qualquer risco. Continuando a acompanhar Cassiano dos Santos, vemos que "são tolerados riscos e até riscos tecnicamente evitáveis – basta que se formule um juízo de compatibilidade desses riscos com utilização e que eles sejam conciliáveis com um nível elevado de proteção. Assim, a conclusão segundo a qual seria possível, à luz da técnica, o produto apresentar um nível superior de segurança ou riscos mais pequenos não chega para concluir pela falta de segurança, nos termos do artigo 4.º"[12]. Mas isto não significa que o estado dos conhecimentos e da técnica não seja relevante para aferir da segurança do produto e que, no acompanhamento subsequente que dele seja feito, ulteriores e superiores patamares de segurança não possam ser relevantes.

Nos termos do artigo 4.º/2, "considera-se conforme com a obrigação geral de segurança o produto que estiver em conformidade com as normas legais ou regulamentares que fixem os requisitos em matéria de proteção de saúde e segurança a que o mesmo deve obedecer para poder ser comercializado". Na falta de tais normas legais ou regulamentares, a segurança do produto é aferida considerando "as normas portuguesas que transpõem normas europeias cujas referências tenham sido publicadas no Jornal Oficial das Comunidades Europeias, bem como as normas nacionais que transpõem normas comunitárias pertinentes; as normas em vigor no Estado membro em que o produto é fornecido ou disponibilizado; as recomendações da Comissão Europeia que contêm orientações em matéria de avaliação de segurança dos produtos; os códigos de boa conduta em matéria de

[10] Cassiano dos Santos, *Direito Comercial Português*, I, 208.

[11] Um produto pode ser seguro e não o ser, se a categoria preferencial de consumidores a que se destina forem as crianças ou os idosos. No mais, um produto pode apresentar riscos e ser considerado seguro se devidamente acompanhado de informações e instruções que permitam não só reduzir os referidos riscos, como garantir as expectativas dos consumidores quanto à sua utilização.

[12] Cassiano dos Santos, *Direito Comercial Português*, I, 209.

segurança dos produtos em vigor para o sector em causa; o estado atual dos conhecimentos e da técnica; o nível de segurança razoavelmente esperado pelos consumidores". Ou seja, na falta de uma norma legal ou regulamentar que fixe os requisitos a que deve obedecer o produto em matéria de proteção da saúde ou da segurança, deve avaliar-se em concreto a segurança do produto, atendendo aos critérios do n.º 3 do artigo 4.º. Abdicamos desses critérios, caso exista tal norma. A conformidade com ela faz-nos presumir a segurança do produto. Contudo, esta presunção de segurança contida no artigo 4.º/2 DL n.º 69/2005 não é absoluta, conforme resulta do artigo 4.º/4. Desencadeada a presunção, não se aplicam as consequências jurídicas da violação da obrigação geral de segurança (responsabilidade contraordenacional e responsabilidade civil). Mas, se o produto se vier a mostrar efetivamente perigoso para a saúde ou a segurança dos consumidores, podem ser adotadas as medidas que se mostrem necessárias para restringir a sua comercialização[13].

A disciplina da obrigação geral de segurança propriamente dita não anda, assim, longe do anterior quadro normativo, embora se denotem algumas diferenças. Nos termos do artigo 3.º/1 DL n.º 311/95, o produtor não podia, já no passado, colocar no mercado um produto que não fosse seguro. Segundo a doutrina[14], esta obrigação estendia-se também aos serviços, por

[13] Nas palavras de Cassiano dos Santos, a presunção é absoluta, mas não para todos os efeitos. Nas palavras do autor, "a estatuição tem lógica; se o produtor respeita as normas ou recomendações vigentes na matéria emanadas de órgãos próprios, os códigos de boa conduta, os conhecimentos científicos e técnicos disponíveis ou, no limite, o nível de segurança razoavelmente esperado pelos consumidores, é razoável que se parta do princípio de que há conformidade com a obrigação e que não se sancione o produtor. No entanto, pode acontecer que a realidade venha a demonstrar a inadequação dos padrões; em tal caso, o produto será perigoso, e podem ser tomadas medidas em conformidade, pois o valor superior que se prossegue é a proteção dos consumidores" – cf. Cassiano dos Santos, *Direito Comercial Português*, I, 211.
Isto mostra, como salientado em texto, que os ulteriores desenvolvimentos técnicos podem ser relevantes para efeitos de cumprimento da obrigação geral de segurança. No mais, se não forem, caso o produto se venha – apesar de conforme com os requisitos técnicos impostos por uma norma legal – a mostrar perigoso, adotadas medidas para fazer face a esse perigo, já no âmbito do que consideraremos ser a obrigação de acompanhamento do produto, então o produtor pode vir a ser responsabilizado.

[14] Pinto Monteiro/Cassiano dos Santos/Pedro Maia, *Relatório sobre a implementação da directiva comunitária sobre a segurança geral dos produtos em Portugal e a sua transposição para o ordenamento jurídico interno*, http://europa.eu.int/comm/dgs/health_consumer/library/surveys/13_14_en.pdf. Cf., também, Cassiano dos Santos, *Direito Comercial Português*, I, 207.

ser essa a solução que, em face do silêncio da lei relativamente à questão, melhor se coadunava com o disposto no artigo 5.º/1 Lei n.º 24/96. O produto seguro era, nos termos do artigo 2.º/1 b) DL n.º 311/95, aquele que, em condições de uso normal ou razoavelmente previsível, incluindo a duração, não apresentasse quaisquer riscos ou apresentasse riscos reduzidos, compatíveis com a sua utilização e considerados aceitáveis de acordo com um nível elevado de proteção da saúde e segurança das pessoas, tendo em conta, nomeadamente, as características do produto, designadamente a sua composição; os efeitos sobre outros produtos quando seja razoável presumir que serão utilizados conjuntamente; a apresentação, embalagem, rotulagem, eventuais instruções de utilização, montagem, conservação e eliminação, bem como qualquer outra indicação ou informação do produtor; as categorias dos consumidores que se encontrem em condições de maior risco ao utilizar o produto, especialmente as crianças. Se é certo que o anterior quadro normativo também ordenava, para efeitos de determinação da segurança do produto, que se atendesse às características dos consumidores a que o bem se destinava, não especificava, ao contrário do atual DL n.º 65/2007, os idosos. O artigo 5.º DL n.º 311/95 consagrava, igualmente, uma presunção de segurança. Era considerado seguro o produto cujas características correspondessem às fixadas na lei ou em regulamentos que estabelecessem os requisitos em matéria de proteção da saúde e da segurança a que o mesmo deve obedecer para ser comercializado. À semelhança do que determina o atual artigo 4.º/4 DL n.º 69/2005, esta não era uma presunção absoluta, podendo ser ilidida em concreto. Ditava o n.º 2 do citado artigo 5.º que, apesar da conformidade do produto com as mencionadas regras, as autoridades competentes podem adotar as medidas que considerem necessárias para restringir a comercialização de um produto ou para ordenar a sua retirada do mercado, se ele se revelar perigoso para a saúde e a segurança dos consumidores.

A violação da obrigação geral de segurança, isto é, a colocação no mercado de um produto que os produtores ou distribuidores saibam ou devam saber que não cumpre os requisitos de segurança, determina a responsabilidade contraordenacional dos obrigados, nos termos do artigo 26.º/1/e) DL n.º 69/2005. E pode, ainda, ter repercussões ao nível da responsabilidade civil.

b) Obrigação de informação

O produtor está vinculado por duas obrigações de informação.

A primeira dirige-se aos consumidores, nos termos do artigo 6.º/1/a) DL n.º 69/2005. Aquele deve, na verdade, fornecer a todos os consumidores as informações relevantes que lhes permitam avaliar os riscos inerentes a um produto durante a sua vida útil normal ou razoavelmente previsível e precaver-se contra esses mesmos riscos, sempre que eles não sejam imediatamente percetíveis sem essas informações.

Trata-se de uma informação anónima dirigida a todo o potencial consumidor[15]. Por aqui se percebe, desde já, aquilo que anteriormente referimos. Na verdade, se a obrigação do produtor se dirige a todo o potencial consumidor, não temos de indagar numa relação concreta se um determinado sujeito é efetivamente um consumidor. Esta é uma obrigação que se localiza antes de qualquer contacto especial entre um produtor e um consumidor: não é uma informação pré-contratual; muito menos é uma informação contratual.

A diferença resulta claramente do disposto no artigo 8.º/3 Lei n.º 24/96, quando confrontado com o n.º 1 do mesmo preceito. Na verdade, diz-nos o n.º 3 do artigo 8.º que "os riscos para a saúde e segurança dos consumidores que possam resultar da normal utilização de bens ou serviços perigosos devem ser comunicados, de modo claro, completo e adequado, pelo fornecedor ou prestador de serviços ao potencial consumidor". Por seu turno, o n.º 1 do mesmo artigo dispõe que "o fornecedor de bens ou prestador de serviços deve, tanto na fase de negociações como na fase de celebração de um contrato, informar o consumidor de forma clara, objetiva e adequada, a não ser que essa informação resulte de forma clara e evidente do contexto". Fala-se não de um potencial consumidor, mas do consumidor, o que – sem embargo da fraqueza do argumento literal – não pode deixar de ser entendido em termos eloquentes, sobretudo se com a divergência terminológica concorre a própria intencionalidade subjacente à regulamentação da obrigação geral de segurança, a obrigar o jurista a olhar a montante. Quando, na norma do artigo 6.º/1/a) DL n.º 69/2005, somos confrontados com o

[15] Repare-se, contudo, que, segundo a doutrina, há determinadas informações que devem ser prestadas pelo produtor que não se confinam a meras informações anónimas. Assim, nos termos do artigo 2.º DL n.º 69/2005, estão excluídos do âmbito da obrigação geral de segurança os produtos usados, quando fornecidos como antiguidades ou como produtos que necessitem de reparação ou de recuperação antes de serem utilizados, desde que o fornecedor informe claramente a pessoa a quem informe o produto acerca daquelas características. De acordo com Cassiano dos Santos, "não basta uma informação anónima. Ela deve ser especialmente dirigida ao adquirente: artigo 2.º/3) – cf. Cassiano dos Santos, *Direito Comercial Português*, I, 206.

termo consumidor e não potencial consumidor, isso vem-nos mostrar que não temos, como sublinhado anteriormente, que nos ater à fórmula técnico-jurídica de consumidor a que se refere a Lei n.º 24/96. No fundo, haverá um consumidor mesmo que não haja uma relação de consumo firmada. Lidamos com o potencial consumidor.

Quanto ao seu conteúdo, a informação deve ser completa, clara, objetiva e adequada, não podendo conter ambiguidades, consoante decorre do artigo 8.º, n.º 1, n.º 3 e n.º 4 (*a contrario*) da lei n.º 24/96. Ademais, a informação deve permitir ao consumidor avaliar os riscos inerentes ao produto e precaver-se contra estes. Para além desta obrigação de informação anónima, impende sobre o produtor uma obrigação de informação pré-contratual e uma obrigação de informação contratual, nos termos do artigo 8.º/1 lei n.º 24/96.

Em caso de violação da obrigação de informação, o produtor (bem como os demais sujeitos obrigados) seria condenado ao pagamento de uma coima, nos termos do artigo 26.º/1/a) DL n.º 69/2005. A lei n.º 24/96 prevê, ainda, que o consumidor tenha o direito de resolver o contrato (direito de retratação) no prazo de sete dias a contar da data da receção do bem[16]. Pode, ainda, gerar-se responsabilidade civil[17].

Mas, o produtor está também obrigado a informar as autoridades das medidas que resolva adotar sempre que constate que colocou no mercado produtos não seguros. Trata-se, portanto, de dois deveres absolutamente diferentes entre si. Se o primeiro tem como destinatários os consumidores, funcionando como um dever de informação anónima (situada antes de qualquer informação pré-contratual e contratual); o segundo tem como destinatários as autoridades do Estado e cumpre-se num momento posterior à entrada em circulação do produto. Liga-se, então, a uma ideia de acompanhamento do produto. Esta segunda obrigação (de natureza administrativa) de informação surge concretizada no artigo 8.º do mesmo diploma, estendendo-se, igualmente, ao distribuidor. Assim, se qualquer um dos dois tiver, em função da atividade profissional que levam a cabo, conhecimento de que um produto que colocaram no mercado apresenta riscos para o consumidor, que sejam incompatíveis com a obrigação geral de segurança, fica obrigado a comunicar de imediato tal facto à Direção Geral do Consumidor[18]. Tal comunicação deve conter as seguintes menções: iden-

[16] Sobre o ponto, cf., novamente, Cassiano dos Santos, *Direito Comercial Português*, I.

[17] A hipótese de responsabilidade civil está prevista no artigo 8.º/5 Lei n.º 24/96.

[18] Cf. Decreto Regulamentar 57/2007, de 27 de Abril (artigo 10.º: *a DGC sucede nas atribuições do Instituto do Consumidor, que se extingue*).

tificação precisa do produto ou do lote do produto; descrição completa do risco que o produto encerra; informação completa e relevante para rastrear o produto; descrição das medidas adotadas para fazer face ao risco. O dever de informação do produtor (bem como do distribuidor) não cessa pela alegação do segredo profissional. De acordo com o artigo 8.º/4, uma vez que existe um dever de colaboração com as autoridades competentes, aqueles profissionais podem ter de fornecer, no prazo máximo de 5 dias (ou menos, em situações urgentes), todas as informações pertinentes que sejam solicitadas.

c) Obrigação de acompanhamento do produto

O produtor, nos termos do artigo 6.º/1/b) DL n.º 69/2005, deve adotar todas as medidas necessárias para, em função das características do produto, se informar sobre os riscos que o produto possa apresentar e para desencadear as ações que se revelarem adequadas, incluindo a retirada do produto do mercado, o aviso aos consumidores em termos adequados e eficazes ou a recolha do produto junto destes. Entre estas medidas contam-se, nos termos do artigo 6.º/3, a indicação, no produto ou na respetiva embalagem, da identidade e do endereço físico completo do produtor e do responsável pela colocação do produto no mercado, bem como das respetivas instruções de uso, das referências do produto, incluindo o nome, o modelo e o tipo, ou do lote de produtos a que pertence e, sempre que tal se revele adequado, a realização de ensaios por amostragem dos produtos ou do lote de produtos comercializados, e a informação aos distribuidores sobre o controlo desses produtos e seus resultados.

A recolha do produto, enquanto medida adequada, fica submetida a critérios de necessidade e subsidiariedade. Assim, ela deve ter lugar, nos termos do artigo 6.º/4, sempre que as outras ações não se mostrem suficientes para fazer face aos riscos e nos casos em que o produtor considere necessário. Haverá também lugar a uma ação de recolha sempre que tal seja ordenado pelas entidades responsáveis pelo controlo do mercado. Ao mesmo tempo, nos termos do artigo 6.º/1/d), o produtor deve analisar e manter atualizado um registo de reclamações que possam surgir.

Já o artigo 3.º/2/b) DL n.º 311/95 previa que o produtor tinha a obrigação de adotar todas as medidas apropriadas, em função das características do produto, que lhe permitissem manter-se informado sobre os riscos que o produto pudesse apresentar e desencadear as ações que se mostrassem adequadas, incluindo, se necessário e para evitar tais riscos, a retirada do

produto do mercado. Entre estas medidas, contavam-se, por exemplo, a marcação do produto ou de lotes do produto que permita a sua identificação, a realização de ensaios por amostragem, a análise das queixas apresentadas, e a informação aos distribuidores sobre esse controlo.

Intimamente conexionado com a eventual obrigação de retirada do bem do mercado está o sistema de informações e alerta. Regulamentado nos artigos 16.º e s., o sistema vem dar resposta a uma imposição comunitária, nos termos da Diretiva 2001/95/CE. Nos termos do artigo 6.º da Diretiva, os Estados-membros devem garantir que os produtores e os distribuidores cumpram a obrigação geral de segurança e as obrigações que lhe andam associadas. Para tanto, deverão ser criadas ou designadas as autoridades competentes para a verificação da conformidade dos produtos com a obrigação geral de segurança. As autoridades criadas ou designadas para o efeito deverão estar munidas de poderes suficientes que lhes permitam levar a cabo as medidas especificadas no artigo 8.º da Diretiva. Além disso, a Diretiva criou, nos artigos 11.º e s., aquilo que ficou conhecido por sistema RAPEX (*rapid alert system for non-food dangerous products*) e hoje vem identificado pelo *Safety Gate*. Com este sistema, visa-se garantir que os produtos perigosos sejam rapidamente retirados de circulação, prevenindo a consumação dos riscos que eles envolvem para os consumidores.

3. Segurança dos produtos e inteligência artificial

Se o quadro legal europeu em matéria de segurança dos produtos se tem mostrado particularmente eficaz – o que não evitou a tentativa de introdução de alterações nesta matéria[19] –, os novos perigos introduzidos pela inteligência artificial e a digitalização do mundo colocam desafios a que não podemos ser alheios.

A proteção dos consumidores depende também da segurança de todos os produtos que integrem tecnologias digitais, e, se é certo que a disciplina legal atualmente vigente se aplica a este tipo de produtos, não é menos verdade que as características peculiares que apresentam podem tornar mais difícil a manutenção dos elevados padrões de segurança que se almejam.

[19] Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho relativo à Segurança Geral dos Produtos e que revoga a Diretiva 87/357/CEE e a Diretiva 2001/95/CE do Conselho (COM/2013/078 final – 2013/0049), proposta retirada pela Comissão – cf. Retirada de propostas da Comissão (2020/C 321/03), em 29-9-2020.

A Comissão Europeia, no Relatório dirigido ao Parlamento Europeu, ao Conselho e ao Comité Económico e Social Europeu, sobre as implicações em matéria de segurança e de responsabilidade decorrentes da inteligência artificial, da Internet das coisas e da robótica, que acompanha o Livro Branco sobre Inteligência Artificial[20], reconhece isso mesmo, analisando as diversas características potenciadoras de novos riscos.

Em primeiro lugar, tem-se em conta a *conectividade*. Os sistemas de inteligência artificial funcionam em rede. Este dado faz com que os produtos fiquem, por um lado, expostos a atos de pirataria[21]; por outro lado, corre-se o risco de perda de conexão, fazendo com que o produto deixe de funcionar. Ora, se o conceito de segurança do produto se afigura suficientemente lato e maleável, nem por isso se ignora a importância de, no futuro, se explicitarem algumas destas particularidades, integrando-as nas circunstâncias a ter em conta para a aferição da natureza segura do produto.

Do mesmo modo, refere a Comissão que "o quadro da União em matéria de segurança dos produtos já impõe aos produtores a obrigação de ter em conta, na avaliação dos riscos, a «utilização» dada aos produtos ao longo da vida útil dos mesmos, o que abrange o futuro «comportamento» dos produtos com inteligência artificial, passível de ser determinado por antecipação durante a avaliação dos riscos realizada pelos fabricantes antes da colocação desses produtos no mercado"[22]. Porém, a *autonomia* que também caracteriza os sistemas de inteligência artificial pode determinar que não seja possível efetuar esse juízo de prognose, justificando-se, igualmente, a este nível alterações ao quadro legislativo. O operador económico deveria, assim, ficar obrigado a não só não colocar produtos não seguros no mercado, como a, a par do cumprimento da obrigação de acompanhamento do produto no mercado, efetuar uma avaliação de segurança subsequen-

[20] COM(2020) 64 final.

[21] Cf. COM (2020) 64 final, 6, dando dois exemplos particularmente interessantes. Um primeiro caso extrai-se de uma notificação feita pela Islândia no âmbito do Sistema de Troca Rápida de Informação da UE, relativa a um relógio inteligente para crianças, que poderia ser utilizado como um meio de acesso a tais crianças, graças a um sistema de localização. Um segundo caso referente a uma notificação apresentada pela Alemanha, no que respeita a um automóvel de passageiros, na medida em que o software do rádio de um veículo apresentava falhas de segurança que permitiriam o acesso não autorizado de terceiros aos sistemas de controlo do veículo, podendo determinar a ocorrência de acidentes, se tais vulnerabilidades fossem exploradas por um terceiro.

[22] COM(2020) 64 final, 7.

temente, designadamente naquelas hipóteses em que as capacidades de autoaprendizagem da máquina determinam uma alteração significativa no seu funcionamento[23].

A esta avaliação de impacto superveniente ligar-se-ia, segundo proposta da Comissão, a necessidade de se estabelecerem "requisitos específicos em termos de supervisão humana desde a fase de conceção até ao final do ciclo de vida de produtos e sistemas dotados de inteligência artificial"[24].

Acresce que a inteligência artificial se mostra particularmente *dependente dos dados*, que, se não se mostrarem exatos, condicionam o funcionamento do sistema e os resultados a que com base nele se pode chegar. A segurança do produto fica, assim, dependente de circunstâncias exteriores que podem não ser totalmente controladas pelo produtor. Nessa medida, admite a Comissão que seja necessário introduzir na legislação europeia requisitos específicos relativos aos riscos decorrentes de dados deficientes na fase da conceção e de mecanismos destinados a assegurar a manutenção da qualidade dos dados ao longo da utilização dos produtos[25].

Um outro risco resulta da *opacidade* característica do funcionamento dos algoritmos. Os autores costumam falar, a este propósito, de uma tripla opacidade[26]: opacidade corporativa, deliberadamente gerada como forma de resguardar os segredos de negócios das empresas que desenvolvem os algoritmos; opacidade cognitiva, resultante da incapacidade que as pessoas em geral (e o titular dos dados em especial) têm de entender o funcionamento do algoritmo e de perceber a linguagem que o mesmo utiliza[27]; e opacidade técnica, inerente ao recurso ao *deep learning*, inviabilizador da explicitação do percurso decisório do *software*, mesmo por parte dos seus

[23] COM(2020) 64 final, 8.

[24] COM(2020) 64 final, 9.

[25] COM(2020) 64 final, 10.

[26] Cf. Jenna, Burrell, "How the machine thinks: understanding opacity in machine learning algorithms", 2015, http://ssrn.com/abstract=2660674, acesso em 24-6-2021; F. Pasquale, *The black box society*, Harvard University Press, 2015, 79 s.; Mariana Marques Rielli, "Críticas ao ideal de transparência como solução para a opacidade de sistemas algorítmicos", *Direito Digital e Inteligência Artificial: Diálogos entre Brasil e Europa* (coord. Mafalda Miranda Barbosa/Filipe Braga Netto/Michael César Silva/José Luiz de Moura Faleiros Júnior), Editora Foco, 2021, 440.

[27] Burrell, "How the machine thinks: understanding opacity in machine learning algorithms"; Rielli, "Críticas ao ideal de transparência como solução para a opacidade de sistemas algorítmicos", 443.

programadores[28]. É exatamente este que gera as principais preocupações em matéria de segurança dos produtos, levando a Comissão a equacionar se não se devem estabelecer requisitos adicionais em matéria de transparência dos algoritmos, de modo a evitar resultados enviesados, entre as quais a obrigação de divulgação de parâmetros de conceção e dos metadados dos conjuntos de dados[29].

Acresce que, porque a nova realidade digital faz com que muitas aplicações possam ser descarregadas em produtos, com impactos não negligenciáveis, poderá ser importante impor obrigações adicionais aos produtores de bens de modo a prevenir o carregamento do *software* com aplicações que ponham em causa a segurança dos produtos[30]. Esta ideia acompanha as novas regras em matéria de garantias de vendas de bens de consumo, quando em causa estejam produtos complexos, integrados por *software* que pode não ser produzido pelo mesmo sujeito que cria o *hardware*[31].

In fine, implicando a nova realidade digital a cooperação entre diversos agentes económicos e os utilizadores, que muitas vezes podem alterar o produto, a Comissão alerta para a eventual necessidade de cada interveniente na cadeia de valor "facultar ao elemento seguinte as informações e medidas necessárias"[32].

4. Breve reflexão conclusiva: obrigação geral de segurança e responsabilidade civil

A inteligência artificial, com os novos desafios que coloca, determinará, com toda a probabilidade, a breve trecho, a alteração do quadro legal em matéria de segurança dos produtos. Tais alterações não só se afiguram essenciais para garantir a incolumidade dos consumidores (ou potenciais consumidores), como se poderão revelar fundamentais em matéria de responsabilidade civil, permitindo reforçar o elenco de deveres a que os pro-

[28] Burrell, "How the machine thinks: understanding opacity in machine learning algorithms"; Rielli, "Críticas ao ideal de transparência como solução para a opacidade de sistemas algorítmicos", 443.

[29] COM(2020) 64 final, 10.

[30] COM(2020) 64 final, 11.

[31] Sobre o ponto, cf. Mafalda Miranda Barbosa, "Produtos complexos e proteção do consumidor – breve reflexão a propósito do caso Huawei/Google", *Revista de Direito Comercial*, 3-2019, 545 s.; Mafalda Miranda Barbosa, "O futuro da compra e venda (de coisas defeituosas)", *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 79-III/IV, 2019, 723.

[32] COM(2020) 64 final, 13.

dutores ficam vinculados, que, uma vez incumpridos, podem facilitar a desvelação dos pressupostos delituais.

Na verdade, pese embora a obrigação geral de segurança – com a sua lógica de atuação *a priori* – não se confunda com a responsabilidade civil, é certo que a primeira derrama a sua influência sobre a segunda. Como já tivemos oportunidade de sublinhar noutro estudo[33], tal influência resulta, desde logo, do facto de, ao concretizar-se, por via das obrigações que a obrigação geral de segurança envolve, uma esfera de risco que o produtor assume ao colocar o produto no mercado, facilitamos uma eventual imputação a título de responsabilidade subjetiva, quer por se tornar mais fácil a desvelação da ilicitude, na sua segunda modalidade (violação de disposições legais de proteção de interesses alheios), quer por se atenuarem algumas dificuldades em sede de estabelecimento do nexo de causalidade, compreendido como um nexo de imputação objetiva.

Por outro lado, ao estabelecer-se uma obrigação de acompanhamento do produto, poder-se-á garantir – pela identificação de lotes e da origem do produto –, no futuro e em caso de lesão, a identidade do produtor responsável, contornando-se problemas atinentes à causalidade alternativa incerta, que, se não nos tem de condenar a uma desresponsabilização dos sujeitos envolvidos, não deixa de suscitar dificuldades evidentes. Trata-se de um efeito meramente lateral – sem impacto na mobilização dogmática dos pressupostos delituais – da obrigação geral de segurança, o que, não obstante, não impede que seja sublinhado, ao mesmo tempo que este dado não altera, dogmaticamente, a impostação dos problemas em sede de responsabilidade: não é uma solução prático-normativa justa que se obtém por esta via, mas uma constatação da mais-valia que a obrigação de acompanhamento do produto pode ter, quando cumprida, para além da salvaguarda imediata dos bens jurídicos que intenta proteger.

In fine, o cumprimento da obrigação geral de segurança parece funcionar no sentido de salvaguardar a própria posição do produtor. De facto, ao colocar no mercado um produto em conformidade com as regras de segurança impostas, excluir-se-á a responsabilidade do ponto de vista subjetivo. Colocar-se-á, porém, a questão de saber em que medida pode ser imposta uma obrigação de indemnizar com base na responsabilidade objetiva[34].

[33] Mafalda Miranda Barbosa, "Obrigação geral de segurança e responsabilidade civil", 289 s.

[34] Sobre o ponto, Mafalda Miranda Barbosa, "Obrigação geral de segurança e responsabilidade civil", 301 s. Teceremos, porém, agora, outras considerações.

Não raro ecoam vozes no sentido do estabelecimento de uma conexão estreita entre o regime da responsabilidade do produtor e o regime da obrigação geral de segurança. No Acórdão da Relação de Lisboa de 1 de março de 2007, o coletivo de juízes frisa-o, ao considerar que o regime da responsabilidade do produtor é um regime complementado pelo relativo à segurança geral dos produtos, tendo em conta que, nos termos do artigo 4.º/1 do DL n.º 383/89, o produto é defeituoso quando não oferece a segurança com que legitimamente se pode contar, tendo em atenção todas as circunstâncias, designadamente a sua apresentação, a utilização que dele razoavelmente possa ser feita e o momento da sua entrada em circulação, e que, de acordo com o artigo 2.º/1/b) do DL n.º 311/95, que consagrava originariamente a disciplina relativa à segurança dos produtos, o produto seguro é qualquer produto que, em condições de uso normal ou razoavelmente previsível, incluindo a duração, não apresente quaisquer riscos ou apresente riscos reduzidos, compatíveis com a sua utilização e considerados aceitáveis de acordo com um nível elevado de proteção da saúde e da segurança das pessoas. Conclui-se, então, que "em ambas as definições, a essência da noção de defeito reside na falta de segurança legitimamente esperada do produto e não propriamente na falta de conformidade ou qualidade do produto para a realização do fim a que se destina".

Na verdade, se há diferenças entre os dois regimes que urge assinalar – o âmbito de aplicação subjetivo da obrigação geral de segurança é mais amplo, fazendo recair algumas obrigações sobre o simples distribuidor e estendendo-se à segurança dos serviços; no quadro da responsabilidade objetiva, fica limitada a responsabilidade quer aos danos resultantes de morte ou lesão pessoal e aos danos em coisa diversa do produto defeituoso, desde que seja normalmente destinada ao uso ou consumo privado e o lesado lhe tenha dado principalmente esse destino, o que parece contrariar aquele que é o necessário resultado imputacional quando tornamos operante o instituto aquiliano por via da violação da obrigação geral de segurança, quer pelo facto de só se indemnizarem os danos que excedam os 500 euros; ao nível da responsabilidade do produtor, este não responde pelo risco do desenvolvimento, mas, no tocante à obrigação geral de segurança pode ser necessário, posteriormente à entrada do produto em circulação, mesmo quando se presuma a conformidade dele com um nível exigido de segurança, a adoção de determinadas medidas que venham garantir a segurança e a saúde dos consumidores –, é inequívoca a existência de um espaço de sobreposição entre os dois regimes. Assim, haveremos de considerar,

nos termos do artigo 5.º/d) DL n.º 383/89, que, ao mostrar-se o produto em consonância com normas imperativas estabelecidas pelas autoridades públicas, se exclui a responsabilidade do produtor, ainda que a responsabilidade possa resultar da violação de deveres de acompanhamento do produto em momento subsequente ou do facto de a apresentação, embalagem, rotulagem, instruções, dos efeitos sobre outros produtos e das categorias de consumidores a que se destina não serem conciliáveis com um elevado grau de proteção.

À mesma conclusão de irresponsabilidade não podemos chegar se, num domínio específico, setorial, a introdução de um produto no mercado ficar dependente de uma prévia autorização administrativa. Viney e Jourdain testemunham que, sempre que uma atividade esteja sujeita a uma prévia autorização administrativa (v.g. fabrico, importação e veda de produtos farmacêuticos, organização de determinados espetáculos e certas competições desportivas, condução automóvel), os tribunais têm manifestado a vontade de limitar o efeito justificador das permissões, não afastando a responsabilidade do sujeito que atua negligentemente, ao mesmo tempo que chamam a atenção para o caráter incompleto das verificações administrativas[35]. E fazem-no com razão: a incompletude a que se alude associada ao facto de o controlo ser meramente administrativo e muitas vezes baseado em dados fornecidos pelo próprio produtor não garantem que não exista um defeito alicerçador da responsabilidade objetiva ou que não ocorra, ocultamente, a violação de um dever apta a fazer recair sobre o sujeito um juízo de censura ético-jurídico fundamentador da responsabilidade subjetiva. Já não será assim no caso do cumprimento da obrigação geral de segurança: estando em causa o cumprimento de padrões estabelecidos normativamente, parece, de facto, afastar-se a responsabilidade, exceto se a falta de segurança decorrer da preterição de deveres que ultrapassam as especificações técnicas impostas.

[35] Viney/Patrice Jourdain, *Traité de Droit Civil, sous la direction de Jacques Ghestin: Les conditions de la responsabilité*, 3ª edição, LGDJ, Paris, 2006, 562 s.

ALGUMAS REFLEXÕES SOBRE A RESPONSABILIDADE DO PRODUTOR

Paula Costa e Silva
Nuno Trigo dos Reis

Resumo: *Nas modernas economias caracterizadas pela divisão do trabalho, pela estandardização e pelo anonimato, a responsabilidade civil pelos danos resultantes da colocação de produtos defeituosos continua a chamar a si um importante papel na protecção dos interesses dos consumidores. Trinta e sete anos depois da aprovação da Directiva relativa à responsabilidade decorrente de produtos defeituosos, e no alvor de uma nova revolução industrial, marcada pela digitalização dos produtos e dos processos produtivos, propomo-nos revisitar alguns dos problemas suscitados a propósito deste instituto, a partir da perspectiva dualista que resulta da sua integração parcial no subsistema da responsabilidade aquiliana e da autonomização de um direito especial independente de culpa, cuja localização dogmática tem, agora e desde o início, suscitado controvérsia na doutrina.*

Palavras-chave: *responsabilidade civil; produtor; defeito; dever de segurança; responsabilidade objectiva*

Sumário: *§1. As duas pistas da responsabilidade do produtor: o direito delitual e a responsabilidade pelos danos do produto defeituoso. A autonomia estrutural e as conexões de sentido entre os dois institutos. O concurso; §2. O conceito de produto; §3. Defeitos e tipos de defeito, deveres e tipos de dever; 3.1 Os tipos objectivos: o dever de segurança na actividade produtiva e o produto defeituoso. Pressupostos constitutivos do dever de segurança e o conceito de defeito; 3.2 O defeito de concepção; 3.3 O defeito de fabrico; 3.4 O defeito de informação e de instrução; 3.5 O dever de exame do produto como modalidade específica do*

dever de segurança aquiliano. A problemática em torno do «dever de recolha» do produto defeituoso; §4. Os sujeitos responsáveis; §5. Os danos indemnizáveis; §6. A causalidade e a imputação. A pluralidade de sujeitos responsáveis. A culpa do lesado; §7. As causas de exclusão da responsabilidade especial do produtor; §8. Balanço e perspectivas de reforma.

§1. As «duas pistas» da responsabilidade do produtor: o direito delitual e a responsabilidade pelos danos do produto defeituoso. A autonomia estrutural e as conexões de sentido entre os dois institutos. O concurso

I. A localização da responsabilidade do produtor no sistema de responsabilidade suscita vários problemas que ainda se mantêm em aberto na ciência do direito privado. Na origem dessas dificuldades está o limite da tutela contratual. O comprador de um produto defeituoso que venha a sofrer um dano em consequência do defeito encontra-se tipicamente num dilema[1]. A reparação do dano causado pelo defeito não pode ser exigida ao vendedor excepto quando o dano lhe for subjectivamente imputável, o que pressuporá o conhecimento ou o dever de conhecimento por este último do defeito. Apesar de o regime obrigacional se mostrar particularmente favorável ao comprador lesado, a não verificação daquele pressuposto permitirá ao vendedor ilidir a presunção legal de culpa e afastar a sua responsabilidade. Em contrapartida, não existindo um contrato nem uma relação de especial proximidade entre o comprador e o produtor, este apenas poderia ser responsável pelos danos causados pelo produto defeituoso nos termos da responsabilidade aquiliana.

À luz do regime acabado de descrever sumariamente, a constituição do dever de indemnizar depende da existência de um defeito, da culpa do produtor na colocação no mercado de um produto defeituoso, bem como do nexo causal entre o defeito e o dano. Aqui se agudiza o dilema: a prova destes elementos está normalmente fora do alcance do lesado[2].

[1] V., com desenvolvimento, J. Calvão da Silva, *Responsabilidade civil do produtor*, Almedina, Coimbra, 1990, pp. 181 e ss., pp. 277 e ss.. C. Ferreira de Almeida, *Os direitos dos consumidores*, Almedina, Coimbra, 1982, pp. 131 e ss..

[2] Por exemplo, J. Calvão da Silva, *Responsabilidade...*, *cit*., pp. 384-5 ([...] a árdua posição do consumidor no plano probatório decorre do risco despersonalizado surgido na e da "complicação e autonomização do processo produtivo", assim como da complexidade técnica e sofisticação dos próprios produtos [....] o acidente do consumo torna-se "anónimo" e "inevitável", pelo que, se o dano é fácil de estabelecer, a prova da culpa apresenta extrema dificuldade.

Se nenhuma outra solução for pensada, estará tipicamente prejudicada a efectiva reparação[3].

II. A superação do dilema – a contraparte contratual não é responsável pelo defeito e o responsável por este não figura no contrato como parte[4] – fez-se, no direito comparado, pela tomada de posição ante duas alternativas: o alargamento da responsabilidade obrigacional ao produtor e a fundamentação da responsabilidade no quadro extracontratual, acompanhada de um aligeiramento dos pressupostos da imputação do dano.

Na ordem jurídica portuguesa, a possibilidade de fundamentar a responsabilidade do produtor no plano do contrato é, como se sabe, relativamente remota. Uma responsabilidade do produtor de tipo obrigacional pode emergir nas situações em que o vendedor figure também como um «produtor» (na acepção ampla que deve ser reconhecida à noção), já que o dever de respeito pela integridade de outras situações jurídicas do credor, além do direito à prestação, permanece no horizonte da execução contratual e até surge nessa circunstância intensificado (embora seja consabidamente muito controverso o enquadramento normativo que deva ser reservado a tais situações, normalmente reconduzidas à categoria dos chamados danos indirectos ou consequenciais ao defeito, «*Mangelfolgeschäden*»)[5]. Não tendo o produtor a qualidade de parte no contrato, a convocação do regime obrigacional dependerá de o comprador poder ser considerado beneficiário de uma atribuição directa (contrato a favor de terceiro) ou incluído no escopo protector desse contrato (contrato com eficácia de protecção para terceiros)[6]. A «acção directa» do comprador contra o produtor

Uma *prova diabólica*, tanto mais que o lesado é completamente alheio ao processo produtivo, cujos meandros organizativos de planificação e controlo ignora totalmente, e "distante" da complexidade técnica do produto adquirido, por falta de *know-how* e instrumentos adequados ao cabal conhecimento do mesmo e detecção dos seus eventuais vícios».

[3] A. Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil*, VIII, Almedina, Coimbra, 2016 (Reimp. 2010), p. 686; L. Menezes Leitão, *Direito das Obrigações*[15], I, Almedina, Coimbra, 2019, p. 394; K. Larenz, *Lehrbuch des Schuldrechts*[13], II/1, C. H. Beck, München, 1986, pp. 80 e ss.; D. Medicus/S. Lorenz, *Schuldrecht – BT*[18], C. H, Beck, München, 2018, §16, Rdr. 10; D. *Looschelders, Schuldrecht – BT*[16], F. Vahlen, München, 2021, p. 539.

[4] G. Wagner, *Deliktsrecht*[14], F. Vahen, München, 2021, pp. 246-7.

[5] Entre muitos, M. Carneiro da Frada, *Contrato e deveres de protecção*, Coimbra Ed., Coimbra, 1994, pp. 55 e ss..

[6] J. Calvão da Silva, *Responsabilidade...*, *cit*., pp. 302 e ss., 346 e ss..: os pressupostos do contrato com eficácia de protecção para terceiros tenderão a verificar-se apenas em situações

estará, pois, à partida excluída no nosso Direito, com a ressalva importante do «direito à conformidade» na compra e venda de bens, conteúdos e serviços digitais (art. 40.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 84/2021, de 18 de Outubro). Ainda que se trate de uma pretensão que não se cinge a «remédios» de tipo primário[7] e que está dotada de grande relevo prático e interesse dogmático, ela não compreende no seu escopo as hipóteses que tipicamente se têm em vista na responsabilidade do produtor. Quando se fala em responsabilidade do produtor pensa-se, por regra, naquelas hipóteses em que o dano se traduz na não satisfação de outros interesses além do interesse no cumprimento, designadamente, no «interesse na integridade» de outros bens ou direitos do comprador[8].

III. A intenção regulativa assumida no nosso sistema foi a de inscrever no quadro extracontratual a responsabilidade pelos danos resultantes da introdução no tráfego de produtos defeituoso. E, nesse plano, por determinação do Direito Europeu, também a de instituir um regime que não dificultasse de forma excessiva o exercício do direito à reparação, nomeadamente, fazendo-o depender da demonstração de um comportamento culposo do produtor ou da omissão de um dever de instrução ou de vigilância no seu fabrico[9].

em que exista apenas um contrato, no qual figurem como partes o produtor-vendedor e o consumidor-adquirente (e mesmo então apenas quando o «estreito contacto social» com terceiros próximos dos perigos inerentes à execução da prestação for cognoscível para o primeiro), mas não, como é a regra, existir uma cadeia distributiva constituída por dois ou mais contratos intermédios entre produtor e consumidor (desde logo, dada a inexistência de um alinhamento de interesses entre grossista ou distribuidor e comprador final).

[7] O não cumprimento da obrigação (legal) de reparação ou de substituição da coisa – a qual depende de não se manifestar impossível ou desproporcionado tal remédio, tendo em conta o valor que o bem, conteúdo ou serviço digital teria se não existisse falta de conformidade, a importância desta e a possibilidade de a solução alternativa ser concretizada sem grave inconveniente para o consumidor – dará lugar à obrigação de indemnizar os danos daí resultantes, a qual segue as normas gerais aplicáveis à responsabilidade obrigacional (arts. 798.º e ss.)

[8] J. Calvão da Silva, *Responsabilidade...*, *cit.*, pp. 334-5.

[9] Sobre os antecedentes da Directiva n.º 85/374, do Conselho, de 25 de Julho, relativa à aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros em matéria de responsabilidade por produtos defeituosos (Directiva da Responsabilidade Civil do Produtor), J. Calvão da Silva, *Responsabilidade...*, *cit.*, pp. 154 e ss.. A. Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil*, VIII, pp. 688 e ss.; L. Menezes Leitão, *Direito das Obrigações*[15], I, *cit.*, p 396.

A opção consignada na Directiva foi a de consagrar uma situação de responsabilidade objectivamente cunhada pela noção de *produto defeituoso*. Na proposição segundo a qual «o produtor é responsável, independentemente de culpa, pelos danos causados por defeitos dos produtos que põe em circulação» (art. 1.º RCP), encontra-se um tipo de responsabilidade alargado, recortado a partir da descrição de uma conduta proibida, a colocação no tráfego de um produto defeituoso.

Não se trata, porém, de um puro «delito de actividade», uma vez que o tipo de responsabilidade só se encontra preenchido quando o produto colocado em circulação tiver provocado a violação de um direito de outrem[10]. Esta uma ilação que se poderia já retirar da inserção da responsabilidade do produtor no sistema central da responsabilidade delitual (art. 483.º, n.º 1) e que se vê confirmada pela norma que limita a responsabilidade aos danos resultantes da lesão do direito à vida, à saúde, à integridade física ou a coisa diversa do produto defeituoso (art. 8.º RCP)[11].

IV. A questão acerca da estrutura da responsabilidade do produtor torna-se mais discutível quando se trata de saber se ela envolve um ilícito, ainda que não culposo, ou se, ao invés, ela assume uma configuração puramente objectiva, fundada sobre uma ideia de risco de actividade[12]. Como bem se compreende, trata-se de dois modelos de responsabilidade inconfundíveis entre si, nos seus elementos e no seu escopo. No sistema de responsabilidade, que supomos não conhecer propriamente um corte estrito, mas antes espaços de continuidade entre a culpa e outros princípios de imputação que dela prescindem, o lugar dogmático próprio da responsabilidade do produtor vai depender do papel que, na justificação do dever de indemnizar, se atribuir a elementos como o conhecimento ou o dever de conhecimento do defeito, a relevância dos «riscos de desenvolvimento» para afastar a responsabilidade, ou a evitabilidade do fabrico do produto em termos desconformes.

[10] D. Medicus/S. Lorenz, *Schuldrecht – BT*, *cit*., § 16, Rdr. 28; D. Looschelders, *Schuldrecht – BT*[16], *cit*., p 545.

[11] Foerste/von Westphalen, *Produkthaftungshandbuch*[3], C. H. Beck, München, 2012, § 45, Rdr. 10; MünchKomm/*Wagner*[8], ProdHaftG, § 1, Rdr. 2; Staudinger/*Oechsler* (2018), § 1, Rdr. 5.

[12] G. Wagner, *Deliktsrecht*[14], *cit*., pp. 241 e ss..

V. O primeiro modelo não prescinde da violação de um dever, ainda que reportado apenas ao seu resultado ou, pelo menos, de uma desconformidade do comportamento consubstanciada no defeito do produto. O fundamento da responsabilidade encontra-se ainda na insuficiência de um comportamento para corresponder às exigências da ordem jurídica e na lesão do «interesse na integridade» dos bens jurídicos absolutamente protegidos[13].

Já o segundo se basta com a existência de um defeito e um nexo causal entre esse defeito e um dano reparável. Trata-se, aqui, de uma «pura» responsabilidade objectiva, à luz da qual o dever de indemnizar se funda no perigo abstracto de colocar em circulação um produto defeituoso: numa linguagem sugestiva, mesmo que não tecnicamente precisa, a responsabilidade é, aqui, «do produto» («*Produkthaftung*»), não «dos produtores» («*Produzentenhaftung*»)[14]. O seu sentido deixa de ser o ressarcimento do dano como forma de tutelar o direito à preservação da integridade do direito em face da lesão provocada por um produto defeituoso para passar a ser o ressarcimento do dano como a internalização de um custo normal da actividade produtiva («*a cost of doing business*»)[15]. A responsabilidade já não se alicerça na infracção do direito ou na desconformidade objectiva com o dever, uma responsabilidade objectiva («*objective Haftung*»), para ser uma verdadeira responsabilidade fundada no risco («*Gefährdungshaftung*», «*strict liability*»)[16].

VI. A discussão sobre os méritos e os inconvenientes de cada um dos modelos enunciados pode ser travada no duplo plano da política legislativa e do Direito vigente. Em ambos se devem, porém, manter bem presentes no horizonte da ponderação os interesses em conflito: por um lado, o interesse dos adquirentes, dos utilizadores e, em geral, dos participantes no tráfego, na segurança para os seus direitos; por outro, o interesse dos pro-

[13] U. Magnus, «Product liability...», *cit*., p. 244. Entre nós, L. Menezes Leitão, *Direito das Obrigações*[15], I, *cit*., p. 397 (os danos patrimoniais puros não são ressarcíveis no âmbito do regime especial da responsabilidade do produtor).

[14] Com referências, K. Lange, «Die Haftung für fehlerhafte Produkte – Teil 1: Die Produzentenhaftung», *JURA*, 2018, pp. 643-651, Id., «Die Haftung für fehlerhafte Produkte – Teil 2: Das ProdHaftG», *JURA*, 2018, pp. 761-8. Sobre o alcance da terminologia, J. Calvão da Silva, *Responsabilidade.., cit*., pp. 570 e ss.

[15] V., por exemplo, B. Feldthusen/J. Goldberg/M. Green/C. Sharkey, «Product liability in North America», H. Koziol *et alii* (Ed.), *Product Liability – Fundamental Questions from a Comparative Perspective*, de Gruytr, 2017, pp. 359-410 (pp. 367 e ss.).

[16] J. Calvão da Silva, *Responsabilidade...*, *cit*., pp. 439 e ss.; L. Menezes Leitão, *Direito das Obrigações*[15], I *cit*., pp. 395-6.

dutores na manutenção dos custos da empresa no nível mais baixo, também do interesse dos consumidores no não agravamento dos preços.

De jure constituendo, a discussão tem sido dominada pela análise económica, embora nesta se encontrem razões quer favoráveis, quer desfavoráveis a uma responsabilidade «pura» pelo risco do produto[17]. Em favor, alega-se que os produtores se encontram em melhor posição do que os compradores para detectar o defeito, removê-lo ou gerir adequadamente os perigos que lhes estão associados («*cheapest cost avoider*») e que a não responsabilização significaria que os produtores deixariam de internalizar uma parte dos custos da sua empresa, fazendo com que tivessem um incentivo económico para manter a um nível sub-óptimo as medidas de segurança na concepção e no fabrico de bens e, em última análise, para colocarem no mercado produtos que não oferecem as adequadas garantias de segurança.

Há, no entanto, quem considere simplista este modo de argumentar, apontando que a solução de tornar o produtor num «segurador ideal» contra todos os riscos conexos com o produto teria um efeito dissuasor da actividade produtiva, conduzindo a um elevar dos preços, à perda da diversificação dos bens e, em geral, a uma perda de bem-estar social[18]. Para além do facto de a conduta dos produtores parecer ser mais permeável à eficácia conformadora das normas de Direito público que estruturam o sector da actividade ou estabelecem certos parâmetros gerais de qualidade dos bens, bem como aos efeitos economicamente desfavoráveis da identificação de um produto defeituoso (por exemplo, perda do crédito ou danos reputacionais), do que propriamente às normas da responsabilidade civil, a sujeição destas à lógica geral da violação de deveres parece prestar o resultado satisfatório de não onerar os agentes económicos com um dever de indemnizar os danos que não possam ser evitados pela adopção do maior cuidado que pudesse ser exigido na concepção e no fabrico do produto[19].

VII. Se a discussão permanece em aberto no plano de Direito a constituir, também a estrutura e o sentido da responsabilidade do produtor

[17] Por exemplo, W. Landes/R. Posner, «The Positive Economic Analysis of Products Liability», *The Journal of Legal Studies*, 14 (1985), pp. 535-567, Id., *The Economic Structure of Tort Law*, Harv. Univ. Press, 1987, pp. 273 e ss.; M. Faure, «Economic Analysis of Product Liability», P. Machnikowski (Ed.), *European Product Liability: an Analysis of the State of the Art in the Era of New Technologies*, Intersentia, Cambridge, 2016, pp. 620-665.

[18] G Wagner, *Deliktsrecht*[14], *cit*., p. 242.

[19] G. Wagner, *Deliktsrecht*[14], *loc. cit*..

actualmente vigente têm sido, e continuam a ser, objecto de um intenso debate na ciência jurídica. O abandono do princípio da culpa, se bem que automaticamente imprima uma tonalidade objectiva ao subsistema da responsabilidade do produtor emergente do Direito europeu, não deve constituir motivo para que se retirem imediatamente conclusões exageradas. Impressiva, neste aspecto, é a exclusão da responsabilidade do produtor quando o estado dos conhecimentos científicos e técnicos, no momento em que pôs o produto em circulação, não permitisse detectar a existência do defeito (art. 5.º, al. e) RCP), a conhecida excepção dos «*riscos de desenvolvimento*», que o legislador português, à semelhança do que sucedeu na maioria dos Estados-membros, decidiu acolher[20]. Desta norma resulta que a responsabilidade do produtor não abrange riscos de todo em todo imprevisíveis ou incognoscíveis à luz do estado actual da ciência ou da técnica no momento da colocação do produto no mercado. Em nossa opinião, a norma em causa não deve ser entendida como uma «recuperação» do princípio da culpa[21]: na verdade, o produtor não deixa de responder pela concretização de riscos que mesmo um participante diligente no tráfego, pertencente ao mesmo tipo social de agente (o mesmo tipo social e económico de produtor), não tenha podido conter ou gerir adequadamente. Isto se a contenção ou gestão desse risco estiver ao alcance de um «produtor ideal»[22], ou que, é o mesmo, o cumprimento do dever de segurança correspondente seja possível à luz das regras da técnica e da ciência[23].

[20] Sublinhando a aproximação face à bitola vigente para aferir a culpa no direito delitual, por exemplo, D. Looschelders, *Schuldrecht – BT*[16], *cit.*, p. 545; Staudinger/*Oechsler* (2018), ProdHaftG, § 1, Rdr. 125.

[21] Assim, porém, W. Lorenz, «Europäische Rechtsangleichung auf dem Gebiet der Produzentenhaftung», *ZHR*, 151 (1987), pp. 1-39 (p. 14); A. Lüderitz, «Gefährdung und Schuld im Produkthaftpflichtrecht – Versuch einer Synthese», H. Eyrich *et alii* (Hrsg.), *Festschrift für Kurt Rebmann zum 65. Geburtstag*, München, 1989, pp. 755-769 (p. 769); L. Häsemeyer, «Das Produkthaftungsgesetz im System des Haftungsrechts», E. Jayme *et alii* (Hrsg.), *Festschrift für Niederländer zum 70. Geburtstag*, Heidelberg, 1991, pp. 251-265 (p. 263). Entre nós, A. Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil*, VIII, *cit.*, p. 692 («o risco da "falta de Ciência" corre pelo lesado e não pelo produtor»; porém, quando haja Ciência" e o produtor, por não a ter apreendido, responda, isso sucede por via de uma actuação (no mínimo) negligente»). No tocante aos defeitos de concepção e de instrução, G. Hager, «Umwelthaftung und Produkthaftung», *JZ*, 1990, pp. 397-409 (p. 398).

[22] K. Larenz/C.-W. Canaris, *Lehrbuch des Schuldrechts*[13], II/2, C. H. Beck, München, 1994, p. 645.

[23] J. Calvão da Silva, *Responsabilidade...*, pp. 503 e ss., que encontra na relevância excludente dos riscos de desenvolvimento o motivo para qualificar a responsabilidade objectiva do

Não é menos certo, porém, que a disposição em causa torna problemática a recondução da responsabilidade especial do produtor aos quadros da responsabilidade pelo risco, precisamente porque esta tende a ser insensível à (im)previsibilidade e, em certa medida, à (in)controlabilidade dos riscos em presença (pelo menos, quando considerada em termos concretos, à luz das possibilidades práticas da acção do agente), e a fazer depender a indemnizabilidade do dano da resposta à questão de saber se o risco em presença se reconduz ou não ao modelo de perigosidade que funda o *Tatbestand* legal (teoria do escopo da norma ou da causalidade normativa).

VIII. Este distanciamento relativamente a uma «pura» responsabilidade pelo risco, bem como a concomitante aproximação de uma responsabilidade fundada na violação de deveres, é confirmado pela forma como surge configurado a noção de «defeito», elemento nuclear na estrutura do tipo especial de responsabilidade do produtor consagrado no art. 1.º do Dec.-Lei n.º 383/89. O produto não se considera defeituoso sempre que não ofereça a segurança objectivamente necessária a evitar que o seu uso conduza a lesões para terceiros. Na verdade, o nível de segurança relevante não é apurado numa perspectiva puramente fáctica ou técnica, mas antes tem em consideração um critério normativo: a *segurança com que legitimamente se pode contar*, tendo em conta todas as circunstâncias relevantes do caso, como a apresentação, a utilização que razoavelmente puder ser feita e o momento da sua entrada em circulação (art. 4.º, n.º 1 RCP)[24]. Ora, uma

produtor como «imperfeita». Afastada está a sua recondução aos quadros da culpa, uma vez que a aquela esta norma pressupõe um estalão diverso do do *bonus paterfamilias*, o do *produtor ideal*, «aquele fabricante que observa no seu campo ou especialidade o mais avançado estado da ciência e da técnica, mesmo que ainda não praticado pelo produtor normal» (p. 514). Igualmente Maria da Graça Trigo, *Responsabilidade civil – Temas especiais*, Univ. Católica Ed., Lisboa, 2015, pp. 118-9. R. de Mascarenhas Ataíde, *Responsabilidade...*, *cit.*, pp. 1173-4: apesar de a exclusão dos riscos de desenvolvimento aproximar a situação de responsabilidade do produtor dos critérios delituais, defende também que a disposição «é passível de uma interpretação que a "objective" de forma a impor-se ao produtor que tenha em conta não apenas os dados reconhecidos geralmente – pois essa exigência já decorreria do padrão comum de aferição constante do artigo 487.º/2 – mas ainda "as opiniões minoritárias sérias, ou seja, bem fundamentadas e plausíveis", que a precaução de um produtor "ideal" teria que ponderar, admitindo, cautelosamente, a possibilidade de serem correctas, desde que fossem acessíveis, embora sob dificuldades especiais».

[24] Neste sentido, G. Wagner, *Deliktsrecht*[14], *cit.*, pp. 241-2; D. Looschelders, *Schuldrecht – BT*[16], *cit.*, p. 544, Staudinger/*Oechsler* (2018), ProdHaftG, Einl. Rdr. 33.

vez que a responsabilidade do produtor depende de o bem produzido não corresponder às expectativas socialmente vigentes quanto à sua segurança, isso significa também que para a constituição do seu dever de indemnizar será determinante a ponderação de outros elementos além da possibilidade técnica da prevenção do perigo lesivo. Conforme veremos de forma mais desenvolvida, entre esses elementos contam-se o tipo de produto e o tipo de perigos que normalmente está associado ao seu emprego ou à sua detenção; a natureza e a relevância axiológica-material dos bens jurídicos expostos ao perigo da colocação do produto no mercado[25]; a visibilidade dos perigos e a carência informativa do adquirente relativamente a eles; o custo do cumprimento das medidas de autoprotecção pelo adquirente ou por qualquer terceiro no tráfego; o custo das medidas de segurança na concepção e no fabrico do produto.

O último aspecto revela-se da maior sensibilidade: a imposição de uma garantia de segurança «a qualquer custo» levaria a uniformizar os bens pelo nível da excelência e a vedar o funcionamento de mercados que, de outra forma, permitiriam satisfazer necessidades de consumidores e a viabilizar a actividade de produtores. Em contrapartida, não parece ser a racionalidade económica das medidas de segurança, e a aplicação da conhecida «fórmula de Hand» como uma das formas de a expressar, que deve aqui ser considerada como decisiva: mais do que a racionalidade, importa avaliar a razoabilidade da assunção e do cumprimento dessas medidas, numa ponderação conjunta com os demais elementos de justiça relevantes para a justa decisão do caso.

Do que acaba de expor-se resulta o carácter inevitavelmente híbrido da responsabilidade do produtor, combinando na «impureza» da sua formulação objectiva elementos de uma responsabilidade travejada na violação de deveres de comportamento com elementos próprios da responsabilidade pelo risco[26].

[25] A valoração como defeituoso do produto tende a ser tão mais fácil quanto mais valiosos forem os direitos ou os interesses por ele potencialmente colocados em perigo (mais nos casos de perigos para a vida ou para a saúde do que para a propriedade ou a posse): as Decisões do BGH de 9-Dez.-1986, *BGHZ*, 99, pp. 167 e ss., e de Decisão do BGH de 17-Mar.-2009, *NJW*, 2009, pp 1669 e ss.; de 16-Jun.-2009, *BGHZ*, 181, pp. 253 e ss. (=*NJW*, 2009, 2952 e ss.; *VersR*, 2009, pp. 1125 e ss.), de 5-Fev.-2013, *NJW*, 2013, pp. 1302 e ss..

[26] Em favor da natureza mista ou «híbrida» da responsabilidade do produtor de Direito Europeu, G. Wagner, *Deliktsrecht*[14], *cit.*, p. 243 e MünchKomm/*Wagner*, ProdHaftG, Einl. Rdr. 18 e ss.; D. Looschelders, *Schuldrecht – BT*[16], *cit.*, p. 545; Staudinger/*Oechsler* (2018),

IX. O ecletismo da responsabilidade do produtor revela-se também no carácter aberto, e carecido de preenchimento, da noção de «produto defeituoso». Na verdade, a sua concretização tem sido feita com recurso a um pensamento de tipo móvel, utilizando argumentos de justiça muito semelhante àquele que precede a fundamentação dos deveres de segurança no tráfego[27]. Essa semelhança não pode naturalmente ser considerada acidental. Na verdade, é justamente na doutrina dos deveres de tráfego que está a origem histórica e dogmática da responsabilidade objectiva do produtor[28] e é no Direito delitual que em certas ordens jurídicas continuam a ser procuradas as respostas para os problemas da responsabilidade do produtor: é esse o caso dos Direitos estadunidenses.

Antes de se pensar nas conexões de sentido entre ambos os sectores do Direito aquiliano, há um ponto fundamental e que não pode deixar de ser por nós sublinhado. Qualquer que seja a natureza e o sentido a reconhecer à situação de responsabilidade especificamente regulada no Dec.-Lei n.º 383/89, este regime está longe de esgotar o campo possível da respon-

ProdHaftG, Einl. 27 e ss.. Algo diversamente, por entender que a violação do dever de cuidado importa quase sempre a qualificação do comportamento como culposo, H. Kötz, «Ist die Produkthaftung eine vom Verschulden unabhängige Haftung?», B. Pfister/M. Will (Hrsg.), *Festschrift für Werner Lorenz zum siebzigsten Geburtstag*, pp. 110-121 (p. 112). Contra, defendendo o enquadramento na responsabilidade pelo risco, por exemplo, P. Marburger, «Grundsatzfragen des Haftungsrechts unter dem Einfluss der gesetzlichen Regelungen zur Produzenten- und zur Umwelthaftung», *AcP*, 192 (1992), pp. 1-34 (pp. 10 e ss.); K. Larenz/C.-W. Canaris, *Lehrbuch des Schuldrechts*[13], I/2, *cit.*, p. 644 (ainda que reconhecendo especificidades, designadamente, na circunstância de a responsabilidade ser fundada num comportamento relativo ao perigo, e não apenas na detenção de uma fonte de perigo, e na existência de esse perigo ser conexo com uma concreta «falta» ou «defeito» e não se tratar num perigo lesivo meramente abstracto). Suscitando o cariz imperfeito da responsabilidade objectiva, com base na exclusão dos riscos de desenvolvimento, J. Calvão da Silva, *Responsabilidade...*, *cit.*, pp. 503 e ss..

[27] P. Schlechtriem, «Angleichung der Produktehaftung in der EG», *VersR*, 1986, pp. 1033 (p. 1035), Id., «Dogma und Sachfrage, Überlegungen über zum Fehlerbegriff des ProdHafG», *Festschrift für Rittner*, 1990, pp. 545 e ss. (p. 553); H. Kötz, «Ist die Produkthaftung...», *cit.*, p. 111; G. Wagner, *Deliktsrecht*[14], cit., p. 242; D. Looschelders *Schuldrecht–BT*[16], *cit.*, p. 544.

[28] No Direito alemão, reconhecendo a responsabilidade do produtor com fundamento no tipo geral do § 823 (I) BGB, v. as Decisões do BGH de 17-Out.-1967, *NJW*, 1968, pp. 247 e ss. (fornecimento de peças de suspensão defeituosas, que, depois de instaladas pelo fabricante do automóvel, vêm a quebrar-se, dando origem a um acidente: o fornecedor deve responder por não ter demonstrado que empregou o cuidado devido na selecção, vigilância e instrução dos respectivos trabalhadores).

sabilidade pelos danos provocados por produtos defeituosos (cf. art. 13.º RCP). A omissão do cuidado devido na concepção e no fabrico do bem colocado no mercado convoca as normas gerais relativas à responsabilidade aquiliana (arts. 483.º e 486.º). A inserção no tráfego de um produto objectivamente apto a lesar direitos e interesses de terceiros representa a introdução de uma nova fonte de perigos lesivos nos contactos entre estranhos e assim a justifica que a pessoa responsável pela concepção desse produto seja onerada com os cuidados tecnicamente adequados e economicamente justificados a fim de evitar que tais perigos se concretizem na lesão de um direito de outrem. A responsabilidade pela omissão do cuidado devido pelo produtor na concepção e fabrico do produto dá, assim, corpo a uma constelação típica de casos pertencentes à temática mais geral dos deveres de segurança no tráfego, ao mesmo tempo que se assume como uma importante fonte de concretização dogmática daquela figura geral do direito delitual[29].

X. A circunstância de a responsabilidade do produtor não se encontrar consumida pelo regime jurídico constante do Dec.-Lei n.º 383/89 é demonstrável através de diversos aspectos. Desde logo, a causa dos danos pode residir num bem que não seja qualificável como um produto à luz daquele diploma, por exemplo, por decorrer de uma coisa imóvel (art. 3.º, n.º 1 RCP)[30], ou se reconduzir à própria actividade produtiva e não ao respectivo resultado material. O dever de indemnizar com fundamento no direito especial da responsabilidade do produtor pode igualmente estar excluído em virtude de os danos não quadrarem no art. 8.º RCP, por se tratar de danos em coisa destinada a um fim não consuntivo ou se traduzirem na lesão de outro direito além da propriedade, da vida ou da saúde e integridade física (como o direito à empresa ou o direito ao crédito e ao

[29] J. Calvão da Silva, *Responsabilidade...*, *cit.*, pp. 379 e ss.: «[...] a criação ou abertura (*Eröffnung*) e manutenção de fonte de perigos por uma pessoa fundamenta o dever jurídico de esta tomar as precauções necessárias à prevenção do perigo (*Gefahrabwendung*) e do dano», aqui, «a obrigação de o produtor organizar e controlar a produção – produção em sentido lato, abrangendo as fases de concepção ou idealização do produto, do seu fabrico propriamente dito, do seu processo de marketing e apresentação – por forma que os produtos emitidos no mercado sejam próprios para o uso ou consumo regular esperado, sem lesão dos utilizadores e consumidores, é dizer, isentos de defeitos susceptíveis de atentar contra a saúde e a segurança das pessoas a que se destinam, e de advertir mesmo para o risco de danos às pessoas ou às coisas resultante de previsível utilização irregular e anormal do produto».

[30] U. Magnus, «Product liability...», *cit.*, p. 244; MünchKomm/*Wagner*[8], ProdHaftG, § 2, Rdr. 1; Staudinger/*Oechsler* (2018), ProdHaftG, § 2, Rdr 1.

bom nome). Ou pode ser que os «danos em coisas» se contenham abaixo do limiar mínimo de €500,00 (art. 9.º RCP); ou que o direito ao ressarcimento tenha caducado em virtude de terem decorrido mais de 10 anos desde a data em que o produtor colocou em circulação o produto causador do dano (art. 12.º RCP)[31]. O âmbito subjectivo da responsabilidade cinge-se ao conjunto de pessoas qualificáveis como «produtor» nos termos do art. 2.º (o produtor *stricto sensu*, o produtor aparente e o importador de produtos do exterior da União Europeia). No plano da sua extensão, a responsabilidade do produtor compreende apenas os defeitos de concepção e de fabrico, bem como os de informação; excluída está, portanto, uma responsabilidade fundada num dever de vigilância ou de observação do produto, a surgir após a sua colocação em circulação (art. 5.º, al. b) RCP)[32]. Em todas estas hipóteses, a responsabilidade do produtor deve ainda ser aferida segundo as proposições gerais da responsabilidade aquiliana, das quais pode resultar o surgimento de uma obrigação de indemnização.

XI. Do que acabámos de expor resulta que o direito da responsabilidade do produtor conhece *duas vias autónomas*[33]: por um lado, a responsabilidade delitual «geral», fundada na omissão de deveres de prevenção dos perigos conexos com a concepção, a produção e a circulação do produto no mercado; por outro, a responsabilidade «especial» do produtor emergente do Direito europeu e fundada em lei especial, fundada nos perigos inerentes ao produto para a segurança da vida, da saúde e da propriedade de terceiros. Seria um equívoco supor que a relação entre os dois sectores regulativos desse lugar a um concurso (aparente) de normas, sendo a aplicação do regime geral prejudicada pela vigência de uma lei especial. Trata-se, antes, de dois títulos jurídicos diversos da aquisição de uma mesma prestação indemnizatória, sujeitos a pressupostos e a excepções não coincidentes[34]. Se o lesado não pode requerer uma dupla indemnização do mesmo dano,

[31] Importa notar que também ao nível da prescrição o regime da responsabilidade do produtor apresenta especificidades, uma vez que o prazo de três anos se conta a partir da data em que o lesado teve ou devia ter tido conhecimento do dano, do defeito e da identidade do produtor (art. 11.º RCP), desviando-se, assim, do art. 498.º/1: Maria da Graça Trigo, *Responsabilidade...*, *cit.*, p. 111.

[32] Foerste/von Westphalen, *Produkthaftungshandbuch*[3], *cit.*, § 46, Rdr. 77; MünchKomm/*Wagner*[8], ProdHaftG, § 1, Rdr. 62; Staudinger/*Oechsler* (2018), ProdHaftG, § 1, Rdr. 117.

[33] U. Magnus, «Product liability...», *cit.*, pp. 238-9.

[34] Seguimos M. Teixeira de Sousa, *O concurso de títulos de aquisição da prestação*, Almedina, Coimbra, 1989, pp. 251 e ss..

cabe-lhe lesado optar entre o título de aquisição que entender mais adequado ao caso, com forte relevância das razões probatórias. Assim pode o lesado invocar a pretensão indemnizatória fundada na responsabilidade objectiva do produtor, a qual pressupõe a existência do defeito, mas prescindindo da violação de uma regra de conduta e, logicamente, também da censurabilidade da sua inobservância. Em contrapartida, esta pretensão sofre uma dupla limitação: apenas abrange certo tipo de danos e, no tocante aos danos resultantes da propriedade, só os abrange até certo limite, ficando a sua procedência dependente da não demonstração de alguma causa de exclusão da responsabilidade, como *v.g.* a imprevisibilidade do defeito segundo o estado da ciência e da técnica, e sujeita a um prazo de caducidade de 10 anos[35]. O lesado pode, diversamente, reclamar o pagamento da indemnização devida com fundamento no direito delitual geral, hipótese em que a causa de pedir não se esgota na existência de um defeito, do dano e da causalidade entre o defeito e o dano, mas antes compreende a omissão de um dever de cuidado da qual resulta a violação do seu direito subjectivo: a culpa, sendo presumida, pode ser afastada pelo produtor, se demonstrar que observou os cuidados tecnicamente adequados ao fabrico de um bem seguro[36]; em contrapartida, a extensão do dever fundamentador da responsabilidade estende-se para lá da colocação do produto no mercado, podendo assumir configurações diversas (desde um dever de informação geral à reparação da coisa). Por outro lado, não existe qualquer limiar mínimo para a ressarcibilidade dos danos consequentes à lesão da propriedade, e esta pode consistir na danificação ou destruição de coisas destinadas a uma finalidade aquisitiva[37] ou mesmo (pelo menos, verificados certos pressupostos) ao próprio produto defeituoso. O prazo de prescrição do direito à indemnização é, aqui, o prazo de prescrição ordinário, de 20 anos (art. 498.º, n.º 1).

XII. Estas dissemelhanças entre os dois subsistemas da responsabilidade do produtor não devem conduzir a uma percepção exagerada sobre a respectiva autonomia dogmática. Entre ambos existem, na verdade, conexões de sentido e continuidades argumentativas que obrigam a relativizar o alcance da dualidade típica das situações de responsabilidade. Note-se, por

[35] Sem prejuízo do prazo de prescrição de três anos a contar da data em que o lesado teve ou deveria ter tido conhecimento do dano, do defeito e da identidade do produtor (art. 11.º RCP).

[36] U. Magnus, «Product liability...», *cit.*, p. 244.

[37] U. Magnus, «Product liability...», *cit.*, p. 244.

exemplo, que a irrelevância do desconhecimento quanto à inadequação do produto ou quanto ao defeito de construção não vale apenas no domínio da responsabilidade especial do produtor: a essa conclusão tende a chegar-se também no tocante à responsabilidade fundada na violação de deveres, uma vez que se impõe ao produtor a adopção de uma organização adequada a conceber o produto por forma a oferecer as condições de segurança necessárias, ou a detectar riscos (desde logo, através da instituição de um sistema de controlo interno, adequado à natureza e à função da empresa) ou a prevenir erros na execução (como procedimentos de testagem e garantia da qualidade). Ainda mais impressiva é a circunstância de não existir uma separação *minimamente clara* entre a violação do dever do produtor e a existência de um defeito do produto, as duas pedras de toque de cada um dos subsistemas da responsabilidade do produtor. A omissão do cuidado devido pelo produtor tende a concretizar-se no produto defeituoso: a ofensa do direito de outrem é, à partida, mediada pelo produto e, em especial, pela fonte de perigo que o seu uso ou consumo representa para a integridade dos bens que constituem o seu objecto. Por seu turno, a qualificação como defeituoso do produto na responsabilidade independente de culpa não provém da própria natureza ou da periculosidade do bem, mas do facto de o seu uso ou consumo implicar perigos para terceiros que excedem aquilo que é razoável esperar tendo em conta a destinação normal dos bens do mesmo tipo e a informação de que terceiros dispõem, ou podem dispor, acerca do seu emprego[38]. Dito de outra forma: o bem é defeituoso porque o produtor não cumpriu o dever de resultado de colocar em circulação um produto conforme com as expectativas de segurança para os demais participantes no tráfego.

Bem se compreende, então, que a doutrina e a jurisprudência tenham procedido, por um lado, ao «desdobramento» do conceito de produto

[38] J. Sinde Monteiro, «Rudimentos da Responsabilidade civil», *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, 2005, pp. 349-390 (p. 358). R. de Mascarenhas Ataíde, *Responsabilidade civil por violação de deveres no tráfego*, Almedina, Coimbra, 2015, pp. 445 e ss., partindo da distinção, feita por E. Deutsch, entre a «responsabilidade objectiva delimitada» e a «responsabilidade objectiva lato sensu», enquadra a responsabilidade do produtor na segunda modalidade, uma vez que «a produção é uma das mais normais actividades humanas, não implicando perigos diferentes daqueles que, como risco geral da vida, têm que ser suportadas por todos, estando assim ausentes as características comuns que fundamentam a responsabilidade pelo risco, isto é, riscos invulgares em âmbitos de vida estreitamente limitáveis» (pp. 452-3).

defeituoso em diversas categorias de deveres de conduta dirigidos ao produtor e, por outro, à tendência inversa para «sintetizar» as diferentes modalidades de ilícitos de conduta em determinados tipos ou categorias de defeito[39]. A tendência para a redução dogmática a um quadro valorativo comum é justificada. Na verdade, para lá da diferença de estrutura entre os dois tipos de responsabilidade extracontratual está a *pertença comum à categoria dos deveres de segurança*, podendo dizer-se que na responsabilidade de tipo aquiliano se sublinha o aspecto típico respeitante à conduta, enquanto na responsabilidade especial e «objectiva» do produtor o aspecto reportado ao resultado. Isso faz da primeira uma responsabilidade fundada na violação culposa dos deveres de segurança e, da segunda, uma responsabilidade fundada num dever objectivo ou de garantia do cumprimento de deveres de segurança[40]. Uma e outra não deixam, de outra perspectiva, de constituir estruturas complementares do «*Tatbestand*» geral que elege a violação do direito de outrem como elemento fundamental da responsabilidade extraobrigacional: nem a omissão do cuidado devido, nem a inserção no tráfego de um produto defeituoso, devem ser consideradas como delitualmente típicas (nem, *a fortiori*, como ilícitas) enquanto não revelarem uma interferência do produtor numa esfera jurídica alheia. Em contrapartida, sempre que o comportamento do produtor representar a afectação do

[39] G. Brüggemeier, «Produkthaftung und Produktsicherheit», *ZHR*, 152, 1988, pp. 511 e ss. (p. 517); G. Wagner, *Deliktsrecht*[14], *cit.*, p. 243.

[40] D. Looschelders, *Schuldrecht – BT*[16], *cit.*, p. 548 («*eine objektive Einstandspflicht für die Verletzung von Verkehrspflichten*»). Também R. de Mascarenhas Ataíde, *Responsabilidade..., cit.*, pp. 452-3, que perspectiva a responsabilidade do produtor como fundada na constatação de um nexo causal, ainda que não necessariamente «na concretização de um (as «causas da responsabilidade objectiva», como a necessidade de instituir um princípio de protecção do consumidor apenas servem de «motivo para o legislador», sem se arvorarem «em nexos de imputação de responsabilidade»). Ainda assim, não deixamos de notar que esta está longe de ser uma visão consensual. Na opinião de A. Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil*, VIII, *cit.*, p. 692, a desconformidade com o dever do lançamento no mercado de produtos que provoquem danos imprime é suficiente para imprimir a este tipo de responsabilidade uma coloração subjectiva. Em sentido oposto, de aproximação da situação da responsabilidade do produtor ao princípio do risco, v. Maria da Graça Trigo, *Responsabilidade..., cit.*, pp. 119-120, que a perspectiva como uma manifestação da figura mais geral da responsabilidade por *riscos empresariais* – embora limitada pela exclusão dos riscos de desenvolvimento – a prescindir não apenas da culpa, mas da identificação «do factor ou factores produtivos que causaram o defeito do produto», como um comportamento faltoso de um trabalhador (e vendo na natureza directa e objectiva da imputação o meio necessário para suprir as limitações próprias da responsabilidade do comitente tal qual ela surge no art. 500.º).

espaço de actuação permitida pelo direito subjectivo, tenha ou não esse comportamento resultado de uma violação culposa de um dever de segurança, o tipo delitual encontra-se realizado: irrelevante se torna, por isso, a concreta forma de operar da violação do direito em causa[41].

XIII. Isto dito, não deixaria de cair no exagero pretender erigir-se uma solução unitária para a responsabilidade do produtor: as diferenças sobressaem não apenas ao nível do tipo subjectivo de imputação do dano, como também, por vezes, ao nível do próprio alcance da ilicitude objectiva, como acontece sempre que não puder operar a excepção dos «riscos de desenvolvimento» (assim acontece com os defeitos de fabrico), e a montante, logo ao nível do tipo de dever, quando estiver em causa a prevenção de riscos supervenientes (que apenas podem relevar no quadro delitual).

Este modo de perspectivar as continuidades e as descontinuidades entre a responsabilidade pela violação de deveres de segurança do produtor e a responsabilidade pelo produto defeituoso ver-se-á confirmado ou infirmado quando procedermos a análise dos diferentes aspectos deste tipo de situações de responsabilidade e que, neste ensejo, só poderemos realizar de uma forma sumária.

§ 2. O conceito de produto

I. A responsabilidade do produtor de tipo objectivo restringe-se aos danos provocados por coisa móvel, estando dela excluída a reparação dos danos provocados por coisas imóveis. A nota fundamental é a de que a noção de «coisa» não deve, aqui, ser entendida com o mesmo significado com que nos surge na teoria geral da relação jurídica ou na dogmática dos direitos reais. Trata-se de um conceito de escopo, que deve ser preenchido à luz do sentido e dos fins que se têm em vista com a regulação da responsabilidade pelo produto defeituoso. A referência à coisa deve ser entendida como a intenção de adoptar como critério de referência um objecto corpóreo, o que teria a vantagem de restringir a extensão da responsabilidade a uma fonte de perigos socialmente relevante, porque susceptível de circular facilmente no tráfego e contundir com a esfera jurídica de um maior feixe de pessoas; isto ao mesmo tempo que permitiria conter a responsabilidade dentro de limites previsíveis e controláveis pelos sujeitos da responsabilidade.

[41] V.g., a danificação, a destruição da coisa, a perda da sua funcionalidade; o tipo de lesão à saúde ou a concreta forma de violação do direito à vida.

Contudo, tem-se entendido que também objectos não qualificáveis tecnicamente como coisas possam preencher a noção de produto. Assim, não obstante uma parte do corpo humano não dever ser qualificável como uma coisa, como ocorre com órgãos, sangue, cabelo, urina, esperma e, inclusivamente, o próprio cadáver[42], pode essa parte merecer tal qualificação; para tanto há que verificar se e em que medida o seu aproveitamento é permitido, que tenha havido separação da pessoa e algum processamento ou transformação. Nenhuma dúvida suscita a qualificação como produto das próteses ou implantes[43].

Também os animais, hoje dotados de um estatuto civil próprio, podem convocar a responsabilidade civil por produtos defeituosos. Na versão original do Decreto-Lei n.º 383/89, previa-se a exclusão dos produtos do solo, da pecuária, da pesca e da caça: em reacção à crise da epidemia da encefalopatia espongiforme bovina (EEB ou BSE), o legislador europeu veio a suprimir a possibilidade de os Estados-Membros estabelecerem tal exclusão com a Directiva n.º 1999/34/CE, de 10 de Maio de 1999, tendo essa situação motivado a alteração do n.º 2 do art. 3.º RCP através do Decreto-Lei n.º 131/2001, de 24 de Abril[44]. Esta valoração, de resto, não depende da dimensão do ente em causa, razão pela qual também os micro-organismos (como vírus ou bactérias) podem integrar o conceito de produto para estes efeitos[45].

II. Maiores dúvidas suscita a situação dos bens não corpóreos. A própria Directiva da Responsabilidade pelo Produtor expressamente inclui a referência à electricidade (art. 2.º *in fine*), no que revela um princípio favorável a uma

[42] Foerste/von Westphalen, *Produktshaftunghandbuch*[3], *cit.*, § 47, Rdr. 5; MünchKomm/*Wagner*, ProdHaftG, § 2, Rdr. 17; Staudinger/*Oeschler* (2018), ProdHaftG, § 2, Rdr. 34; U. Magnus, «Product liability...», *cit.*, p. 246; entre nós, Maria da Graça Trigo, *Responsabilidade...*, *cit.*, p. 107.

[43] U. Magnus, «Product liability...», cit., p. 246, referindo a este propósito o caso decidido pelo Tribunal de Justiça em 5-Mar.-2015, Proc. C-503/13 e 504/13 (*Boston Scientific Medizintechnik GmbH v. AOK Sachsen-Anhalt et alii*), respeitante à suspeita do funcionamento deficiente de desfibrilhadores, que será objecto da nossa atenção em momento ulterior deste texto.

[44] L. Menezes Leitão, *Direito das Obrigações*[15], I, *cit.*, p. 397, n. 900. À luz do Direito vigente, tem-se entendido que tanto os frutos de uma empresa pecuária como os de uma produção doméstica ou particular são considerados como «produtos» para o efeito da aplicação da responsabilidade do produtor: MünchKomm/*Wagner*, ProdHatfG, § 2, Rdr. 4; Staudinger/*Oechsler* (2018), ProdHaftG, § 2, Rdr. 71.

[45] MünchKomm/*Wagner*, ProdHaftG, § 2, Rdr. 4; Staudinger/*Oeschler* (2018), § 2, Rdr. 72.

concepção amplexiva de produto[46]. A mesma solução deve valer quanto ao *software* informático: quanto a nós, independentemente de ele ter um suporte físico (como um dvd), e ainda que os programas em causa se encontrem acessíveis a partir de sistemas de armazenamento em nuvem (*cloud*) ou de um terminal de um terceiro[47].

III. Abrangidas estão também as partes integrantes, ainda que a coisa principal seja imóvel. Nestas hipóteses, uma vez que a parte integrante tenderá a conduzir à qualificação como defeituoso do produto final, a regra será a do concurso de imputações, respondendo ambos os produtores de forma solidária (art. 6.º, n.º 1 RCP)[48].

[46] Também outras fontes de energia, como o petróleo, o gás ou mesmo a água são qualificáveis como um produto para os efeitos do preenchimento do tipo de responsabilidade previsto no art. 1.º RCP. Foerste/von Westphalen, *Produkthaftungshandbuch*[3], cit., § 47, Rdr. 5; MünchKomm/*Wagner*, ProdHaftG, § 2, Rdr. 3; Staudinger/*Oechsler* (2018), ProdHadftG, § 2, Rdr. 48.

[47] O aspecto decisivo para a possibilidade de preenchimento do tipo da responsabilidade do produtor é que tenha sido colocado em circulação um bem que resulte de uma actividade produtiva, que seja apropriável pelo adquirente e o uso ou o consumo deste bem represente uma elevação do nível de periculosidade para os direitos do adquirente ou de terceiros (e, por uma opção de política legislativa, que esse bem não seja imóvel). A manutenção do requisito da corporalidade parece constituir um arcaísmo, conduzindo a soluções de duvidosa justeza: o programa informático que, sendo instalado com um vírus informático, conduzir à danificação por sobreaquecimento do computador onde é instalado ou à perda de outros programas ou informações nele armazenadas conduziria à responsabilidade do produtor quando aquele programa fosse comercializado com um suporte físico, mas já não quando fosse comprado *on-line*. Ao mesmo tempo, o interesse na contenção da responsabilidade pode ser conseguido por outra via que não seja o substracto corpóreo do direito, como seja a visibilidade da informação (em regra, através de um ecrã) proporcionada pela aplicação. Seguimos, assim, o entendimento sustentado por autores como Foerste/von Westphalen, *Produkthaftungshandbuch*[3], *cit.*, § 47, Rdr. 42; MünchKomm/*Wagner*, ProdHaftG, § 2, Rdr. 15; U. Magnus, «Product liability...», *cit.*, p. 245; H. Zech, *Information als Schutzgegenstand*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2012, pp. 342-3 (aplicação analógica das normas relativas à responsabilidade do produtor a objectos não corpóreos, como informações funcionadas a operacionalização de máquinas); Christiane Wendehorst, «Strict liability for AI and other Emerging Technologies», *Journal of European Tort Law,* 11 (2020), pp. 150-180. Contra, sustentando a imprescindibilidade da corporalidade do produto, Staudinger/*Oechsler* (2018), ProdHaftG, § 2, Rdr. 67.

[48] A menos que a coisa incorporante seja imóvel, hipótese em que apenas será responsável o produtor da coisa móvel incorporada (como as vigas utilizadas na construção de um edifício): U. Magnus, «Product liability...» *cit.*, p. 245, salientando que essa restrição apenas vale

§3. Defeitos e tipos de defeito; deveres e tipos de dever

3.1 Os tipos objectivos: o dever de segurança na actividade produtiva e o produto defeituoso. Pressupostos constitutivos do dever de segurança e conceito de defeito

I. Os dois subsistemas de responsabilidade do produtor estão assentes em tipos de responsabilidade estruturalmente diversos: a responsabilidade delitual geral, fundada na violação de deveres de segurança no tráfego; e a responsabilidade objectiva, estruturada a partir da colocação no tráfego de um produto defeituoso. Conforme dissemos, porém, as diferenças entre os dois sectores normativos não obstam a um tratamento dogmático paralelo, dadas as conexões de sentido entre um conceito de defeito que atende ao merecimento de protecção das expectivas relativas à segurança do produto e o dever de segurança que não se afere apenas pelo lado da conduta do sujeito onerado, mas pressupõe também a materialização da omissão do cuidado devido num produto apto a causar danos para terceiros[49]. Na «segurança com que legitimamente se pode contar» encontra-se uma remissão para uma acepção abstracta da confiança: as expectativas sócio-normativas quanto ao nível vigente de segurança para os direitos e interesses protegidos, as quais prescindem de uma situação subjectiva de confiança.

Discute-se, ainda assim, qual o horizonte de referência para a determinação dessas expectativas. Ao passo que, uns, contariam o que está em causa é serem contrariadas as expectativas do adquirente ou consumidor «médio»[50], outros apelam, de uma forma mais abrangente, para a confiança de qualquer participante no tráfego que possa vir a ter contacto com o produto[51]. Este segundo entendimento afigura-se mais consentâneo com a vocação extraobrigacional da responsabilidade do produtor e com a autonomia funcional do conceito de defeito do direito do não cumprimento (cf., por exemplo, os arts. 7.º, als. c) e d), 22.º, n.º 2, al. d), 29.º, als. b) e c), do Decreto-Lei n.º 84/2021, de 18 de Outubro). As expectativas de

no domínio da responsabilidade objectiva do produtor, continuando a poder haver responsabilidade plural se estiver preenchido o tipo aquiliano geral.

[49] G. Wagner, *Deliktsrecht*[14], *cit.*, p. 243 e MünchKomm/*Wagner*, ProdHaftG, § 1, Rdr. 62; H. Kullmann, *Produkthaftungsrecht*[5], RWS, 2002, Rdr. 435 e ss.; D. Looschelders, *Schuldrecht – BT*[16], *cit.*, p. 546; U. Magnus, «Product liability...», *cit.*, p. 248.

[50] H. Kullmann, *Produkthaftungsrecht*[5], *cit.*, Rdr. 435.

[51] MünchKomm/*Wagner*, ProdHaftG, § 3, Rdr. 5; Staudinger/*Oechsler* (2018), ProdHaftG, § 3, Rdr. 1 e ss..

segurança de um participante geral no tráfego constituem apenas um limiar mínimo da responsabilidade do produtor, a qual surge agravada quando o produto for dirigido a um grupo ou categoria carecida de uma especial protecção, em virtude da sua maior necessidade de informação ou menor capacidade para controlar os riscos do manuseio do produto; assim sucede, em geral, com os produtos dirigidos consumidores e, por maioria de razão, a crianças[52]. Sendo o produto destinado a mais de uma categoria ou tipo social de consumidor, o horizonte das expectativas relevante para determinar a qualificação do produto como defeituoso é o das expectativas da categoria ou tipo social das pessoas menos informadas e competentes para a autoprotecção[53].

II. Encontra-se muito difundido na doutrina o tratamento segundo os tipos de defeitos do produto, a que podemos fazer corresponder outros tantos tipos de violação de deveres do produtor no plano delitual, e que distingue entre os defeitos de concepção («*Konstruktionsfehler*»), os defeitos de fabrico («*Fabrikationsfehler*») e os defeitos de informação ou de instrução («*Instruktionsfehler*»)[54]. A esta trilogia acrescenta uma doutrina mais recente os defeitos de vigilância ou de observação («*Produktbeobachtungsfehler*»), os quais relevam apenas no plano aquiliano.

3.2 O defeito de concepção

I. O produtor deve conceber os seus produtos por forma a prevenir que os riscos evitáveis relativamente ao uso ou consumo se venham a concretizar na violação de direitos de terceiro[55]. Tais deveres podem traduzir-se na adopção dos cuidados exigíveis à luz das expectativas de um participante no tráfego no que respeita à definição das qualidades e das características

[52] MünchKomm/*Wagner*, ProdHaftG, § 3, Rdr. 5; Staudinger/*Oechsler* (2018), ProdHaftG, § 3, Rdr.

[53] Nesse sentido, Foerste/von Westphalen, *Produkthaftungshandbuch*[3], *cit.*, §48, Rdr. 16 e § 74, Rdr. [46].

[54] G. Wagner, *Deliktsrecht*[14], *cit.*, pp. 243 e ss., MünchKomm/*Wagner*[8], § 823, Rdr. 970 e ss.; D. Medicus/J. Petersen, *Bürgerliches Recht*[28], F. Vahlen, München, 2021, p. 335; D. Looschelders, *Schuldrecht – BT*[16], *cit.*, pp. 541 e ss.; U. Magnus, «Product liability...», *cit.*, pp. 247 e ss.. Entre nós, J. Calvão da Silva, *Responsabilidade...*, *cit.*, pp. 655 e ss.; L. Menezes Leitão, *Direito das Obrigações*[15], I, *cit.*, p. 395.

[55] G. Wagner, *Deliktsrecht*[14], *cit.*, p. 243 («*design defects*»).

do produto e do respectivo plano de produção[56]. Com exemplos retirados da jurisprudência, teremos: a construção de um automóvel com o depósito de combustível num lugar demasiado próximo da bagageira, por forma a que uma colisão com outro veículo concitasse o perigo de um incêndio[57]; a utilização de materiais de fraca qualidade na construção de um aparelho de ginástica (um extensor), que se vem a partir, cegando o utilizador de um olho[58]; o emprego de materiais inadequados na troca de uma canalização e que conferiram à água um odor e sabor estranhos[59]; a escolha de matérias-primas ou de um modo de construção de um edifício que faz razoavelmente duvidar da robustez e segurança do produto final[60].

II. O aspecto determinante é, aqui, o de identificar o objecto e a extensão do cuidado a observar na concepção do produto. A possibilidade técnica da prevenção do perigo do produto determina apenas o limiar máximo do dever, mas não pode dizer-se que o agente se encontre proibido de colocar no mercado bens cujos riscos de emprego pudessem ser fisicamente susceptíveis de ser evitados ou anulados. Conforme refere Wagner, nem todos os veículos automóveis comercializados no mercado oferecem a mesma segurança para condutores e outros utentes do tráfego; a diferentes segmentos, modelos ou opções de equipamento estão associados diferentes

[56] Por vezes, propõe-se a distinção entre o dever de concepção e o dever de fabrico em razão do defeito atingir toda uma série da produção ou cingir-se antes a uma espécie isolada. Contudo, tem razão G. Wagner, *loc. cit.*, quando alerta para o facto de o «*Konstruktionsfehler*» não ser forçosamente um defeito de série: isso apenas acontece nas hipóteses de produção massificada ou padronizada, mas não na produção personalizada.

[57] Esta a situação apreciada no caso *Grimshaw v. Ford Motor Company*, 174 Cal. Rep. (1981), 348.

[58] Decisão do BGH de 9-Jan.-1990, *NJW-RR*, 1990, pp. 406 e ss..

[59] V. as Decisões do BGH de 7-Dez.-1993, *VersR*, 1994, pp. 319 e ss. («Gewindeschneidemittel I»), e de 6-Dez.-1994, *NJW-RR*, 1995, pp. 342 e ss. («Gewindeschneidemittel II»). O caso tem sido analisado também na perspectiva da determinação do âmbito da tutela aquiliana da propriedade, uma vez que nele se reconheceu a violação desse direito, apesar de a coisa (os canos) não ter sido afectada na sua substância, mas apenas na possibilidade do seu emprego normal. Assim, por exemplo, Beate Gsell, *Substanzverletzung und Herstellung: Deliktsrechtlicher Eigentumsschutz für Material und Produkt*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2003, pp. 274 e ss.; M. Fuchs/W. Pauker/A. Baumgärtner, *Delikts- und Schadensersatzrecht*[9], Springer, Berlin/Heidelberg, 2017., p. 32 (considerando estarmos perante uma perturbação da possibilidade de emprego de uma coisa); MünchKomm/*Mertens*[3], § 823, Rdr. 112; com outro entendimento, a Anot. de G. Brüggemeier à segunda das decisões citadas, *JZ*, 1994, pp. 578 e ss..

[60] Staudinger/*Hager*, § 823, F. 12.

níveis de segurança, em consonância com as expectativas de protecção que legitimamente puderem ser fundadas sobre eles[61]. Os produtos não devem ser qualificados como defeituosos só porque não correspondem ao padrão de qualidade da gama superior. O critério normativo da conformidade com as expectativas sociais de segurança permite, desde logo, excluir da extensão da noção de defeito os riscos patentes ou socialmente identificáveis, na medida em que esses riscos puderem dizer-se terem sido assumidos por uma decisão livre e auto-responsável do próprio adquirente, como acontece paradigmaticamente com os riscos para os pulmões provocados pelo consumo de tabaco, os riscos de obesidade ou de cancro associados ao consumo de produtos açucarados ou de *fast-food,* ou o perigo das trepidações causadas pela condução de uma motorizada afectarem a estabilidade da coluna cervical do condutor[62].

A determinação precisa das medidas de cuidado exigíveis ao produtor na concepção do produto coloca, no entanto, dificuldades que ainda estão por superar pela ciência jurídica. Um ponto de vista que tem conhecido uma adesão crescente na doutrina é o do apelo a critérios de racionalidade dos cuidados na produção[63]. O próprio BGH vem entendendo que a irrazoabilidade económica possa constituir um *limite* ao dever de cuidado na concepção do produto: para a qualificação como defeituoso do produto podia ser relevante a comparação com um «modelo alternativo considerado superior em termos de segurança» («*sicherheitstechnisch überlegenes Alternativkonzept*»). Esse limite não teria sido atingido, por exemplo, no caso em que o dispositivo de *airbag* se accionou sem fundamento, sem que tivesse havido uma colisão[64]. A aplicação ao caso do «teste da relação risco-utilidade»

[61] G. Wagner, *Deliktsrecht*[14], *cit.*, p. 244.

[62] G. Wagner, *Deliktsrecht*[14], *loc. cit.* e MünchKomm/*Wagner*[8], § 823, Rdr. 986 e ss.

[63] Sobre este critério, Foerste/von Westphalen, *Produkthaftungshandbuch*[3], § 24, Rdr. 54 e ss., com referências.

[64] Trata-se da Decisão do BGH de 16-Jun.-2009, anteriormente citada. O *airbag* do automóvel, produzido por um fabricante alemão, disparou com a trepidação provocada por um buraco na via e pelo consequente desvio do automóvel para uma via lateral, em más condições de conservação: o dispositivo apertou a artéria carótida do condutor a ponto de lhe provocar um acidente vascular cerebral. O tribunal de primeira instância e o tribunal de recurso julgaram improcedente o pedido indemnizatório deduzido pelo lesado, entre outros argumentos, com a ideia de que não havia qualquer defeito de concepção. Isto porque, no momento em que o modelo começou a ser comercializado, em 1999, não era exigível ao produtor que soubesse da falha do funcionamento dos airbags laterais, nem que implementasse sistemas que assegurassem um funcionamento mais eficaz, como sensores de movimento infra-

levaria a valorar como defeituoso o produto que na comparação com uma alternativa de produção mais segura apresentasse uma menor *ratio* entre o custo global da produção e o valor esperado do dano (o produto da probabilidade da verificação do dano pelo respectivo valor)[65]. As mesmas razões que, em geral, levam a duvidar da «fórmula de Hand» para resolver o problema da identificação de um dever de cuidado no tráfego conduzem,

-vermelhos, com alcance em 360.º. De acordo com o entendimento do tribunal de recurso, a ausência de sensores deste tipo não representava a violação de qualquer dever de segurança, uma vez que se tratava de tecnologia de ponta, ainda não tornada comum na indústria automóvel e que levaria ao encarecimento drástico daquele produto. Isso mesmo seria comprovável pelo facto de os concorrentes do produtor demandado tão-pouco os utilizarem nos seus produtos. A decisão veio, contudo, a ser revogada pelo BGH. O Tribunal Federal começou por notar que o apuramento da responsabilidade do produtor é indiferente ao estado actual do mercado: ao excluir a responsabilidade nos casos em que o nível de segurança superior não pudesse ser prestado à luz dos conhecimentos técnico-científicos disponíveis, a intenção da lei seria, justamente, a de não alinhar o *standard* de conformidade exigível a cada um dos agentes no mercado, cujas práticas bem poderiam estar aquém daquilo que seria tecnicamente possível (e que, de resto, teriam um incentivo para não empregar todos os cuidados que estivessem ao seu alcance, com isso provocando uma progressiva redução dos níveis de segurança dos produtos colocados no mercado, uma «*race to the bottom*»). Em princípio, acrescentou o BGH, a metodologia da comparação com um modelo qualitativamente superior em termos de segurança teria como pressuposto a *possibilidade prática* de dispor de tal modelo, um pressuposto, ele próprio, carecido de preenchimento: em princípio, exigir-se-ia que tal modelo estivesse pronto para ser produzido em série; não teria forçosamente que estar a ser comercializado, mas também não lhe seria exigível que antecipasse a implementação prática de soluções que apenas existissem «no papel» ou se encontrassem ainda em fase de testes. É certo que, além da possibilidade técnica das medidas de prevenção, considerou o Tribunal que não deveria deixar de ser considerada a *razoabilidade económica* da sua adopção: no caso concreto, porém, entendeu não estar provado que o acolhimento de um modelo alternativo e mais seguro implicasse a suportação de custos desproporcionais por comparação com o acréscimo de segurança prestada. A circunstância de não ter sido colocado no mercado um veículo equipado com um sistema de *airbag* tecnicamente capaz de evitar falhas de funcionamento, susceptíveis, em termos gerais ou abstractos, de constituir um risco para a vida ou para a saúde de terceiros, representava, por isso, um defeito de concepção do produto. Neste caso, o BGH entendeu também ter havido um defeito de instrução, e também quanto a este ponto, a decisão em causa merece ser considerada: a ela regressaremos quando nos referirmos ao «defeito de instrução». Sobre a «*Airbag-Urteil*», M. Bruckhardt, «Mögliche Fehlanreize bei zu strenger Produkthaftung», VersR, 2009, pp. 1592-5; T. Klindt/B. Handorn, «Haftung eines Herstellers für Konstruktions- und Instruktionsfehler», *NJW*, 2010, pp. 1105 e ss.; M. Molitoris/T. Klindt, «Die Entwicklung im Produkthaftungs- und Produktsicherheit», *NJW*, 1489-1501.

[65] H. Kötz, «Ist die Produkthaftung...», *cit.*, pp. 115-6; G. Wagner, *Deliktsrecht*[14], *cit.*, p. 245 («*risk-utility test*») e MücnchKomm/*Wagner*[8], § 823, Rdr. 972-3.

aqui, à rejeição de tal entendimento[66]: o dever de respeito pelo direito de outrem (desde logo, pelo direito à vida e à saúde) não pode ser feito depender do resultado de uma operação contabilística, mas antes da composição adequada das razões em conflito, aquelas que fundamentam o direito à segurança dos terceiros no tráfego e aquelas outras que estão na base da liberdade de iniciativa económica e do direito à empresa do produtor[67]. Uma perda de eficiência, resultante do acréscimo dos custos marginais de produção «não compensada» por uma diminuição «proporcional» da esperança matemática do evento lesivo, pode efectivamente ser justificada em nome de um maior nível de protecção do interesse na integridade dos bens de terceiro. A opção de deixar o *standard* de garantia das situações jurídicas delitualmente protegidas dependente de um juízo comparativo com um produto ou modelo tecnicamente superior pode, de resto, ter, entre outros efeitos perniciosos[68], o de conferir um incentivo para a colocação em circulação de bens com baixos custos de produção que, pela sua natureza, composição ou modo de produção oferecem perigos significativos para a vida, a saúde ou a propriedade dos adquirentes.

Não se pretende com isto afirmar ser de todo em todo irrelevante para aferir a exigibilidade de determinada medida de cuidado o facto de ela se mostrar, além de tecnicamente disponível, razoável de um ponto de vista económico. Outros vectores devem, contudo, ser considerados a fim de confirmar a oneração do produtor com a adopção de tal medida: pensamos, por exemplo, na essencialidade do produto em causa para assegurar as necessidades fundamentais do adquirente e, logo, da possibilidade de «evitar» abstractamente quaisquer riscos pela renúncia ao seu aproveitamento. Igualmente fundamentais são as considerações acerca do tipo e grau de perigos em causa e da natureza dos bens jurídicos potencialmente afectados[69], e, bem assim, da exigibilidade das medidas de cuidado tendentes a

[66] Por exemplo, H. Koziol, *Basic Questions of Tort Law from a German Perspective*, J. Sramek, Wien, 2012, pp. 86 e ss..

[67] Foerste/von Westphalen, *Produkthaftungshandbuch*[3], *cit.*, § 24, Rdr. 55 e ss..

[68] A solução de limitar a responsabilidade do produtor pela utilidade marginal das medidas de cuidado na concepção do produto parece ter o inconveniente de não estimular uma concorrência com base na segurança do uso ou do consumo, nem prestar qualquer incentivo para que a oferta direcione o investimento e a pesquisa para a redução do custo das medidas tecnicamente adequadas a elevar o nível de segurança dos produtos colocados em circulação.

[69] Na perspectiva, mais geral, da fundamentação judicial dos deveres de segurança no tráfego, v., por todos, R. de Mascarenhas de Ataíde, *Responsabilidade...*, *cit.*, pp. 629 e ss..

prevenir os perigos lesivos, do lado do produtor (na selecção dos factores que condicionam o risco latente e globalmente consignado ao produto) e do lado do utilizador (sobretudo, no cumprimento dos encargos de utilização e de manutenção do produto em conformidade com o seu uso normal e indicado)[70].

III. Uma outra forma de concretização possível dos deveres objectivos de cuidado na concepção do produto consiste na remissão para as disposições de Direito administrativo (interno e europeu) que regem os diferentes

[70] No caso apreciado pelo BGH, na sua Decisão de 5-Fev.-2013, *NJW*, 2013, pp. 1302 e ss., estava em causa um pedido indemnizatório dirigido ao importador de um termoacumulador produzido na China e que veio a explodir, causando danos patrimoniais e não patrimoniais ao proprietário. Segundo as instruções que acompanhavam o produto, este deveria ser instalado por profissionais e ligado a uma rede de baixa pressão de água, não devendo ser accionado enquanto o depósito de água não estivesse totalmente preenchido. Tendo-se apurado que a explosão se deveu à circunstância de o depósito não se encontrar totalmente preenchido, colocou-se a dúvida de saber se esse estado de coisas se devia ao facto de o utilizador não ter cuidado de encher o termoacumulador antes de iniciar o seu funcionamento ou se o nível de água do aparelho teria descido em momento ulterior, devido a uma interrupção do fornecimento ou ao mau funcionamento da própria máquina.
O tribunal de recurso entendeu que a resposta a conferir à pergunta não era a determinante para aferir da responsabilidade do produtor. Ainda que o utilizador da máquina não tivesse provido pelo preenchimento do depósito, um leigo poderia razoavelmente esperar que a máquina não pudesse, mesmo nessas condições, ser posta em funcionamento de modo a criar um risco tão grave como o da explosão e que o produtor tivesse adoptado medidas tendentes a evitar tal resultado, comuns e economicamente razoáveis (v.g., a instalação de sensor, que detectasse a existência de um nível insuficiente de água e travasse o funcionamento do sistema eléctrico, ou a instalação de uma válvula de segurança). O BGH veio, no entanto, a revogar a decisão do tribunal de recurso, não só por entender não estar provada a causalidade entre o defeito e o evento lesivo (que competiria ao lesado), mas também por entender não se poder valorar o produto como defeituoso: por não estarem demonstradas no processo as concretas medidas de segurança que o produtor deveria ter introduzido ao conceber o produto, mas, desde logo, porque o risco de lesão relevante para a identificação de um defeito do produto não deve ser entendido como um risco puramente abstracto, independente do concreto perigo materializado na lesão, ou como um dos tipos de perigos associados a um uso incorrecto ou inapropriado pelo consumidor. Dito de outro modo, o âmbito da segurança que o produtor deve assegurar (por exemplo, o tipo de testes de segurança a que deve submeter o protótipo a produzir) é delimitado internamente pelo tipo de aproveitamentos a que pretende reservar o produto colocado em circulação. Ou, ainda de outra perspectiva, as expectativas de segurança quanto ao uso ou consumo do produto só relevam quanto aos perigos que não possam ser acautelados adequadamente pelo cumprimento das medidas de autoprotecção imputáveis ao próprio utilizador ou consumidor.

sectores de actividade e, por via directa ou indirecta, fixam determinados parâmetros de qualidade para os bens.

Na generalidade dos casos, porém, essa não se mostra uma via particularmente útil para a fundamentação de um dever de segurança. Isso sucede porque muitos sectores da actividade produtiva não conhecem uma regulamentação exauriente dos deveres de conduta do produtor ou sequer suficientemente pormenorizada para que deles se infira um *standard* de qualidade para o produto. Ora, a ausência de uma regulação administrativa não pode querer significar a proibição do exercício da empresa, mas também não que o seu exercício seja isento de consequências indemnizatórias no plano civil. Por essa ordem de razões, o mero cumprimento de tais disposições, quando existentes, é, só por si, inidóneo a excluir a responsabilidade do produtor[71]. Em qualquer caso, a violação de preceitos legais deste tipo permite indiciar a omissão do cuidado devido e, assim, a violação objectiva de um dever de segurança da perspectiva do direito delitual (art. 486.º) ou a desconformidade com as expectativas legítimas de segurança que funda o carácter defeituoso do produto (art. 4.º, n.º 1 RCP)[72].

IV. A mobilidade dos sistemas de responsabilidade do produtor conhece limites: a responsabilidade não pode prescindir, além do dano, da infracção de um direito delitualmente protegido e da violação de um dever (necessariamente concretizada no resultado defeituoso do produto na responsabilidade de tipo objectivo). Em contrapartida, nenhuma responsabilidade pode ser fundada na concretização de um *risco de desenvolvimento*[73]. Este limite

[71] G. Wagner, *Deliktsrecht*[14], *cit*., p. 245, que acrescenta que a solução contrária, de supor que o direito da responsabilidade do produtor pudesse surgir como que «consumido» pelo Direito regulatório, induziria uma intervenção excessiva ou precipitada do legislador.

[72] G. Wagner, *Deliktsrecht*[14], *cit*., p. 245: a menos que o produtor prove que o modelo de produção seguido apresenta um nível de segurança idêntico ou superior àquele que é pressuposto pela lei (comportamento alternativo lícito).

[73] Faz-se notar que os «riscos de desenvolvimento» relevam no art. 5.º RCP como um limite à responsabilidade civil do produtor. Diversa desta questão é aquela que consiste em saber se, e em que medida, é lícito ao produtor colocar em circulação no mercado produtos relativamente aos quais o estado actual dos conhecimentos da ciência e da técnica não permitam prevenir ou anular os riscos para a segurança de terceiros. Esta é uma questão que se situa num plano diverso do da imputação do dano: podendo relevar fora do direito civil (designadamente, ao nível do Direito regulatório), pensamos que ela não deixa de poder ter cabimento no âmbito de outros sistemas de tutela privada das situações jurídicas, nomeadamente, no da acção negatória e da acção quasi-negatória. Não nos sendo aqui possível

está expressamente previsto na responsabilidade especial de tipo objectivo (art. 5.º, al. e) RCP)[74], mas não deixa de valer no sistema delitual geral, uma vez que a imprevisibilidade dos riscos à luz do estado actual da ciência e da técnica exclui também a vigência de um dever de conduta[75].

Esta situação típica de exclusão da responsabilidade recorta, pela negativa, a bitola aplicável ao produtor. Nem por isso ela deixa de carecer de preenchimento pelo intérprete-aplicador. Em primeiro lugar, a referência ao «estado actual da ciência e da técnica» deve ser entendida como o apelo ao acervo dos conhecimentos e dos métodos para a sua aplicação que são, em geral, reconhecidos pela comunidade e que, também em geral, são acessíveis por terceiros[76]. O estado actual dos conhecimentos técnico-científi-

desenvolver o problema, não podemos deixar de afirmar que nos parecem acertadas as posições que fazem depender a constituição de um direito à abstenção da colocação no mercado de um produto, com fundamento na impossibilidade técnica ou prática de contenção de um perigo lesivo, de um juízo de ponderação entre os interesses em conflito. Nesta ponderação deve atender-se a todas as circunstâncias relevantes do caso, em particular, à natureza dos perigos concretos e à probabilidade da sua verificação, mas também aos benefícios gerais, decorrentes da comercialização do produto. Foerste/von Westphalen, § 24, Rdr. 50 e 85; MünchKomm/*Wagner*, ProdHaftG, § 3, Rdr. 32.

[74] A exclusão da responsabilidade com fundamento na limitação dos conhecimentos à luz do estado actual da ciência e da técnica (art. 5.º, al. e) RCP) deve ser articulada com a norma que faz depender a qualificação do produto como defeituoso das expectativas acerca da sua segurança (art. 4.º, n.º 1 RCP). Os dois critérios são aferidos no mesmo referente temporal – o momento da colocação do produto em circulação – mas à luz de diversos referentes normativos: o *standard* aplicável à segurança exigida para o uso ou consumo do produto é aferido à luz do horizonte das expectativas do tipo de participante no tráfego que presumivelmente usará o produto ou com ele terá contacto. No entanto, o real grau da perigosidade do produto e, portanto, a existência de um eventual défice de segurança do produto, só pode ser conhecido na medida em que o estado evolutivo da ciência o permita. Para Wagner, MünchKomm/*Wagner*[8], ProdHaftG, § 1, Rdr. 52, o conceito de defeito opera com o limite das possibilidades técnicas e a exclusão da responsabilidade fundada nos «riscos do desenvolvimento» com o limite do conhecimento humano (assim, se, por exemplo, é colocado no mercado um automóvel que, décadas mais tarde, se vem a considerar apresentar um nível de estabilidade na condução insatisfatório, porque os sistemas electrónicos de controlo da direcção, hoje comuns, não se encontravam ainda disponíveis ao tempo em que ele foi colocado no mercado, o produto não é defeituoso; contudo, se entretanto se descobre que o automóvel foi fabricado com materiais cancerígenos, o produto não deixa de ser defeituoso, ainda que o produtor não responda pelos danos desse defeito, se o carácter nocivo de tais materiais não tivesse ainda sido identificado pela comunidade científica).

[75] H. Kötz, «Ist die Produkthaftung...», cit., pp. 111 e 115; D. Looschelders, *Schuldrecht – BT*[16], *cit.*, p. 542.

[76] MünchKomm/*Wagner*[8], ProdHaftG, § 1, Rdr. 56.

cos não é, assim, fixado a partir do resultado das mais recentes descobertas científicas nem das tecnologias de ponta, o que seria um *standard* de conduta excessivamente exigente e com resultados contraproducentes do ponto de vista dos incentivos ao desenvolvimento e ao incremento do bem-estar geral, incluindo dos consumidores[77]. Em contrapartida, é evidente que o universo de referência é a comunidade científica no seu todo, sendo, por isso, irrelevante para a exclusão da responsabilidade não só o desconhecimento e a impossibilidade subjectiva de o superar do lado do produtor, mas também a medida dos conhecimentos e das capacidades de indagação do «produtor diligente», do que seria exigido ao «bom pai de família, à luz das circunstâncias do caso»[78].

Quando nos referimos ao acervo dos conhecimentos e dos meios para a sua aplicação que gozam de reconhecimento geral pela comunidade científica, isso não significa que eles se restrinjam às proposições aceites de forma unânime ou consensual – o que raramente acontece – ou, sequer, àquelas que correspondem à concordância da maioria dos especialistas na matéria. É evidente que os riscos do produto que estiverem ainda por identificar na comunidade científica suscitam a aplicação desta causa de exclusão da responsabilidade. No entanto, também os entendimentos minoritários ou mesmo expressos de uma forma isolada por um ou outro especialista, podem, em certas circunstâncias, ser valorados como integrando o «estado actual dos conhecimentos da ciência e da técnica»[79]. Este é um exemplo claro de um conceito de escopo, cujo preenchimento serve para definir o

[77] MünchKomm/*Wagner*[8], ProdHaftG, § 1, Rdr. 56.

[78] Staudinger/*Oechsler* (2018), ProdHaftG, § 1, Rdr. 129. Contra, atendendo à circunstância concreta do produtor, como a dimensão da empresa, o seu grau de especialização ou a sua localização geográfica ou outras condicionantes sócio-culturais, MünchKomm/*Wagner*[8], ProdHaftG, § 1, Rdr. 58: quanto a nós, sem razão, uma vez que o apelo ao cuidado exigível ao participante diligente e experimentado implica um nivelamento da responsabilidade especial do produtor pelo critério da culpa, o que manifestamente não parece compatível com o sentido da Directiva e do diploma que a transpôs e tornaria supérflua a previsão desta «segunda via» da responsabilidade. No sentido que defendemos, K. Larenz/C.-W. Canaris, *Lehrbuch des Schuldrechts*[13], II/2, *cit.*, p. 645.

[79] Na verdade, todo o progresso é realizado a partir da dúvida e da falsificação das proposições geralmente aceites em determinado momento. A desconsideração, para o efeito da desresponsabilização do produtor, dos pontos de vista divergentes da *communis opinio* teria o preço elevado de deixar por reparar os danos sofridos por todos aqueles que tivessem sido lesados até ao momento em que vingasse a teoria ou ponto de vista minoritário e se invertesse a maioria das opiniões. K. Larenz/C.-W. Canaris, *Lehrbuch des Schuldrechts*[13], II/2, *cit.*, p. 646; MünchKomm/*Wagner*[8], ProdHaftG, § 1, Rdr. 59.

âmbito da responsabilidade do produtor segundo critérios de proporcionalidade e razoabilidade. O aspecto determinante parece residir na questão sobre se o produtor pode invocar em seu favor o princípio da confiança, o que vai depender de saber se o estudo relativo à segurança (ou à perigosidade) do produto preenche os critérios exigidos para a sua divulgação, como constarem de uma publicação científica, e se o entendimento nele expresso é plausível teoricamente e verificável pelo método experimental[80]. Ainda que os riscos relativos à categoria do defeito, que afecta o produto em causa, já sejam conhecidos pela comunidade científica, isso não significa, só por si, que o produtor não possa invocar em seu favor a causa de exclusão da responsabilidade constante da al. e) do art. 5.º RCP. Para que a aplicação desta se encontre afastada, é necessário que o conhecimento seja acessível, o que pressupõe que ele já tenha sido partilhado com a comunidade[81].

V. A *exceptio* dos riscos de desenvolvimento conhece um amplo campo de aplicação no domínio dos defeitos de concepção: pense-se nos casos do amianto ou da utilização de fertilizantes, aditivos ou conservantes, antes de se conhecer o seu potencial carcinogénico[82]. O referente temporal relevante para aferir o estado dos conhecimentos técnico-científicos acerca dos riscos potenciais do produto é o momento em que o mesmo é colocado no mercado, razão pela qual se exclui a possibilidade da qualificação «superveniente» como defeituoso do produto cujos riscos para a segurança dos bens de terceiro só venham a ser conhecidos em momento ulterior, ou do produto que passar a poder ser substituído por outro mais seguro, entretanto colocado em circulação (art. 4.º, n.º 2 RCP). Para mais, corresponderia a uma visão irrealista das coisas supor que a transformação de um perigo imprevisível num perigo do conhecimento geral ocorresse de uma forma instantânea e num momento determinado. A experiência demonstra que

[80] MünchKomm/*Wagner*[8], ProdHaftG, § 1, Rdr. 59.

[81] A doutrina refere-se habitualmente a um «mínimo de publicidade» para considerar como conhecido o risco relativo ao tipo de defeito, embora o grau de divulgação para tanto exigido seja objecto de discussão. É claro que estudos ainda não publicados não integram o acervo dos conhecimentos científicos. A partir daqui é, no entanto, difícil recusar a necessidade de uma ponderação do tipo de riscos, do grau de probabilidade quanto à sua existência e do afastamento relativamente ao estado da arte, sendo, em princípio, de rejeitar a relevância até à validação pelos pares ("peer-review"). K. Larenz/C.-W. Canaris, *Lehrbuch des Schuldrechts*[13], II/2, cit., p. 646.

[82] G. Wagner, *Deliktsrecht*[14], *cit.*, p. 246.

não é assim e que os produtos há longo tempo julgados seguros para a vida ou para a saúde não passam subitamente a ser valorados como perigosos. As suspeitas relativamente à segurança do produto tipicamente levam tempo a formar-se e a ganhar credibilidade, antes de poderem ser comprovadas cientificamente. Este o problema fundamental relativamente aos «riscos emergentes» e à capacidade do Direito da responsabilidade do produtor para lhes oferecer uma resposta adequada. Sem prejuízo da consideração em concreto do tipo de riscos potencialmente em causa e da sua extensão ou da possibilidade de atenuar as consequências da sua verificação, de uma forma geral, não parece adequado impor sobre o produtor o «risco do desconhecimento» (que é da natureza deste tipo de riscos), como seria o caso se se considerasse afastada a invocabilidade da al. e) do art. 5.º RCP logo que houvesse a percepção, ainda que difusa, não concretizada e por demonstrar, de que certo produto pode comportar riscos para direitos de terceiro[83]. O entendimento contrário frustraria alguns dos valores em conflito e as finalidades da norma em causa visa preservar, que é a de não sacrificar, em nome da segurança, o interesse no desenvolvimento industrial e económico nem privar a comunidade do acesso a bens socialmente úteis.

VI. A exclusão dos riscos de desenvolvimento tem particular relevância nos produtos que, pela sua natureza, se revelam especialmente perigosos. Além de outros, como a energia nuclear, isso aplica-se aos *produtos farmacêuticos*, uma vez que muitas vezes não é possível ter um conhecimento pleno dos riscos para a saúde no momento da sua produção e sem que tenha ocorrido a sua utilização em larga escala. Esta razão depõe ao lado de outro vector fundamental, o de não ser viável o adiamento da comercialização de um medicamento se estiver comprovada uma eficácia terapêutica que o justifique[84]. A invocabilidade da excepção fundada nos riscos de desenvol-

[83] Ou sujeitar o produtor à prestação de informações, necessariamente vagas, quanto a suspeitas sobre a eventual perigosidade do produto. MünchKomm/*Wagner*[8], ProdHaftG, § 1, Rdr. 60: dando como exemplo bem actual o uso das nanotecnologias, afirma o Autor que esta não é uma tarefa a atribuir ao Direito da responsabilidade do produtor, mas antes aos sectores do Direito administrativo e do Direito da regulação que se ocupam da protecção geral da segurança colectiva dos produtos em circulação.

[84] Sobre o problema, v., com desenvolvimento, Diana Montenegro da Silveira, *Responsabilidade civil por danos causados por medicamentos defeituosos*, Coimbra Ed., Coimbra, 2010; Vera Lúcia Raposo, «A responsabilidade do produtor por danos causados por dispositivos médicos», *Revista do Instituto de Direito Brasileiro*, 2 (2013), pp. 4275-4339 (pp. 4307 e ss.).

vimento acaba, por isso, por representar, na prática, uma limitação substancial da responsabilidade das empresas farmacêuticas pelos danos provocados pelos medicamentos colocados no mercado. Preferível seria, por isso, adoptar um tipo de responsabilidade efectivamente fundado no risco, por forma a imputar ao produtor, ainda que apenas em parte, as consequências desfavoráveis associadas a um erro acerca da segurança do medicamento para a vida ou para a saúde dos consumidores[85].

VII. De acordo com as regras gerais relativas ao ónus da prova, haverá que distinguir entre a responsabilidade delitual do produtor e a responsabilidade objectiva pelo produto defeituoso. Na primeira, o lesado tem o ónus de provar o dano, mas está dispensado de provar a culpa do produtor[86] e, segundo a doutrina mais recente[87] – e em linha com o entendimento que em geral vem prevalecendo na dogmática geral dos deveres de segurança no tráfego[88] – também a violação objectiva do dever[89]. Já quanto ao nexo causal, na sua dupla dimensão de relação entre o comportamento omissivo

[85] Encontramos no Direito alemão uma solução semelhante, que no § 84 (I) da Lei do Medicamento (*Arzneimittelgesetz*), não se limita a prever a responsabilidade objectiva da empresa farmacêutica pela morte ou lesão não insignificante à saúde a casos em que o «dano tiver resultado da rotulagem, informação técnica ou instruções para o uso do medicamento», mas antes a estende àquelas outras em que «o medicamento tiver provocado consequências danosas que excedem a medida daquilo que é previsível à luz dos conhecimentos da Medicina». Entre muitos, E. Deutsch, «Produkt- und Arzneimittelhaftung im Gentechnikrecht», Festschrift für W. Lorenz, 1991, pp. 65 e ss.; W. Rolland, «Zur Sonderstellung des Arzneimittelherstellers im System des Produkthaftungsrechts», B. Pfister/M. Will (Hrsg.), *Festschrift für Werner Lorenz zum siebzigsten Geburtstag*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1991, pp. 177 e ss.; K. Larenz/C.-W. Canaris, *Lehrbuch des Schuldrechts*[13], II/2, *cit.*, pp. 648 e ss..

[86] A presunção de culpa do produtor na violação do dever de segurança (no caso, de fabrico) foi reconhecida pelo BGH em 26-Nov.-1968, no famoso caso da «peste aviária», *BGHZ*, 51, pp. 91 e ss.. Sobre a decisão, J. Calvão da Silva, *Responsabilidade...*, *cit.*, pp. 396 e ss.. Analisando-a no quadro da repartição do ónus da prova (da violação do dever, da culpa e da causalidade) de acordo com a teoria das esferas de risco, R. de Mascarenhas Ataíde, *Responsabilidade...*, *cit.*, pp. 881e s. (pp. 889 e ss.)

[87] Staudinger/*Hager* (2009), § 823, F. 43 e ss.; D. Looschelders, *Schuldrecht – BT*[16], *cit.*, p. 540.

[88] A. Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil*, VIII, *cit.*, p. 588; com muitos elementos, R. de Mascarenhas de Ataíde, *Responsabilidade...*, *cit.*, pp. 868 e ss..

[89] Pode suscitar-se a questão de saber se a «presunção de ilicitude» não deve, em rigor, ser restringida a uma dispensa quanto à prova de uma conduta desconforme com o dever, a qual não dispensa a demonstração, pelo lesado, do resultado dessa conduta (da ilicitude do resultado), ou seja, se a presunção só se aplica uma vez demonstrada no processo a existência de

e a lesão do direito delitualmente protegido (a causalidade fundamentadora da responsabilidade), e de relação entre este resultado e o dano (a causalidade de preenchimento da responsabilidade), o ponto de partida continua a ser o da pertença ao lesado do ónus de prova. Tendo em conta que o lesado se encontra mais distante da fonte de perigo do que o lesante, e que, não raro, é impossível formar uma convicção plena quanto à existência de uma relação causal entre a omissão de vigilância e o evento lesivo (o conhecimento acerca da real dimensão dos riscos pode continuar a ser limitado *ex post*, no momento em que for de apreciar a pretensão indemnizatória), o encargo probatório do lesado pode revelar-se particularmente oneroso. Parece, por isso, justificar-se a atenuação deste ónus, pelo menos quando não existir, no caso, outro facto idóneo, em abstracto, a causar o evento lesivo além do defeito do produto[90].

O que acabamos de afirmar já permite intuir que o motivo historicamente apontado para a incapacidade do direito aquiliano para prestar soluções adequadas no domínio da responsabilidade do produtor se deve, afinal a questões de direito probatório, e que já terá hoje perdido parte da sua força. Efectivamente, também na responsabilidade do produtor de tipo objectivo, o ónus da prova se tende a limitar ao dano e ao nexo de imputação, isto se admitirmos, com a doutrina mais actual, que o carácter defeituoso do produto pode ser indiciado pela existência de um prejuízo quando não existir no caso concreto outra explicação plausível, segundo as regras da experiência comum, para o surgimento de um dano do mesmo tipo[91]. Em ambos os subsistemas de responsabilidade, pertence ao produtor o ónus de provar que o evento lesivo proveio de um risco que o estado actual dos conhecimentos da ciência e da técnica não permitia detectar[92]: trata-se, no nosso entendimento, da prova de um facto impeditivo da constituição do dever de segurança na concepção do produto.

um defeito do produto (a par do dano). Aparentemente neste sentido, G. Wagner, *Deliktsrecht*[14], *cit.*, p. 241.

[90] Nesse sentido, as Decisões do BGH de 12-Nov.-1991, *BGHZ*, 116, pp. 60 e ss. (= *NJW*, 1992, pp. 560 e ss., *ZIP*, 1992, pp. 18 e ss.), de 7-Dez.-1993, *NJW*, 1994, pp. 860 e ss., de 16-Jun.-2009, anteriormente citada.

[91] Em favor da prova de primeira aparência do defeito, J. Calvão da Silva, *Responsabilidade...*, *cit.*, pp. 712 e ss..; Maria da Graça Trigo, *Responsabilidade...*, *cit.*, pp. 110-1.

[92] G. Wagner, *Deliktsrecht*[14], *loc. cit.*; D. Looschelders, *Schuldrecht – BT*[16], *loc. cit.*.

3.3 O defeito de fabrico

I. Além de estar onerado com o dever de empregar medidas de cuidado ao conceber o produto e o processo de fabrico, o produtor deve também zelar pela correcta execução desse plano, por forma a que o bem produzido se mostre conforme com o programa previamente definido, *ie*., sem um desvio que importe um menor nível de segurança para a integridade dos bens de terceiros. Apesar de poder atingir toda a série, na generalidade dos casos o defeito de fabrico («*Fabrikationsfehler*») atinge isoladamente algum ou alguns dos bens produzidos (o chamado «*outlier*», «*Ausreisser*»). Os exemplos deste tipo de defeitos multiplicam-se com facilidade na jurisprudência das diversas ordens jurídicas: a comercialização de lotes de vacinas para um vírus contaminadas com bactérias[93]; o fornecimento de peças defeituosas a um fabricante de automóveis, do qual vem a resultar um acidente de viação[94]; a venda de garrafa de refrigerante com um animal (caracol) em decomposição, que vem a provocar um «dano de choque» ao utilizador[95], ou que apenas é parcialmente preenchida com a bebida gaseificada e vem a explodir com o aumento da pressão[96]; a contaminação com antibióticos de largo espectro da ração para peixe que, tendo sido utilizada na produção do proprietário, determinou uma proibição de venda[97]; a instalação de um dispositivo de *airbag* que é accionado ao mínimo contacto do veículo com outro objecto; a deficiente instalação de um quadro de distribuição de energia eléctrica, conduzindo o mau funcionamento dos disjuntores a um curto-circuito, a um corte de funcionamento da energia e, consequente-

[93] V. o citado *Hühner-Pest Fall*, apreciado na Decisão do BGH de 26-Nov.-1968. Na Decisão de 3-Nov.-1981, NJW, 1982, pp. 699 e ss., condenou-se um hospital no ressarcimento dos danos que o paciente sofreu por lhe ter sido administrada, por via venosa, uma solução não esterilizada (e contaminada com o *bacillus enterobachter aerogenes*) por culpa de um enfermeiro. No caso, o hospital não ilidiu a presunção de «culpa na organização» que sobre si impendia (assegurando, por ex., que a mudança de turnos dos trabalhadores não afectaria o tempo de uso do líquido de infusão, desde a última esterilização).

[94] Assim, na citada Decisão do BGH de 17-Out.-1967 («*Schubstreben-Fall*»).

[95] *Greenman v. Yuba Power Products*, 59, Cal., 2d., 57 (1963).

[96] A Decisão do BGH de 9-Mai-1995, *BGHZ*, 129, pp. 353 e ss. (=NJW, 1995, pp. 2162 e ss.).

[97] A Decisão do BGH de 25-Out.-1988, BGHZ, 105, pp. 346 e ss. (justificando a responsabilidade do produtor a partir da qualificação das disposições sobre a segurança alimentar como normas de protecção, v. o comentário de E. Deutsch, «Der Schutzbereich der Produzentenhaftung nach dem BGH und dem PHG», *JZ*, 1989, pp. 465 e ss.); K. Larenz/C.-W. Canaris, *Lehrbuch des Schuldrechts*[13], I/2, *cit*., p. 388.

mente, à inundação de uma eclusa[98]; a produção de adubo com níveis insuficientes de nitrogénio e de fosfato, que comprometem o crescimento de narcisos e os tornam imprestáveis para o comércio[99]; a presença num biscoito de um caroço de uma cereja que leva a que o consumidor perca um dente e venha a necessitar de uma prótese[100]; o fornecimento de energia eléctrica com uma potência excessiva provocado pela danificação de dois cabos condutores de terra, do qual resulta a avaria de electrodomésticos de um consumidor final[101].

[98] Decisão do BGH de 24-Abr.-1990, *NJW*, 1992, pp. 41 e ss.: a prova, pela ré, de que a instalação seguiu o procedimento idêntico à instalação de milhares outros quadros de distribuição, da inexistência de folga na fixação dos cabos de condução de energia eléctrica ou de que a pessoa responsável pela mesma tinha mais de quinze anos de experiência não era suficiente para dispensá-la dos seus deveres gerais de organização empresarial.

[99] Decisão do BGH de 16-Fev.-1993, *NJW-RR*, 1993, pp. 1113 e ss..

[100] Decisão do BGH de 17-Mar.-2009, *NJW*, 2009, pp 1669 e ss.. Neste caso, entendeu-se não existir um defeito num biscoito com recheio de cereja por conter um caroço. Na opinião do Tribunal Federal, o argumento determinante não era o de que se tratava de um bem preparado com base em produtos naturais e que o consumidor não poderia deixar de contar com um risco desta natureza ao comprar ou consumir um produto apresentado no mercado como «moeda de cereja» («*Kirschtaler*»), uma vez que o facto de o produto ser processado pelo produtor já concitava uma expectativa legítima de que haviam sido observadas as medidas de segurança «na medida do possível e do razoável»; uma expectativa que se revelava mais merecedora de tutela considerando que o produto em causa tinha como alvo de mercado os consumidores finais e se destinava a ser consumido. A exclusão do carácter defeituoso do produto resultou, antes, da ponderação entre o interesse na segurança dos consumidores e a exigibilidade das medidas necessárias a assegurá-lo do lado do produtor: neste plano, entendeu o BGH que, da perspectiva do consumidor, não podia ser simplesmente excluída a possibilidade da presença de subprodutos da fruta utilizada na produção do recheio, uma vez que isso só poderia ser tecnicamente conseguido se o produtor tivesse espremido as cerejas e coado o suco, com o que seria impossível fazer o recheio para o biscoito, ou se o produtor tivesse examinado isoladamente cada cereja processada, esforço que seria tão pouco razoável como necessário, dado que «o caroço de uma cereja não representa uma ameaça séria à saúde que deva ser evitado ou eliminado a qualquer preço». Tendo também em consideração a apresentação do produto, não podia o consumidor esperar legitimamente uma total ausência do perigo: a expectativa do consumidor quanto ao nível de segurança superior (a ausência de caroços de cereja) só seria tutelável se o produto não se apresentasse simplesmente como um biscoito de cereja, mas antes afirmasse a impressão de que ele havia sido preparado utilizando exclusivamente cerejas já descaroçadas.

[101] Decisão do BGH de 25-Fev.-2014, *BGHZ*, 200, pp. 242 e ss.. Nesta decisão, além de se ter considerado que o explorador da rede de distribuição de energia elétrica é um produtor (uma vez que a redução da voltagem para a baixa tensão deve ser considerada como uma transformação do produto) e que a colocação do produto em circulação só ocorre no

É importante fazer notar que a valoração como defeituoso de determinado produto não pressupõe forçosamente a ausência real ou «física» de certa qualidade: a mera incerteza sobre a existência de um perigo lesivo pode, quando a natureza do risco e a probabilidade da sua verificação o justificar, ser valorada como um defeito, como acontece com o risco da contaminação do pescado com um antibiótico prejudicial à saúde, ou a comercialização de uma prótese (*pacemaker*) relativamente à qual existem dúvidas sobre o seu bom funcionamento[102].

momento em que a energia é disponibilizada ao utilizador através de uma ligação à rede, afirmou-se que ele tem o dever de zelar continuadamente pela voltagem da rede, de sorte que, apesar de nem todas as variações de tensão implicarem o carácter defeituoso do bem prestado, essa valoração ocorre em casos de quebra ou de sobrecarga significativas ou frequentes (independentemente da sua expressão), constituindo um obstáculo ao uso normal dos utensílios alimentados a energia eléctrica ou geradores.

[102] Decisão do BGH de 9-Jun.-2015, *NJW*, 2015, pp. 3096 e ss.: tendo em consideração a essencialidade da função de um *pacemaker*, a particular vulnerabilidade dos pacientes que dela carecem e a excepcional potência danosa de um defeito neste tipo de produtos, todos os exemplares da mesma série de produção podem ser qualificados como defeituosos se tiver sido identificado um risco minimamente significativo de falência (no caso, estimado entre 0,31% e 0,88% tendo em conta o período de vida restante dos produtos em funcionamento, uma probabilidade superior entre 17 a 20 vezes o risco de falência normal) em alguma ou algumas das espécies de determinada série, sem que para tal seja necessário comprovar o defeito no pacemaker colocado na vítima. As despesas com a cirurgia necessária para a substituição do *pacemaker* deviam, por isso, ser ressarcidas pelo produtor a título de custos da remoção do defeito (*ie*., para o restabelecimento do nível de segurança correspondente às legítimas expectativas de um utilizador do bem). Note-se que a questão sobre se o art. 6.º da Directiva da Responsabilidade do Produtor deve ser interpretada no sentido de que um risco desta natureza deve ser valorado como um defeito foi colocada ao Tribunal Europeu, tendo merecido uma resposta afirmativa: cf. a Decisão do TUE de 5-Mar.-2015, Proc. C-503/13 e C-504/13 (*Boston Scientific Medizintechnik GmbH v. AOK Sachsen Anhalt – Die Gesundheitskasse, Betriebskrankenkasse, REW*), publicados em *NJW*, 2015, pp. 1163 e ss.: as expectativas relativas à segurança do produto devem ser aferidas à luz da destinação que lhe é reservada e às características objectivos do produto e às exigências específicas da categorias de utilizadores a que se dirige); Anot. favorável de P. Machnikowski, «Product Defect and Damage», *Journal of European Tort Law*, 7 (2016), pp. 229-236 (pp. 233 e ss., mas com dúvidas quanto a este alargamento da noção de defeito fora do contexto de produtos especificamente destinados à protecção da saúde, limitando-o aos casos em que (i) a identificação do defeito seja excessivamente difícil ou onerosa, considerando não apenas o custo económico dessa demonstração, mas também a ameaça que que ela coloca à saúde do lesado e (ii) o valor esperado do dano seja superior aos custos da reparação, o que, em geral, é de admitir no campo das lesões à saúde.

II. A conduta devida do produtor traduz-se, nestes casos, na adopção das medidas de organização e fiscalização interna do cumprimento das medidas de cuidado relevantes[103]. Umas e outras vão depender, no seu objecto e na sua extensão, de aspectos conexos com a empresa produtora, como a natureza da actividade por ela desenvolvida, o tipo de riscos associados ao uso ou consumo indicados para o produto, a dimensão da empresa, o maior ou menor grau de integração vertical da cadeia produtiva e a maior ou menor dependência da contribuição de terceiros para o processo produtivo, entre outros. Na distinção entre o dever de organização e o dever de vigilância, que não deixa de ser algo artificial[104], podemos identificar, a título exemplificativo: nas primeiras, o dever de dotar a empresa dos meios humanos e materiais adequados ao cumprimento das medidas de segurança tecnicamente necessárias, de proporcionar uma formação adequada aos trabalhadores e de instituir uma divisão do trabalho adequada; nas segundas, a criação de departamentos de *compliance* e de gestão do risco, da criação de mecanismos de reporte interno de irregularidades («*Whistleblowing*») que garantam o anonimato, bem como a instituição de procedimentos de teste da qualidade do produto.

III. No confronto com os defeitos de concepção, a temática dos defeitos de fabrico apresenta especificidades a vários níveis. Em primeiro lugar, é neste domínio que se revela mais significativa a diferença entre um modelo de responsabilidade, fundado na violação de deveres, e um modelo de responsabilidade objectivamente fundado na periculosidade do produto. Na verdade, por maior que seja o investimento realizado na instituição de um sistema de controlo interno e em procedimentos de controlo da qualidade eficazes, a conformidade do produto colocado em circulação não pode ser assegurada. O risco do surgimento do defeito é inerente à própria natureza da actividade produtiva, da complexidade técnica, da feição massificada e cada vez mais automatizada, da interpenetração dos riscos, inerente à divisão do trabalho, que a caracterizam. A questão que, então, se coloca é a

[103] D. Medicus/J. Petersen, *Bürgerliches Recht*[28], *cit.*, Rdr. 657; D. Looschelders, *Schuldrecht – BT*[16], cit., p. 540. V., com desenvolvimento, Foerste/von Westphalen, *Produkthaftungshandbuch*[3], *cit.*, Rdr. 387 e ss..

[104] Escrevendo a propósito da estrutura interna das sociedades comerciais, mas com elementos que propiciam uma teorização geral, J. Ferreira Gomes, *Da Administração à Fiscalização das Sociedades – A Obrigação de Vigilância dos Órgãos da Sociedade Anónima*, Almedina, Coimbra, 2015, pp. 227 e ss., 336 e ss..

de saber se o produtor deve ainda responder pelos danos provocados por um produto cujo defeito só poderia ter sido evitado se o produtor tivesse observado todas as providências adequadas a evitar um desvio do processo produtivo relativamente ao plano da concepção do produto, mesmo que isso tornasse economicamente irracional a continuação da sua actividade ou significasse o desenvolvimento de esforços que só estariam ao alcance de um produtor idealmente escrupuloso. Não parecem existir dúvidas de que a questão que acabamos de formular reclama uma resposta negativa quando estiver em causa uma responsabilidade fundada no tipo geral de responsabilidade, uma vez que esta pressupõe a violação culposa de um dever[105]. O problema torna-se compreensivelmente mais difícil de resolver nos quadros da responsabilidade especial pelo produto defeituoso, dada a ambiguidade quanto à localização do princípio legitimador desta responsabilidade, entre a violação (objectiva) de deveres de tráfego e a exploração em proveito próprio de uma fonte de perigo (o produto defeituoso). De acordo com certo entendimento, mesmo no âmbito de uma responsabilidade isenta de culpa (art. 1.º RCP), não devia o produtor responder pelos defeitos de fabrico que não pudessem ter sido evitados por uma organização empresarial adequada: a redução a zero dos vícios de construção custaria, no limite, a próprio subsistência económica do produtor e não seria, por isso, uma expectativa legítima do lesado, que não poderia aspirar a mais do que «segurança no domínio do razoável»[106].

Contra esta orientação deve, porém, argumentar-se que não existe nenhuma razão para restringir a tutela das expectativas de terceiros relativamente à segurança do produto ao nível da protecção conferida por um processo de fabrico economicamente razoável. Na verdade, o terceiro, seja ele adquirente ou não do produto, pode legitimamente confiarem que aquele produto oferece a segurança condizente com o modelo adoptado pelo produtor. A expectativa de que a «apresentação» do produto (art. 4.º, n.º 1 RCP) corresponda à sua real constituição, justifica, de resto, uma protecção mais intensa do que a expectativa quanto à segurança do modelo

[105] Esta uma conclusão que deve ser afirmada mesmo perante a presunção da ilicitude da conduta e da culpa e, nas situações em que a actividade produtiva for perigosa pela sua natureza ou pela natureza dos meios empregues, se deva admitir a relevância da falta dos cuidados que só estariam ao alcance de um agente supinamente diligente (*culpa levissima*).

[106] H. Kötz, «Ist die Produkthaftung...», *cit.*, pp. 115 e ss.; G. Wagner, *Deliktsrecht*[14], *cit.*, p. 248, MünchKomm/*Wagner*[8], ProdHaftG, § 1, Rdr. 53, § 3, Rdr. 7; e a Decisão do BGH de 17-Mar.-2009, anteriormente citada.

definido pelo produtor ou dos materiais nele empregues. Do mesmo modo, o produtor não pode razoavelmente deixar de contar com a falibilidade dos sistemas de controlo do risco e da qualidade e, logo, com a possibilidade de surgimento de um defeito no fabrico susceptível de escapar ao olhar mais atento. Uma razão ponderosa em favor desta tese advém do facto de a organização e fiscalização interna da empresa, bem como o seu sistema de controlo interno, não dependerem do estado dos conhecimentos técnico-científicos ou, pelo menos, não dependerem dele na mesma medida que a prevenção eficaz dos defeitos da concepção ou a prestação da informação completa acerca dos riscos relativos ao emprego do produto. O facto de se entender, com boas razões, que a excepção relativa aos riscos de desenvolvimento (art. 5.º, al. e) RCP) é invocável para afastar a responsabilidade decorrente de vícios de concepção e de instrução/informação, mas não para excluir uma responsabilidade alicerçada num defeito de fabrico é, de resto, uma manifestação de que a extensão da responsabilidade é maior neste último caso do que nos dois primeiros[107]. A solução mais conforme com a teleologia do regime especial da responsabilidade objectiva do produtor parece ser aquela que considera ser suficiente para fundar o dever de indemnizar a mera desconformidade objectiva entre a «situação-que-é» (o bem produzido) e a «situação-que-deve-ser» (o modelo de produto) e que prescinde tanto do conhecimento e do dever de conhecimento do defeito como da exigibilidade concreta da prevenção do seu surgimento, bastando-se com a possibilidade técnica de assegurar o mesmo nível de fiabilidade e segurança que abstractamente deve ser reconhecido ao modelo adoptado pelo produtor.

IV. A prova de um defeito de fabrico é particularmente difícil de realizar. Essa dificuldade é, sobretudo, de uma ordem subjectiva[108], uma vez que

[107] Na verdade, nos defeitos de fabrico não está propriamente em causa o conhecimento ou o dever de conhecimento dos riscos inerentes ao produto, mas antes o dever de impedir que surjam novos riscos lesivos, mercê do desvio relativamente ao programa produtivo: K. Larenz/C.-W. Canaris, *Lehrbuch des Schuldrechts*[13], II/2, *cit.*, p. 645 (a prevenção do defeito joga-se numa esfera de controlo do produtor); D. Looschelders, *Schuldrecht – BT*[16], *cit.*, p. 547; MünchKomm/*Wagner*[8], ProdHaftG, § 1, Rdr. 54. Cf. as Decisões do BGH de 9-Mai.-1995 e de 16-Jun.-2009, citadas anteriormente.

[108] Sobre as noções de «prova objectivamente difícil» e «prova subjectivamente difícil», v. Paula Costa e Silva/N. Trigo dos Reis, «Prova difícil: da probatio levior à inversão do ónus da prova», *Revista de Processo*, n.º 20 (2018), pp. 149-174 (§ 2).

tem como principal explicação a «distância» a que o lesado tipicamente se encontra dos factos relevantes para se poder aferir do cumprimento das medidas de cuidado no fabrico do produto. O ónus de provar que a desconformidade do produto como se encontra com o produto com as qualidades devidas mostra-se particularmente difícil de cumprir uma vez que essa desconformidade se pode dever a causa diversa da inobservância das cautelas do processo produtivo e ter surgido em momento ulterior, por exemplo, no transporte, no armazenamento ou na própria utilização do produto[109]. Por este motivo, a jurisprudência alemã tem entendido que o produtor estaria, em certos casos, sujeito a um «dever de documentação da segurança» («*Befundsicherungspflicht*»): na ausência da conservação dos elementos comprovativos da qualidade do produto e do cumprimento das medidas de cuidado, estar-lhe-ia vedada, nos termos da boa fé, a invocação de que o defeito seria posterior ao momento da sua colocação em circulação[110]. Esta construção tem sido por vezes criticada[111], quanto a nós, de uma forma justificada. Ela parece incidir, efectivamente, numa confusão de planos, procurando resolver no plano substantivo um problema de natureza processual, relativo à incerteza quanto à existência de um defeito. Mais correcto parece, por isso, reconhecer também aqui um aligeiramento do ónus da prova do defeito, acompanhado da presunção de culpa[112]: perante a presença de um dano que corresponda à concretização de um dos riscos associados ao produto em causa, a ausência, pelo produtor, da prova do cum-

[109] G. Wagner, *Deliktsrecht*[14], *cit.*, p. 248.

[110] V., a título exemplificativo, a Decisão do BGH de 9-Mai.-1995, em que se entendeu que o dever de documentação da segurança estaria limitado aos produtos que revelassem uma particular aptidão para causarem danos a terceiros e apenas no tocante a defeitos que, segundo os juízos da experiência comum, tipicamente recaem na zona de riscos do produtor. D. Looschelders, *Schuldrecht – BT*[16], *cit.*, pp. 540-1, nota o carácter impreciso da expressão, uma vez que não se trataria de assegurar o exercício ulterior do direito à prova do lesado, mas antes de obrigar o produtor a certificar-se que não colocava em circulação produtos defeituosos.

[111] G. Wagner, *Deliktsrecht*[14], *cit.*, p. 249, sublinha o carácter excessivamente oneroso deste dever, que teria de ser cumprido mesmo antes de existir um risco concretamente lesivo para qualquer direito de outrem, e defende antes a generalização da regra que, na responsabilidade de tipo objectivo, onera o produtor com o ónus da prova da ausência do defeito no momento da colocação do produto no tráfego jurídico.

[112] Assim, por exemplo, na Decisão do BGH de 11-Jun.-1996, *NJW*, 1996, pp. 2507 e ss. (fornecimento de madeira lacada, que depois de empregue no fabrico de mobiliário encastrado num escritório, rapidamente ganhou uma cor amarelada e rachas).

primento das medidas de garantia de qualidade do produto deve constituir indício suficiente quanto ao carácter defeituoso do produto.

3.4 O defeito de informação e instrução

I. No dizer de Wagner, o dever de informar acerca dos riscos começa onde termina o dever de segurança na concepção e no fabrico do produto[113]. Não raro, é impossível eliminar todos os riscos lesivos conexos com determinado produto. Muitas vezes, porém, a solução de proibir a colocação do produto no mercado ou não é viável, dado o seu valor social (pense-se numa vacina para um vírus causador de uma epidemia) ou se revelaria desproporcionada, retirando aos consumidores a possibilidade de uma assunção auto-responsável dos riscos do uso ou do consumo do produto e impedindo, ao mesmo tempo, a diversificação dos mercados. Nessas hipóteses, tem o produtor o dever de informar acerca dos riscos que não se encontram acautelados eficazmente pela forma como se definiu o modelo do produto ou se organizou o seu processo de fabrico. Assim, por exemplo, o fabricante de um medicamento com efeito anestésico não fez constar da bula informativa e da embalagem o risco de causação de coágulos, e um dos pacientes a quem foi ministrado esse medicamento vem a sofrer uma trombose e a perder um braço[114]; o cabeleireiro profissional que vem a sofrer uma reacção alérgica, motivada pelo manuseio de um tónico capilar, que teria sido evitada se a rotulagem alertasse para este perigo[115]; o produtor

[113] G. Wagner, *Deliktsrecht*[14], *cit.*, p. 250, aludindo à primazia do dever de concepção sobre o dever de informação, no sentido de que «só na medida em que o utilizador do produto não possa ser protegido através de precauções técnicas de segurança e de controlo de qualidade é que deve, pelo menos, ser informado dos perigos residuais decorrentes do uso do produto ou instruído a fazer dele uma utilização segura». Segundo informa o Autor, a relação entre os dois tipos de defeitos nem sempre tem sido correctamente entendida, com reflexos para a justeza das decisões. Dá como exemplo a Decisão proferida pelo OLG Bremen em 6-Dez.-2002, *VersR*, 2004, pp 207 e ss., num caso em que o vendedor de uma máquina automática de embalamento de produtos congelados a havia modificado, por forma a permitir que o aparelho pudesse funcionar mesmo com a porta de segurança aberta, e sem que tal circunstância constasse das instruções, escritas em língua alemã. Um dos trabalhadores da fábrica é ferido numa mão. Apesar de o tribunal ter entendido estar em causa a violação de um dever de informação e de instrução, não parece que a mera indicação do perigo fosse suficiente para assegurar a conformidade do produto, exigindo-se, antes, que aquele tivesse sido construído e comercializado noutras condições.

[114] Decisão do BGH de 11-Ju.-1972, *BGHZ*, 59, pp. 172 e ss. (*NJW*, 1972, pp. 2217 e ss).

[115] Decisão do BGH de 19-Fev.-1975, *BGHZ*, 64, pp. 46 e ss. (= *NJW*, 1975, pp. 824 e ss.).

de um lubrificante não fez constar das instruções de uso do produto que o mesmo perderia as suas propriedades se mantido a baixas temperaturas e o lesado que, ignorando esse facto, o utiliza no seu navio, vê quebrar-se o motor da embarcação[116].

A prestação da informação a terceiros susceptíveis de ter contacto com o produto, relativamente aos riscos associados ao seu uso ou consumo, pode relevar igualmente na responsabilidade de tipo aquiliano e na responsabilidade de tipo objectivo. Também aqui, tanto a fundamentação do dever de informar como a identificação de um defeito de informação dependem da ponderação dos mesmos argumentos valorativos.

II. O dever de informação não chega a surgir no tocante aos riscos que sejam do conhecimento geral e que, por isso, não podem deixar de ser valorados como o objecto de uma decisão de autocolocação em risco[117]. O dever de informar surge funcionalmente dirigido aos riscos conexos com o uso ou o consumo do produto, independentemente de esses riscos afectarem o próprio adquirente ou utilizador desse produto ou, antes, um terceiro que com ele possa ter contacto no tráfego.

Isto ainda não responde à questão de saber qual o feixe dos aproveitamentos que devem ser tidos em conta para aferir o nível de segurança relevante para preencher o tipo objectivo de responsabilidade. Em nossa opinião, estão em causa não apenas os aproveitamentos correspondentes ao «uso normal» da coisa – e também aqui se manifesta a diferença relativamente ao conceito de defeito do direito das perturbações da prestação –, mas ainda usos singulares, embora não se possa afirmar que qualquer destinação subjectivamente determinada, por mais atípica ou incomum que fosse, concitasse a tutela delitual[118]. O ponto de vista mais consentâneo com a teleologia do direito especial da responsabilidade do produtor é o de o dever de informação se estender a riscos não especificamente associados à utilização indicada ou socialmente típica para o produto, contanto que

[116] Decisão do BGH de 14-Mai.-1996, *NJW*, 1996, pp. 2224 e ss..

[117] Excluída está, por essa razão, a responsabilidade fundada na omissão da informação relativa aos riscos para a saúde de produtos consabidamente perigosos, como o álcool ou o tabaco. G. Wagner, *Deliktsrecht*[14], cit., p. 251; D. Looschelders, *Schuldrecht – BT*[16], *cit*., p. 543.

[118] Os riscos inerentes a uma utilização totalmente inadequada e disfuncional do produto naturalmente não convocam qualquer dever de informar. G. Wagner, *Deliktsrecht*[14], *cit*., p. 252 (a secagem de um gato, colocando-o no micro-ondas ou, num exemplo menos académico, a inalação intencional de vapores tóxicos).

o uso em causa não devesse ser excluído como implausível por um produtor diligente[119]. Este um critério não prescinde de concretizações ulteriores, em razão de elementos como o carecimento da informação (que compreensivelmente varia em razão do tipo de destinatário para o produto) ou a significatividade «objectiva» da informação (aferida segundo a natureza e a extensão dos perigos decorrentes da utilização em causa) e tenderá a ser tão menos intensa quanto mais distante estiver o uso do bem do tipo de empregos a que o produtor o destinava[120]. Assim, as exigências quanto à «apresentação» do produto serão compreensivelmente menores quando este se destinar a um público qualificado e experimentado e essa destinação tiver sido observada, por comparação com os bens destinados a serem utilizados por qualquer pessoa[121] e, em especial, pelos mais frágeis, como idosos ou crianças e, por essa razão, também, se deve admitir quanto a estas um dever de cuidado mais alargado, susceptível de resgatar do campo da «culpa do lesado» certos usos impróprios ou imprudentes, contanto que suficientemente «próximos» dos usos indicados[122].

[119] Neste sentido, G. Wagner, *Deliktsrecht*[14], *loc. cit.*: o dever de informar sobre os «riscos residuais», que sobrevêm a uma utilização imprópria do produto, tem com fim o de permitir ao utilizador do produto uma decisão informada e consciente quanto à assunção deste tipo de perigos.

[120] D. Looschelders, *Schuldrecht – BT*[16], *cit.*, p. 543.

[121] V., por exemplo, as Decisões do BGH de 7-Out.-1986, *NJW*, 1987, pp. 372 e ss.: um caso em que se admitiu que o dever de prestação das instruções de uso adequadas pode ir além das normas administrativas aplicáveis: o *spray* de galvanização a frio de superfícies de metal alertava, na própria embalagem, para o carácter inflamável da substância, em conformidade com a lei aplicável. Nada se dizia, no entanto, quanto ao perigo da libertação de gases que, em contacto com o ar e em superfícies fechadas, pudessem originar uma explosão, como aquela que se verificou depois de o lesado ter aquecido a superfície, ainda húmida: decisivo, tanto para fundar o dever como para afastar a culpa do lesado, foi a conclusão de que não era exigível ao utilizador, um leigo em química, que antevisse o perigo. Num outro caso, refira-se a decisão do OLG Bamberg de 26-Out.-2009, *VersR*, 2010, pp. 403 e ss.: a ausência de menção, nas instruções do uso de cimento, do perigo de causação de lesões pelo contacto manual com o produto após a sua aplicação, e da indicação para a utilização de luvas e outro material de segurança constitui a violação de um dever do produtor: tendo em consideração que o tipo de bem, a feição produtiva do seu emprego, mas também o facto de o lesado não ser um profissional – no caso, tratava-se de um estudante do curso de gestão – considerou-se existir uma culpa do lesado que não excluiria nem «predominaria» sobre a culpa do lesante.

[122] Ocorre imediatamente o exemplo dos riscos da sobredosagem medicamentosa, para os quais qualquer consumidor deve ser alertado no documento informativo que acompanha o medicamento. Neste contexto, veja-se a Decisão do BGH, de 24-Jan.-1989, *BGHZ*, 106, pp. 273 e ss.. Fora do domínio específico da responsabilidade pelo medicamento, cumpre referir

III. A identificação de um defeito de informação e de instrução depende, também, tanto como a do defeito de concepção, do estado dos conhecimentos técnico-científicos[123]. Nesta perspectiva, o aspecto relevante não é tanto a periculosidade especificamente associada ao concreto defeito que se concretiza no dano, mas antes o da possibilidade de identificar o nível da periculosidade geral associada ao modelo de produto. Por outras palavras, a responsabilidade, e os seus limites, são feitos depender da forma como é repartido o *risco do erro* quanto à periculosidade do produto. A solução que se extrai do Direito positivo é a de que esse risco só pertence ao lesado quanto a perigos que se fundam em elementos inacessíveis, qualquer que seja o custo do acesso a eles ou da sua incorporação na organização produtiva e qualquer que seja o esforço concretamente exigível ao produtor para con-

um interessante conjunto de casos decidido pelos BGH: um fabricante de produtos alimentares para bebés e crianças colocou no mercado uma bebida de chá açucarada, que se destinava ser dissolvida em água e a ser consumida por crianças e, ao mesmo tempo, dois tipos de biberão. A bebida começou, porém, a ser genericamente consumida pelas crianças directamente a partir do biberão, que assim era utilizado como o substituto da chupeta, ajudando-as a adormecer. A permanência prolongada do biberão na boca e a ingestão de grandes quantidades de açúcar antes de dormir levou a que muitas crianças desenvolvessem cáries graves e precisassem, por isso, de incorrer em dispendiosos tratamentos dentários. Os pais de uma das crianças lesadas, que veio a ter de remover quadro dentes e ficou a padecer de problemas ortodônticos crónicos, exigiram uma indemnização ao produtor, a qual veio a ser concedida pelo BGH: as indicações sobre a forma adequada de servir o chá açucarado (sempre pela mão de um adulto) e a prevenção específica de que o uso inadequado e não vigiado do produto poderia provocar lesões dentárias às crianças foram consideradas insuficientes, à luz da probabilidade de ocorrência do evento lesivo (o chamado «*nursing-bottle syndrom*»), designadamente, por não se informar sobre o período máximo de uso recomendado e por se apresentar o produto (logo na embalagem) como uma «*good night drink*», criando uma impressão ilusória quanto à segurança do seu consumo para esse fim. Sobre o «*Kindertee-Fall*» (também conhecida como a decisão «Milupa»), v., por exemplo, a Decisão de 12-Nov.-1991, BGHZ, 116, pp. 60 e ss. (=JZ, 1992, pp. 633 e ss.; NJW, 1992, pp 560 e ss.), com comentário de G. von Westphalen, «Das Milupa-Urteil – eine beträchtliche Verschärfung der Produkthaftung», *ZIP*, 1992, pp. 18-24. Posteriormente, na Decisão de 18-Mai.-1999, JZ, 1999, pp. 947 e ss., com anotação desfavorável de U. Foerste (pp. 949-950). Indo porventura mais longe, D. Looschelders, *Schuldrecht – BT*[16], cit., p. 543, entende também estar excluída a responsabilidade quando o uso inapropriado corresponder a uma decisão consciente e intencional do lesado.

[123] MünchKomm/*Wagner*[8], ProdHaftG, § 1, Rdr. 54; Staudinger/*Oechsler* (2018), ProdHaftG, § 1, Rdr. 119. Algo diversamente, Foerste/von Westphalen, Produkthaftungshandbuch3, § 46, Rdr. 68, 76, considera que o problema se esgota na fixação da medida do dever de informar do produtor, segundo uma lógica de proporcionalidade entre o custo do cumprimento desse dever e a natureza/extensão dos perigos em causa.

seguir esse resultado[124]. Pela mesma ordem de razões, se a evolução da ciência tornar cognoscíveis perigos existentes, mas até então desconhecidos, o produto não passa a ser defeituoso, mas o produtor não deixa de estar obrigado a informar aqueles que, no tráfego, se encontrem expostos a tais perigos, sobretudo se a informação permitir a prevenção de novos eventos lesivos ou danosos[125].

IV. A repartição do ónus da prova deve, aqui, obedecer aos mesmos vectores que verificámos quanto ao dever de segurança na concepção (e ao defeito de concepção). A violação do dever deve ser provada pelo lesado, embora possa, em certas circunstâncias, ser indiciada pelo carácter defeituoso do produto. O ónus de provar que este representa, na verdade, um «vício de desenvolvimento» («*Entwicklungsfehler*») pertence, no entanto, ao produtor.

[124] Os perigos associados ao produto que só pudessem ser conhecidos, compreendidos ou geridos por um «produtor ideal», mas não pelo concreto produtor, considerando os seus estados subjectivos, não deixam de dar origem a um defeito do produto, quando não constarem da sua «apresentação» no tráfego (art. 4.º, n.º 1 RCP). V., novamente, a Decisão do BGH de 16-Jun.-2009: neste caso, o produtor não tinha conhecimento do mau funcionamento dos sensores dos *airbags* laterais. Havia, no entanto, o conhecimento quanto à existência do risco do seu mau funcionamento, que se poderia comprovar pelo facto de, em ocasiões anteriores, o fabricante já ter determinado a recolha de outros modelos e de ter actualizado o *software* de segurança com vista a corrigir o problema («a percepção incorrecta de que havia eliminado um risco conhecido através do aperfeiçoamento dos sistemas existentes não é suficiente para pressupor um defeito de desenvolvimento pelo qual o produtor não é responsável»). Indo mais longe, afirmou o BGH que a conformidade do produto é aferida a partir dos riscos que o produtor deve conhecer e não daqueles que são por ele efectivamente conhecidos.

[125] Foi precisamente isso que se entendeu nos casos da transfusão do sangue contaminado com o vírus do HIV: ainda que não fosse tecnicamente possível conhecer e informar atempadamente a autora do perigo de contágio, uma vez que esta ainda não era a cônjuge do paciente a quem fora ministrada uma transfusão com o sangue contaminado, o facto de não se ter informado este último do perigo de ter sido contagiado com a doença teria retirado a possibilidade de este ter realizado exames de diagnóstico apropriados e, por essa via, evitado que tivesse tido conhecimento do seu estado de saúde antes de iniciar uma relacionamento com a lesada e, posteriormente, que a própria tivesse podido tomar conhecimento da sua própria situação clínica (Decisão do BGH de 14-Jun.-2005, referindo-se a uma «*nachträgliche Sicherungsaufklärung*», que também aproveitaria a terceiros, e admitindo no caso a prova de primeira aparência quanto à causalidade entre a omissão da informação e o contágio, perante a demonstração de outras possíveis causas para que este tivesse ocorrido, como comportamentos de risco). Foerste/von Westphalen, *Produkthgaftungshandbuch*[3], § 46, Rdr. 76; MünchKomm/*Wagner*[8], § 1, Rdr. 54.

3.5 O dever de exame do produto como modalidade específica do dever de segurança aquiliano. A problemática em torno do «dever de recolha» do produto defeituoso

I. O dever de segurança do produtor não termina no momento em que o produto é colocado no mercado. O facto de, nos quadros da responsabilidade de tipo objectivo, o carácter defeituoso ou conforme do produto dever ser aferido à luz dos conhecimentos da ciência e da técnica no momento em que tal produto foi colocado em circulação não dispensa o produtor do emprego de certos cuidados relativamente ao produto em circulação. A convocação das proposições gerais do Direito comum obriga a identificar na esfera do produtor um dever de exame ou de observação do produto, que o vincula de uma forma continuada a manter-se informado sobre as suas propriedades e os riscos que o seu uso ou manuseio representa para quem quer que, no tráfego jurídico, esteja em contacto com ele[126]. O escopo primeiro deste dever é o de permitir aferir, em cada momento, o real nível de segurança que o produto representa para os direitos de terceiros e, em função desse exame, identificar uma eventual fonte de perigo que lhe esteja associada[127]. O reconhecimento de uma especial periculosidade associada ao produto pode decorrer quer do facto de os desenvolvimentos técnico-científicos permitirem identificar riscos que antes não poderiam ser conhecidos ou que permaneciam inacessíveis[128], quer de circunstâncias de outro tipo, como uma alteração do comportamento dos consumidores

[126] Sobre a «*Produktbeobachtungspflicht*», v., por exemplo, R. Sack, «Produzentenhaftung und Produktbeobachtungspflicht», *Betriebsberater*, 1985, pp. 813-9; I. Schwenzer, «Rückruf- und Warnpflichten des Warenherstellers», *JZ*, 1987, pp. 1059-1065; T. Bodewig, *Der Rückruf fehlerhafter Produkte*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1999, pp. 135 e ss., 205 e ss.; MünchKomm/*Wagner*[8], § 823, Rdr. 988 e ss..

[127] MünchKomm/*Wagner*[8], § 823, Rdr. 989.

[128] A decisão pioneira no reconhecimento do dever de exame do produto foi proferida pelo BGH em 17-Mar.-1981, *BGHZ*, 80, pp. 166 e ss., *BGHZ*, 80, pp. 199 e ss.: o fungicida produzido pelo réu não devia ser utilizado repetidamente, mas em alternância com outro tipo de produtos, por forma a evitar o desenvolvimento da tolerância ao tratamento. Apesar de o autor não ter logrado provar a violação de um dever de informar do produtor, este não deveria deixar de responder nos termos gerais, porquanto a aparência de segurança para a sua propriedade o levou a omitir outro tipo de medidas profilácticas, acabando o seu pomar por ser infectado com a sarna da macieira.

que exponencia ou modifica os riscos conexos com o produto[129], ou a interacção com outros produtos, entretanto colocados em circulação[130].

II. Quanto ao seu objecto, o dever de observação do produto pode, à semelhança de qualquer outro dever de segurança no tráfego, assumir no caso concreto uma configuração muito diversa. Também a sua intensidade é muito variável, sendo sensível a múltiplos factores: num plano abstracto, pode dizer-se que ela tende a ser maior quanto maiores forem os riscos potenciais para os direitos de terceiro, quanto menor for o tempo que tiver decorrido desde a colocação em circulação do produto e menor for, também, a divulgação que o produto tiver tido no mercado. Inversamente, o limite dos custos e dos esforços exigidos ao produtor na gestão dos riscos que acompanham os seus produtos tenderá a ser mais baixo quando os riscos lesivos forem menores e incidirem sobre bens com

[129] Assim, por exemplo, no caso decidido pelo BGH, em 12-Nov.-1991 (a utilização, de uma forma generalizada, dos biberões com chá açucarado como uma bebida calmante ou como um substituto da chupeta).

[130] Num dos casos decididos pelo BGH, o fabricante de motorizadas verifica que um dos modelos por si comercializado, que havia sido construído por forma a poder incorporar peças fabricadas por terceiros, passou a poder ser utilizado com uma tampa frontal (*cockpit*) que prejudicava a estabilidade do veículo e com isso era agravava o risco de queda: os pais de um jovem falecido num acidente de viação podiam exigir uma compensação pelos danos sofridos, uma vez que se exigia ao fabricante da motorizada, pelo facto de este não ter alertado os proprietários dos perigos associados à instalação daquele componente: Decisão do BGH de 9-Dez.-1986, BGHZ, 99, pp. 167 e ss. (=NJW, 1987, pp. 1009 e ss., a «*Honda-Entscheidung*»). O Tribunal Federal não deixou de apontar limites ao dever de vigilância quanto a riscos provenientes da integração ou combinação com produtos de terceiros, uma vez que o exame de todas as interferências possíveis com outros produtos no mercado seria praticamente impossível. Assumindo um entendimento mais amplexivo do que o tribunal de recurso (apenas quanto a produtos recomendados pelo próprio produtor ou que sejam utilizados de forma combinada com o produto em larga escala), o BGH entendeu que o dever de observação poderia surgir num conjunto variado de circunstâncias, como o facto de o produto de terceiro ser necessário para assegurar a funcionalidade ou manifestamente susceptível de afectar a sua segurança, a circunstância de o próprio produtor ter concebido o produto de modo a poder incorporar ou ser incorporado noutro, a medida em que, no mercado, está difundida a utilização combinada dos dois produtos, o facto de o segundo produtor ter anunciado publicamente a possibilidade da utilização conjunta, entre outros; já não se entendeu ser garantia da ausência de um defeito a circunstância de o segundo produto ter sido homologado ou recebido um certificado de qualidade por uma entidade administrativa. P. Ulmer, «Produktbeobachtungs-, Prüfungs- und Warnpflichten eines Warenherstellers in Bezug auf Fremdprodukte?», *ZHR*, 152 (1988), pp. 564 e ss..

menor relevância na estrutura axiológica da ordem jurídica, ou quando tais produtos já circularem há longo tempo e forem utilizados por um universo alargado de pessoas[131].

III. Uma classificação possível é aquela que contrapõe os deveres de exame aos deveres de intervenção. Nos primeiros, incluem-se condutas como a realização periódica de exames de qualidade ou a recolha, processamento e registo de reclamações de clientes. Os deveres de intervenção podem, por sua vez, assumir uma feição muito diversificada. Numa ordem crescente em razão da intensidade do dever de cuidado, teremos[132]: a modificação do modelo ou do processo de produção existente; a comunicação ao público da existência dos riscos surgidos após a colocação em circulação do produto ou conhecidos antes desse momento; a recolha dos produtos em circulação; a eliminação da fonte de perigo, seja pela remoção do «defeito superveniente» efectuada pelo próprio produtor, seja pelo ressarcimento dos custos suportados pelo comprador (ou por um terceiro) com vista à realização desse fim.

Sobretudo o dever de recolha e de remoção do «defeito», bem como a obrigação de reembolsar as despesas com a remoção do perigo lesivo surgem como especialmente problemáticos, quer na justificação do seu surgimento, quer na delimitação do seu alcance. Entre outras razões, alega-se que os custos das medidas de prevenção do lado do produtor se tornam, por esta via, excessivos, sobretudo se não se tiver em conta o tipo de lesões em causa e a probabilidade da sua verificação, o que tem reflexos na elevação dos preços e numa possível perda de bem-estar social global[133]. Além disso, tem-se defendido que a generalização do dever de recolha e de remoção do defeito proporcionaria um resultado incompatível com o regime especial da responsabilidade do produtor, na medida em que a «actualização» do juízo sobre a conformidade do produto com as expectativas quanto à sua segurança acabava por alargar o âmbito do dever do produtor aos «riscos de desenvolvimento», mas também que a remoção do perigo acaba por equivaler a uma reparação ou substituição do próprio produto, o que teria cabimento na «garantia de conformidade» do vendedor, mas não numa res-

131 MünchKomm/*Wagner*[8], § 823, Rdr. 990.

132 MünchKomm/*Wagner*[8], § 823, Rdr. 997 e ss..

133 Com indicações, T. Bodewig, *Der Rückruf...*, *cit*., pp. 4 e ss..

ponsabilidade do produtor limitada aos danos provocados em coisas diversas do produto defeituoso (art. 8.º RCP)[134].

Pouco convincente é a tese defendida pelo BGH, nos termos da qual o dever de recolha do produto apenas surge quando, perante o anúncio público dos riscos supervenientes, existirem razões para supor que os utilizadores não procederão à remoção da fonte de perigo a expensas suas e que daí resultarão riscos para terceiros[135]. Este entendimento tem sido justificadamente criticado pela doutrina, na medida em que, mesmo na melhor das hipóteses, só uma parte dos utilizadores estará disposta a remover a fonte de perigo pelo que o critério só poderia ser operativo se funcionasse com base numa indagação sobre o sentido da reacção da maioria dos utilizadores do produto defeituoso. Esse não parece um resultado adequado, não só porque ele funcionaria como um incentivo para que os utilizadores do produto se abstivessem da reparação ou da remoção do perigo (ainda que pudessem fazê-lo com um esforço mínimo)[136], mas também porque ele desconsidera o facto de que a criação da fonte primária do perigo é imputável ao produtor[137]. É a colocação em circulação de um produto com um nível de periculosidade – ainda que num estado potencial ou latente – que é desconforme com as expectativas de um participante comum no tráfego que justifica o surgimento de um dever de intervir. A intervenção poder traduzir-se, nuns casos, na mera comunicação do perigo e no convite à abstenção do uso ou à reparação e, noutros, num dever próprio de remover a fonte de perigo, mediante a reparação ou a substituição da coisa, o que é um resultado plenamente conforme com a dogmática geral dos deveres de segurança no tráfego: aqui, como em geral tende a suceder, haverá que ponderar a dimensão e a natureza dos perigos lesivos, a par dos custos da prevenção, do lado do produtor e do utilizador do produto, mas também do grau de proximidade e de controlo dos riscos em causa. O último vector obriga a considerar o tempo decorrido sobre a colocação do produto em circulação como um elemento a introduzir na elaboração do modelo de decisão «móvel»[138]: a abertura ao tráfego de uma fonte de perigo é um dos aspectos mais rele-

[134] D. Looschelders, *Schuldrecht-BT*[16], G. Wagner, *Deliktsrecht*[14], *cit.*, *ul. loc. cit.*

[135] V. a Decisão do BGH de 16-Dez.-2008, *BGHZ*, 179, pp. 157 e ss. (=*NJW*, 2009, pp. 1080 e ss.).

[136] G. Wagner, *Deliktsrecht*[14], *cit.*, p. 254.

[137] J. Hager, «Die Entwicklung der Produkthaftung», p. 7, disponível *online* em http://irut.de/Forschung/Tagungen/Beitraege_IRuT_2011/Hager.pdf

[138] U. Magnus, «Product liability...», *cit.*, p. 252.

vantes a considerar na fixação do alcance do dever do produtor, mas não um «momento de corte» entre uma zona de vinculação agravada no plano delitual e uma zona franca de responsabilidade do produtor[139].

IV. O que escrevemos permite intuir duas consequências dogmáticas de relevo. A primeira é a de que o surgimento do dever de recolha e/ou de reparação não é propriamente um dever «*ex post*», entendimento que, na ausência de uma relação especial com cada terceiro ameaçado, só poderia ser sustentado abdicando da categoria do dever e abraçando uma concepção objectiva da responsabilidade. A circunstância de se ter colocado o produto em circulação constitui um factor de elevação dos perigos nos contactos anónimos no tráfego de uma forma «aberta», de sorte que a extensão dos perigos não é, na maioria dos casos, nem plenamente cognoscível, uma vez que o conhecimento depende do estado da ciência, nem estática, porquanto a natureza e a dimensão desses perigos não são imunes a circunstâncias ocorridas ulteriormente (como a interacção com bens produzidos por terceiros). As expectativas dos participantes no tráfego, bem como o seu merecimento de tutela, assumem antes uma feição *dinâmica*, o que obriga a perspectivar a relação entre o produtor e o titular do direito concretamente ameaçado como variável no seu objecto. A prestação do cuidado devido dá, assim, lugar a um *continuum* entre a organização da empresa, a actividade produtiva, a informação sobre o produto, e a vigilância dos perigos que lhe estão associados, sob a égide da tutela do direito de terceiro, que compreende a segurança contra uma concreta ameaça de interferência com a destinação jurídica que lhe está afecta.

A segunda consequência é que a distinção entre os danos resultantes da violação do direito sobre o próprio produto e os danos resultantes da violação de outros direitos, e bem assim, aquela que contrapõe o «interesse na equivalência» e o «interesse na integridade», não devem ser vistas como uma panaceia para a resolução dos problemas da extensão da responsabilidade do produtor, dada a existência de «zonas de fronteira» que, em certa medida, obrigam a relativizar tal distinção. A hipótese em que o restabelecimento do nível de segurança exigido para os outros direitos delitualmente protegidos do utilizador do produto (ou de terceiros) postula

[139] Mais restritivo, porém, G. Wagner, *loc. cit.*, defendendo que apenas haveria lugar a um dever de recolha quando o produto já devesse ser qualificado como defeituoso no momento da sua abertura ao tráfego.

a reparação, a substituição, a prestação ou o reembolso das despesas para tanto necessárias, é um bom exemplo disso mesmo.

IV. O dever de observação do produto suscita reflexões particulares no plano dos ónus probatórios de produtor e lesado. Uma vez que, neste tipo de casos, inexiste um produto não qualificável tecnicamente como defeituoso no momento em que ele foi colocado em circulação, e que o concreto perigo lesivo resulta da interpenetração de outros riscos ou da revelação de riscos até então não cognoscíveis, falta o elemento do «resultado» que permita indiciar a violação do dever. O lesado assume, por isso, uma posição processual menos favorável do que aquela em que se encontra quando o pedido indemnizatório se funda na violação de um dever de outro tipo, não só porque lhe cabe identificar a concreta medida de segurança imputável ao produtor, mas também os factos de que decorre a exigibilidade concreta de uma medida que só possa ser adoptada numa altura em que o produto já se encontra em circulação.

§4. Os sujeitos responsáveis

I. No que respeita aos sujeitos responsáveis, haverá também que distinguir entre o Direito comum e o regime de responsabilidade especial do produtor. No tocante a este último, vigora, como se sabe, uma noção ampla de produtor[140]. Nesta tem cabimento o sujeito passivo do dever de indemnizar, que pode ser tanto o produtor em sentido estrito (art. 2.º, n.º 1, 1.ª parte RCP), como, em certos casos, o comerciante importador do produto do exterior da União Europeia (art. 2.º, n.º 2, al. a) RCP) e o próprio fornecedor, quando não estiver identificada a pessoa que tiver produzido ou importado o produto para a União Europeia (art. 2.º, n.º 2, al. b) RCP)[141].

[140] V., com referências, J. Calvão da Silva, *Responsabilidade...*, *cit.*, pp. 545 e ss..

[141] J. Calvão da Silva, *Responsabilidade...*, *cit.*, pp. 545 e ss., distingue entre o *produtor real* («produtor em sentido estrito», que compreende «o realizador do produto, toda a pessoa humana ou pessoa jurídica que sob sua própria responsabilidade participa na criação do mesmo, seja o fabricante do produto acabado, de uma parte componente ou de matéria-prima»), o *produtor aparente* («quase produtor», que «cria a impressão da produção própria, justificando «a extensão do conceito de produtor às pessoas humanas ou jurídicas que, apresentando o produto como próprio, surgem aos olhos do consumidor nessa veste»), e o *produtor presumido* (que compreende o importador na União Europeia e o fornecedor anónimo, que convoca uma responsabilidade de tipo subsidiário, em favor do consumidor ou utente do produto). Neste último caso, a Directiva prevê que os Direitos nacionais prevejam um

Por «produtor» deve entender-se a pessoa singular ou colectiva que tiver pessoalmente fabricado o produto ou o tiver colocado em circulação. A produção deve corresponder à actividade profissional do produtor, embora o produto possa destinar-se tanto ao uso profissional como a um uso pessoal ou consuntivo. Os responsáveis pelo fabrico ou pela produção de partes componentes são igualmente considerados como produtores, embora a sua responsabilidade se restrinja, à partida, aos defeitos dos componentes em causa; o responsável pelo produto final suporta os riscos inerentes à montagem das diversas componentes e ao perigo associado ao uso e ao consumo daquele produto[142]. Ao fabrico deve ser equiparada qualquer intervenção transformadora, inclusivamente, a introdução de melhorias a produtos provenientes de terceiros[143]. Susceptível de ser igualmente qualificado como produtor é aquele que como tal se apresentar no tráfego (art. 2.º, n.º 1, 2.ª parte RCP), mediante a aposição ao produto do seu nome, marca ou sinal distintivo (o «quase-produtor» ou «produtor aparente»), hipótese em que o autor material do produto não deixa igualmente de ser responsável.

II. Diversamente, à luz do direito delitual geral, a responsabilidade só pode recair sobre a pessoa onerada pelo dever de segurança relativamente

prazo razoável para que o fornecedor possa excluir a qualificação como produtor, indicando o efectivo responsável pela produção (o produtor comunitário), o importador ou um fornecedor antecedente. Sendo certo que não se exige que o produtor esteja identificado no momento em que o produto é colocado em circulação, é discutida na doutrina a consequência a seguir para a indicação intempestiva. V. o problema em J. Calvão da Silva, *Responsabilidade...*, *cit.*, pp. 568 e ss..

142 G. Wagner, *Deliktsrecht*[14], *cit.*, p. 255: a responsabilidade especial do produtor acolhe, assim, um conceito de defeito unitário, que não faz depender o dever de indemnizar do produtor final da cognoscibilidade ou da evitabilidade do defeito das partes componentes. Mais restritivo, U. Magnus, «Product liability...», *cit.*, pp. 253 e ss., ressalva a possibilidade de o produtor invocar em seu benefício o princípio da confiança, por forma a não onerá-lo com riscos dos componentes com que não poderia contar.

143 O autor da transformação ou melhoria do produto responde pelos danos que sejam devidos à modificação operada: Decisão do BGH de 24-Mar.-1992, *NJW*, 1992, pp. 1678 e ss.. Casos haverá em que pode ser problemático identificar a intervenção da empresa como suficientemente significativa para suscitar a sua valoração como um produtor. Parece, no entanto, bastar qualquer interferência não irrelevante no modelo de produto, no processo produtivo, ou numa das qualidades do produto (desde logo, na segurança do seu emprego ou do seu consumo).

ao produto[144]. O importador ou o distribuidor não devem ser considerados como produtores, embora essa circunstância não exclua um eventual dever de cuidado no exame dos produtos importados, o mesmo podendo dizer-se quanto a peças ou componentes que devam ser instalados no produto final[145]. Em contrapartida, no tocante à responsabilidade delitual geral, os deveres de segurança podem, em certas situações, onerar os titulares de órgãos de administração ou outros titulares de poderes de direcção na organização da empresa[146]. Já a responsabilidade decorrente de defeitos de produtos de terceiros só deve ser admitida ante a verificação dos pressupostos da tutela da confiança[147].

§5. Os danos indemnizáveis

I. O regime da responsabilidade especial do produtor prevê limites para o dever de indemnizar de natureza diversa, sendo possível distinguir entre os limites de tipo material e funcional e os limites de tipo quantitativo. Os primeiros decorrem da norma presente no art. 8.º RCP, ao dispor que apenas são ressarcíveis os danos resultantes de morte ou lesão pessoal, bem como os danos em coisa diversa do produto defeituoso, desde que normalmente destinada ao uso ou consumo privado e à qual o lesado tiver dado

144 G. Wagner, *Deliktsrecht*[14], *loc. cit.*; U. Magnus, «Product liability...». *loc. cit.*.

145 Cf. a Decisão do BGH de 9-Dez.-1986 (caso «Honda»), anteriormente referido.

146 Afirmando o princípio da responsabilidade perante terceiros dos titulares de órgãos da pessoa colectiva ou de agentes da mesma (directores com a função de vigilância pela produção), a Decisão do BGH de 3-Jun.-1975, *NJW*, 1975, pp. 1827 e ss.; recusando, porém, a responsabilidade no caso concreto, por ausência da competência interna para a emissão de instruções, a Decisão do BGH de 7-Out.-1986, anteriormente citada.

147 G. Wagner, *Deliktsrecht*[14], *cit.*, p. 256: omissão de cautelas que não teria ocorrido se o utilizador não tivesse confiado na aparência de segurança concitada pelo uso do nome ou da marca de terceiro. A regra da irresponsabilidade por danos provocados por produtos de terceiro deve valer inclusivamente quanto ao comerciante, que, em princípio, não é responsável por danos resultantes da lesão de outros bens além do produto, quando tais danos decorram de defeitos ocultos e que desconheça sem culpa. É relevante notar, no entanto, que o vendedor não deixa de estar onerado com deveres de cuidado na avaliação da segurança do produto, os quais podem assumir uma intensidade agravada em determinadas circunstâncias, como a de se tratar de produtos importados (e, aqui, em especial, se a apresentação do produto for de molde a criar a impressão de que ele foi fabricado no Estado da celebração do contrato, e segundo os padrões de qualidade e segurança ali vigentes) ou de ter o vendedor razões para duvidar da qualidade do produto vendido (como o recebimento de reclamações de clientes).

principalmente esse destino[148]. A alusão à morte e à lesão pessoal deve ser entendida em termos amplexivos, no sentido de compreender qualquer espécie de violação do direito à vida ou do direito à saúde – tanto a saúde corpórea como a saúde psíquica – mas também todos os prejuízos, patrimoniais ou não patrimoniais, que resultarem dessa violação[149].

A concretização do segundo tipo de exclusões suscita dificuldades agravadas. Desde logo, cumpre notar que nela se concentram duas intenções normativas distintas: a exclusão do dever de indemnizar os danos causados a coisas destinadas a uma finalidade aquisitiva e a exclusão do dever de indemnizar os danos decorrentes da violação do direito sobre o próprio produto[150]. A primeira manifesta, ainda que apenas no domínio circunscrito dos danos patrimoniais[151], um propósito de aproximação da responsabilidade do produtor a um princípio de protecção do consumo; este não afasta, porém, a convocação do regime comum para fundamentar um dever de indemnizar os danos decorrentes da frustração de um fim de emprego lucrativo (art. 13.º RCP). A segunda explica-se a partir da ideia segundo a qual a responsabilidade do produtor se encontra exclusivamente vinculada à tutela do «interesse na integridade» dos direitos de terceiros, não servindo para assegurar o interesse no cumprimento da prestação de uma coisa conforme com o contrato, no qual teria cabimento o «interesse no uso ou aproveitamento do produto» ou o «interesse na equivalência» das prestações. Estes últimos interesses só poderiam ser tutelados no âmbito do

[148] A valoração do dano como indemnizável exige a verificação cumulativa dos dois critérios, o objectivo e o subjectivo, donde não é reparável a coisa normalmente destinada ao uso privado que o lesado utilize com uma finalidade lucrativa (o automóvel de empresa), tão pouco a coisa normalmente utilizada para uma finalidade aquisitiva ou profissional, ainda que o lesado a tenha destinado a uma finalidade pessoal, familiar ou doméstica (a grua utilizada na construção de habitação própria). Defendendo, convincentemente, a primazia do elemento subjectivo, no sentido de reservar a regra da não ressarcibilidade dos danos resultantes da danificação de coisas efectivamente utilizadas na economia pessoal do lesado quando tais coisas sejam «objectiva e geralmente de um tipo destinado apenas ao uso não-privado», J. Calvão da Silva, *Responsabilidade...*, *cit.*, pp. 698 e ss..

[149] J. Calvão da Silva, *Responsabilidade...*, *cit.*, pp. 678-680. Foerste/von Westphalen, *Produkthaftungshandbuch*[3], § 45, Rdr. 12 e ss..

[150] Criticando a regulação conjunta dos dois tipos de problemas, K. Larenz/C.-W. Canaris, *Lehrbuch des Schuldrechts*[13], II/2, *cit.*, p. 646.

[151] J. Calvão da Silva, *Responsabilidade...*, *cit.* p. 698: em contraste com o que se passa no dano da morte ou da lesão pessoal, em que a protecção da saúde e da segurança é a mesma para todos os lesados, quer se trate de um consumidor propriamente dito, um profissional que utiliza o produto no exercício da sua profissão ou um simples *bystander*.

contrato, através da «obrigação de conformidade» que só vincula primariamente o vendedor[152]. A partir desta ideia tem-se entendido que, nas hipóteses em que o defeito atingisse apenas uma parte ou uma componente do produto, vindo depois a expandir-se a toda a coisa, a afectar a sua prestabilidade ou a provocar a sua perda total («danos repercutentes» ou «de alastramento», «*Weiterfresserchäden*»), o produtor não deveria responder pelo dano final, dos custos da reparação, substituição ou depreciação do produto acabado[153]. Nos quadros da responsabilidade especial do produtor de tipo objectivo parece claro que ela não abrange este tipo de danos[154]. A questão

[152] Uma vez que só subsidiariamente, e no domínio da compra e venda e da empreitada de bens de consumo, pode o produtor ser chamado a repor a conformidade da prestação com o programa obrigacional.

[153] Sobre o problema dos «defeitos repercutentes», v., entre nós, J. Calvão da Silva, *Responsabilidade...*, *cit*., pp. 702 e ss.. Naturalmente, a questão não se coloca nos mesmos termos quando a parte ou componente defeituosa for, ela própria, um produto acabado, que apenas é instalada ou incorporada noutra coisa (como um electrodoméstico embutido num imóvel), e mesmo que passe a fazer dele parte integrante (como um elevador), respondendo o fabricante dessa parte ou componente, ele próprio, como produtor (art. 2.º, n.º 1 RCP). Este pode, porém, excluir a sua responsabilidade se demonstrar que o defeito é imputável à concepção do produto em que foi incorporada ou às instruções dadas pelo fabricante do mesmo.

[154] É esse o entendimento largamente dominante na doutrina, que rejeita a transposição para o domínio da responsabilidade independente de culpa os resultados que, entretanto, a dogmática geral dos deveres de segurança logrou atingir no tocante aos «danos do alastramento»: W. Lorenz, «Europäische Rechtsangleichung...», *cit*., p. 16; K. Larenz/C.-W. Canaris, *Lehrbuch des Schuldrechts*[13], II/2, *cit*., p. 646; MünchKomm/*Wagner*[8], ProdHaftG, § 1, Rdr. 10; Erman/*Wilhelmi*, ProdHaftG, § 1, Rdr. 3. Conforme nota J. Calvão da Silva, *Responsabilidade...*, *cit*., pp. 703-5, o argumento determinante é o de que o legislador europeu não pretendeu alargar a responsabilidade de tipo objectivo aos danos causados no próprio produto defeituoso, o que teria como consequência o esvaziamento prático do âmbito de aplicação dos Direitos nacionais quanto ao direito do não cumprimento e das soluções ali acolhidas relativas à repartição dos deveres e da responsabilidade entre produtor, vendedor e comprador. Uma posição minoritária entende, porém, que o produtor do produto final não deve deixar de responder pelo «defeito parcial» quando o produto puder, à luz das concepções gerais do tráfego, ser «decomposto» em vários produtos parciais, susceptíveis de serem assim qualificados à luz da lei da responsabilidade do produtor, e ainda que nem todos eles padeçam do defeito: Foerste/von Westphalen, *Produkthaftungshandbuch*[3], § 46, Rdr. 1 e ss., 6 e ss.; Staudinger/*Oechsler* (2018), ProdHaftG, § 1, Rdr. 19 e ss. (argumentando com a «noção de produto» constante da Directiva, com a necessidade de preenchimento das «concepções gerais do tráfego» e com a regra da solidariedade entre responsáveis, art. 6.º RCP). Na doutrina portuguesa, apesar de considerar os «danos repercutentes» como verdeiros «danos do defeito» e, por isso, entender que eles estarão, à partida, compreendidos

é, contudo, mais problemática quando colocada no plano do Direito delitual geral, uma vez que não encontramos ali uma norma equivalente ao art. 8.º RCP. A partir deste ponto pode argumentar-se que a eventual responsabilidade contratual do devedor não exclui, só por si, o preenchimento do tipo central de ilicitude através da violação do direito de propriedade sobre o produto defeituoso ou, pelo menos, que essa solução teria de ser admitida quanto à perda da substância ou do valor da parte do produto final que não fosse defeituosa no momento em que o lesado a tivesse adquirido[155].

na exclusão do art. 8.º RCP, Calvão da Silva acolhe um critério funcional para resolver os casos de dúvida sobre a questão de saber se o dano atingiu coisa diversa, considerando que o aspecto «determinante não é a possibilidade de separação técnica das partes constitutivas do produto, mas a sua unidade ou o seu todo dentro da concepção do tráfego em geral e do comprador». Este critério não deixa de suscitar dificuldades, como aquelas que parecem avultar nos exemplos com que ilustra o seu pensamento: a destruição do automóvel num acidente provocado por uma avaria na bateria ou nos travões não constituiria um dano causado em coisa diversa do produto defeituoso, mas «dano causado por um defeito do produto no mesmo produto», ao contrário da danificação ocorrida por motivo de rebentamento de um pneu, uma vez que «nessa hipótese, o pneu é produto acabado defeituoso, que vai provocar danos noutra coisa diferente – o automóvel – e já não parte componente de uma unidade compósita». Criticando o critério da autonomização funcional dos componentes do produto, pelo arbítrio que envolve a sua aplicação, MünchKomm/*Wagner*[8], ProdHaftG, § 1, Rdr. 11.

[155] A discussão em torno dos «*Weiterfresserschäden*» tem geralmente gravitado em torno do problema da delimitação entre a responsabilidade pelo não cumprimento de deveres de prestação e a responsabilidade aquiliana: trata-se, mais especificamente, de saber se, e em que medida é que a propriedade sobre o objecto da prestação devida (e não sobre outros bens do credor, distinguindo-se por esta via da temática dos danos consequenciais ao defeito, «*Mangelfolgeschäden*») pode ser tutelada pela via delitual geral, independentemente da relação (de concurso aparente ou efectivo e, aqui, de pretensões ou fundamentos aquisitivos da prestação) que se estabeleça com as normas relativas à responsabilidade pelo não cumprimento. O relevo dogmático e o alcance prático da questão decorre da diversidade das soluções vigentes nos dois sistemas de responsabilidade. Em especial, não parece ser um resultado adequado o de sujeitar todos os danos que sobrevierem a um defeito que ocorre em momento ulterior à transferência da propriedade para o comprador – sobretudo quando esses danos "alastrarem" a uma parte do objecto ou do valor da propriedade não coberta pelo defeito no momento em que o direito se tiver transferido – aos prazos de prescrição do direito ao cumprimento e, bem assim, aos prazos de caducidade para a comunicação do defeito da prestação. A jurisprudência alemã tem admitido, assim, a subsistência de um campo de aplicação da responsabilidade aquiliana, concorrente com a tutela contratual, com base na violação do dever genérico de respeito pela propriedade do credor, recusando o formalismo do argumento segundo o qual o credor não chegara a adquirir o direito de propriedade sobre uma coisa conforme (ainda nesse sentido, v., contudo, a Decisão do BGH de 30-Mai.-1963, *BGHZ*, 39, pp. 366 e ss.), e fazendo prevalecer a ideia de que não deveriam

ficar por reparar os danos que a realização da prestação desconforme provocara no património do credor e que não pudessem ser compensados mediante os «remédios» previstos no Direito do não cumprimento. D. Looschelders, *Schuldrecht – BT*[16], *cit.*, p. 87; Staudinger/*Hager* (2017), § 823, B. 115.

Embora, conforme dizemos, a questão tenha uma relevância maior na delimitação entre o campo da responsabilidade fundada no contrato e o da responsabilidade fundada no delito, nem por isso ela deixa de estar presente no momento da delimitação da extensão do dever de indemnizar do produtor, uma vez que também aqui se torna necessário determinar se o dano concretamente sofrido pelo lesado se verificou «no» próprio produto defeituoso ou antes «numa coisa diversa», que também lhe pertença. E, também sob este ponto de vista, a questão pode não ser de fácil resolução, tendo em conta a circunstância de o defeito poder manifestar-se sob a forma de prejuízo verificado após a transferência da propriedade e poder dar-se o caso de ele não poder ser ressarcido nos termos da responsabilidade contratual (ou integralmente «anulado» pelo direito à redução do preço ou pela resolução parcial). O campo das situações em que se deve entender que o defeito da prestação se repercute numa violação do direito sobre a coisa devida é, contudo, outra questão relativamente à qual nunca se chegou a um consenso (para uma visão mais detalhada, Foerste/von Westphalen, *Produkthaftungshandbuch*[3], § 21, Rdr. 50 e ss.). O BGH começou por recorrer a um critério naturalístico ou material: assim, haveria uma violação do direito de propriedade quando o dano tivesse atingido «isoladamente» uma zona ou parte funcionalmente separável da prestação, como na prestação de uma máquina de secagem e limpeza de produtos industriais que foi entregue com dois sensores de nível de água avariados e que, por essa razão, acabou por sobreaquecer e incendiar-se na fábrica do proprietário (Decisão de 24-Nov.-1976, *BGHZ*, 67, pp. 359 e ss.); o tribunal reconheceu o direito do comprador aos custos necessários à reparação do aparelho, apesar de se encontrar já prescrito o direito à eliminação do defeito, com o argumento de que, neste caso, o comprador chegara a adquirir a propriedade sobre um bem conforme com o contrato e que, no momento da transferência da propriedade, o defeito atingia apenas uma parte da coisa, ao passo que a perda da funcionalidade da coisa só ocorrera posteriormente. O BGH viria a modificar este entendimento, num caso que versava sobre a compra e venda de um automóvel de competição, que foi entregue com um pneu traseiro impróprio para a circulação a alta velocidade; tendo o rebentamento do pneu provocado um acidente. Neste caso, o BGH reconheceu ao comprador o direito à reparação do automóvel, com o argumento de que, apesar de este ser já desconforme com a prestação no momento da entrega, o automóvel possuía um valor totalmente diverso daquele que passou a ter após o acidente, ie., que o dano ocorrido se mostrava «qualitativamente diverso» do desvalor específico da existência do defeito («*Mangelunwert*») (Decisão do BGH de 5-Jul.-1978, *NJW*, 1978, pp. 2241 e ss.; v. igualmente a Decisão do BGH de 11-Fev.-2004, *NJW*, 2004, pp. 1032 e ss.). A fórmula da «identidade qualitativa» («*Stoffgleichheit*») do dano foi novamente aplicada e suplementada pela Decisão de 18-Jan.-1983, *NJW*, 1983, pp. 812 e ss., em que se discutia se o proprietário de uma oficina de automóveis tinha direito a ser compensado pelos danos que sofreu pelo facto de o elevador de veículos que comprara ter cedido, tendo com isso danificado a propriedade dos seus clientes: o BGH veio a julgar improcedente tal pretensão, com a justificação de que o defeito do elevador, tal qual existia no

momento da transferência da propriedade, se estendia *ab initio* e de forma irremediável, a toda a coisa, na medida em que afectava a sua funcionalidade e a tornava num bem desprovido de qualquer valor. Com esta decisão, passou o BGH a operar com o binómio «interesse na integridade»/«interesse na equivalência», afirmando que o interesse no recebimento de uma prestação que compense o valor da contraprestação efectuada só pode ser assegurado nos quadros da responsabilidade obrigacional e que a pretensão indemnizatória fundada na violação do direito de propriedade só pode respeitar aos prejuízos que não possam ser "compensados" através de um «remédio» sinalagmático, como a redução do preço. Não se tratava, no fundo, de tomar uma opção entre um ponto de vista naturalístico, fáctico ou funcional, e um outro normativo ou valorativo, mas antes de defender uma pluralidade de critérios, alegadamente aptos a resolver diferentes tipos de casos, e susceptíveis de serem complementados por outros: assim, por exemplo, seria de aceitar a identidade qualitativa entre o dano decorrente da lesão da propriedade e o dano do defeito, quando a pretensão à reposição da conformidade se encontrasse excluída, pela impossibilidade ou pelo carácter desproporcionado dos seus custos face ao interesse do credor no cumprimento, mas também quando a própria identificação do defeito no momento do cumprimento fosse praticamente impossível ou exigisse custos desproporcionados ou sacrifícios inexigíveis (Decisões do BGH de 18-Jan.-1983, *BGHZ*, 86, pp. 256 e ss.: entrega de um automóvel com um problema no funcionamento do cabo de aceleração, fazendo com que o veículo acelerasse, ainda que o condutor não tivesse pressionado o pedal, o que esteve na origem de dois acidentes de viação, e de 24-Mar.-1992, *NJW*, 1992, pp. 1678 e ss.). E foi, também, com apoio na teoria da «identidade qualitativa» do dano que o BGH rejeitou uma pretensão indemnizatória (em rigor, do ressarcimento dos custos da reparação), fundada na lesão da propriedade num caso em que, pela presença de um defeito no funcionamento do sistema eléctrico, um conjunto de camas de hospital ajustáveis colocavam o perigo de um curto-circuito que deflagraria o incêndio que se alastrasse a todo o equipamento: a rejeição da existência de uma violação da propriedade decorreria não apenas do facto de o defeito já existir (ainda que numa forma latente) no momento da entrega da coisa e de, já então, a coisa se encontrar depreciada, mas também do facto de ter deixado de existir uma necessidade de prevenir o dano através da imposição ao produtor da reparação da coisa, uma vez que, perante o alerta do perigo de incêndio pelo produtor, o dano já seria evitável por um comprador ou utilizador consciente e informado (v. a Decisão do BGH de 16-Dez.-2009, que referimos, em sentido crítico, em momento anterior deste texto). Apesar de colher o apoio de um sector minoritário da doutrina (assim, por exemplo, W. Fikentscher/A. Heinemann, *Schuldrecht*[10], *cit.*, p. 763; D. Looschelders, *Schuldrecht – BT*[16], *cit.*, pp. 87 e ss., Staudinger/*Hager*, § 823, B. 115 e ss.,; aparentemente, tb. D. Medicus, *Schuldrecht – BT*, *cit.*, p. 26), a maior parte dos autores tem-se pronunciado contra a teoria da «*Stoffgleichheit*», invocando, entre outras razões, o argumento de o tipo de ilícito da violação da propriedade não chegar a ser preenchido nos casos de que damos conta, ou que a fórmula do BGH gera dificuldades e inconsistências desnecessárias ou, ainda, que o Direito do não cumprimento já permite prestar as soluções adequadas, havendo, pois, ou de se assumir a sua primazia (C. von Bar, *Probleme der Haftpflichtrecht für deliktsrechtliche Eigentumsverletzungen*, VVG, 1992, pp. 23 e ss.; H. Honsell, «Produkthaftung und allgemeine Deliktshaftung», *JuS*, 1995, pp. 211-5; G. Brüggemeier, *Haftungsrecht: Struktur, Prinzipien,*

Apesar de a questão reclamar um tratamento mais aprofundado, que não podemos aqui desenvolver, não deixaremos de expor as reservas que nos suscitam as propostas de resolução do problema assentes no tipo de dano ou de interesse que concretamente tiver sido atingido pelo «defeito expansivo» do produto, ou na possibilidade (fáctica, funcional, económica ou outra) de autonomização dos constituintes daquele produto. O critério deter-

Schutzbereich, Springer, 2006, pp. 338 e ss.; Foerste/von Westphalen, *Produkthaftungshandbuch*[3], § 21, Rdr. 33 e ss.; MünchKomm/*Wagner*[8], § 823, Rdr. 286), pelo menos, adequar às suas valorações o espaço residual do delito (assim, por exemplo, M. Fuchs/W. Pauker/A. Baumgärtner, *Delikts- und Schadensersatzrecht*, *cit*., pp. 26-7). Outras posições passam pela reformulação do critério delimitador entre a responsabilidade pelo não cumprimento e a tutela aquiliana da propriedade: entre estas, sublinhe-se a de Beate Gsell, *Substanzverletzung*..., *cit*., pp. 95 e ss., 187 e ss., 234, que se traduz em restringir a tutela do «interesse na integridade» às hipóteses em que a existência do defeito imponha ao devedor a prestação da informação devida sobre o risco do alastramento do dano (em sentido concordante, Foerste/von Westphalen, *Produkthaftungshandbuch*[3], § 21, Rdr. 34, 39). Na verdade, o problema não parece colocar-se ao nível da possibilidade de reconhecimento da tutela delitual da propriedade sobre a parte do objecto não atingida pelo defeito: sendo aquela de reconhecer contra um terceiro (incluindo o próprio *produtor*, fora do domínio da responsabilidade especial, de tipo objectivo), não existe motivo para que ela não seja teoricamente admitida também no domínio do contrato. O problema é, antes, o de que, no concurso entre a pretensão indemnizatória contratual e a delitual, embora a determinação do regime concretamente vigente deva ser feita ponto a ponto e não de uma forma dedutivista, «em bloco», existem boas razões para aceitar uma relativa primazia da responsabilidade obrigacional. Isso pode constatar-se, por exemplo, na vigência do princípio do cumprimento natural, que não deixa de poder ser invocado pelo devedor, em detrimento de uma indemnização (em espécie ou pecuniária) emergente da lesão da propriedade do comprador, no reconhecimento de que o direito ao cumprimento tardio (ou «à segunda tentativa», para remover o defeito) implica, em muitos casos, a reparação dos «danos residuais» ou «do alastramento», mas também na falência da proposta de resolver este tipo de problemas a partir da distinção entre o interesse na integridade e o interesse na equivalência. Estes conceitos foram originalmente pensados para resolver o problema diverso da delimitação entre o dano do defeito e danos consequenciais ou indirectos (portanto, entre o não cumprimento e o dever de respeito por outras situações jurídicas, do credor ou de terceiros), mas revelam-se imprestáveis para demarcar a linha de fronteira entre o direito ao cumprimento e a tutela da propriedade sobre a coisa devida (a integridade desta é naturalmente um pressuposto da conformidade da prestação devida e é por isso, parte do «interesse na equivalência»). As insuficiências e as lacunas do Direito contratual devem, pois, ser combatidas no mesmo plano em que emergem, pelo desenvolvimento da protecção do direito ao cumprimento, seja na perspectiva da política legislativa, como é aquela que vem sendo seguida no Direito consumo (por exemplo, alargando os prazos para a comunicação do defeito ou os prazos de prescrição da obrigação de indemnizar), seja, no plano do direito constituído, pelo alargamento das possibilidades da responsabilização do devedor negligente pelos defeitos da coisa.

minante parece encontrar-se, antes, no *objecto* e no *escopo* do *concreto dever violado* pelo produtor. A esta luz, a exclusão dos danos causados no próprio produto torna-se compreensível pelo facto de o produtor não se encontrar obrigado a assegurar ao dono da coisa uma «titularidade intocada»: o seu dever esgota-se na abstenção da colocação no tráfego de produtos que, pela forma como foram concebidos ou fabricados, criem o perigo de lesão de direitos de terceiros. O cumprimento hipotético desse dever consistiria, pois, na não colocação em circulação do produto defeituoso, mas não na colocação em circulação de um produto conforme, o que exclui a violação de um direito do proprietário do produto (comportamento lícito alternativo)[156].

II. A circunstância de o dever do produtor assumir a direcção da segurança para direitos de terceiros não significa, contudo, que o produtor esteja, em todos os casos, desonerado de um dever de agir sobre o produto, reparando-o ou, não sendo isso, possível, substituindo-o, suportando os custos a tanto necessários, ou mesmo retirando o produto de circulação. Essas medidas podem ser impostas ao produtor como objecto de um dever de segurança no tráfego, na medida em que as mesmas se mostrem necessárias e adequadas a evitar que o produto, colocado em circulação de uma forma indevida, porque padece de um defeito de concepção ou de fabrico, provoque a lesão de outros bens delitualmente protegidos[157]. Dogma-

[156] Em sentido próximo, Beate Gsell, *Substanzverletzung...*, *cit.*, pp. 39 e ss., 231 e ss.. A solução deve ser a mesma, quer o defeito parcial provenha de uma parte, componente ou matéria-prima do próprio fabricante do produto final ou de um outro produtor: o dever de prevenir que o risco do defeito parcial se repercuta no produto final não tem como fim o de permitir a preservação da integridade material, da funcionalidade ou do valor deste direito na esfera do proprietário.

[157] É, no entanto, insuficiente para fundar um dever de intervenção um perigo que se esgote na perda da substância, função ou valor do produto defeituoso. São muitos os autores que admitem a incidência dos deveres de segurança com a finalidade de evitar que o defeito parcial alastre a toda a coisa de forma potencialmente perigosa para outros direitos delitualmente protegidos, nos termos de uma responsabilidade aquiliana por riscos para a ambiência («*deliktrechtsliche Haftung für Umweltgefährdung*»: por exemplo, o risco de rebentamento de um pneu de um automóvel ou de um curto-circuito no sistema eléctrico de uma cama de hospital): H. Stoll, «Zum deliktischen Schadensausgleich bei "weiterfressenden" Mängeln», *JZ*, 1983, pp. 501-4 e ss. (p. 503), G. Hager, «Zum Schutzbereich der Produzentenhaftung», *AcP*, 184 (1984), pp. 413-438 (pp. 416-8: dever geral de segurança, fundado no «interesse delitual genérico» do comprador, não no seu interesse prestacional); I. Schwenzer, «Sachgüterschutz im Spannungsfeld deliktischer Verkehrspflichten und vertraglicher Leistungspflichten», *JZ*, 1988, pp. (pp. 527-8); MünchKomm/*Mertens*[3], § 823, Rdr. 108.

ticamente, tal dever inscreve-se na tutela primária, extraobrigacional, das destinações jurídicas, não na responsabilidade civil: assim, os custos da remoção do defeito serão imputáveis ao produtor a título de despesas preventivas do dano. Concretizando-se, porém, o perigo lesivo na destruição ou na danificação da coisa, apenas deverão ser indemnizados ou compensados sob a forma pecuniária os danos emergentes da violação dos direitos ameaçados, não do direito sobre o produto defeituoso.

III. Próximos dos casos dos danos de alastramento são aqueles outros em que se coloca a hipótese de violação do direito sobre os objectos (matérias-primas, componentes) que, sendo empregues no fabrico do produto defeituoso, acabam por ficar inutilizados (os chamados «danos da produção», «*Produktionsschäden*»). A medida da ressarcibilidade destes prejuízos é algo diminuta quando estiver em causa a interpretação-aplicação do regime especial de responsabilidade do produtor, uma vez que o lesado não é tipicamente o adquirente do produto final, mas um produtor ou fornecedor dos elementos utilizados no fabrico da coisa, sendo que o regime especial da responsabilidade do produtor exclui a reparação danos causados a coisas utilizadas para um fim não privado. A reparação já parece ser de admitir quanto a coisas destinadas ao uso ou consumo individual (materiais de construção de uma moradia fornecidos pelo próprio comprador)[158] e, de uma forma geral, abrangendo também o perecimento ou inutilização de coisas vinculadas a uma finalidade aquisitiva, quando a responsabilidade se fundar na violação de um dever de segurança do produtor[159].

IV. No tocante às «coisas diversas» do produto, nenhuma razão existe para limitar a indemnização aos danos directos ou imediatos, havendo antes que seguir a regra geral da reparação integral: os lucros cessantes, a privação de uso e certos prejuízos puramente patrimoniais (como a depreciação da coisa) são ressarcíveis, nos termos do Direito comum, e nos da responsabilidade especial do produtor[160].

Também MünchKomm/*Wagner*[8], § 823, Rdr. 285, criticando o entendimento de Beate Gsell, segundo o qual o produtor não teria qualquer dever de zelar pelo alastramento do defeito parcial, mas apenas o de avisar os utentes e outros terceiros dos perigos envolvidos.

158 Por exemplo, MünchKomm/*Wagner*[8], ProdHaftG, § 1, Rdr. 10.

159 MünchKomm/*Wagner*[8], § 823, Rdr. 290-1. Contra, v., por exemplo, D. Looschelders, *Schuldrecht – BT*[16], *cit.*, p. 545.

160 Por exemplo, Foerste/von Westphalen, *Produkthaftungshanduch*[3], *cit.*, § 21, Rdr. 50 ss.; MünchKomm/*Wagner*[8], ProdHaftG, § 1, Rdr. 2; U. Magnus, «Product liability...», cit., p. 258.

V. No Direito comum, o cômputo da obrigação de indemnização encontra-se sujeito às regras gerais, as quais se reconduzem, essencialmente, ao princípio do ressarcimento integral dos danos no campo dos danos patrimoniais (arts. 562.º e 566.º) e à regra do «cômputo equitativo», segundo diversos elementos de justiça, que incluem a culpa das partes, no domínio dos danos não patrimoniais. Quanto aos limites de tipo quantitativo, estes incidem hoje apenas sobre os danos patrimoniais[161] e sob a forma de um limite mínimo de 500 euros (art. 9.º RCP)[162]. A eliminação de um limite máximo tem, por vezes, sido criticada por se conjugar mal com uma responsabilidade de tipo objectivo e por elevar excessivamente os custos da empresa com prémios de seguros sem limites de responsabilidade, uma consequência que acaba inevitavelmente por ser repercutida sobre os consumidores[163].

§6. A causalidade e a imputação. A pluralidade de sujeitos responsáveis. A culpa do lesado

I. A constituição de um dever de indemnizar do produtor pressupõe o estabelecimento de um nexo de causalidade e de imputação entre o defeito – de concepção, fabrico, informação ou de observação do produto – e os danos sofridos pelo lesado. Esta indagação deve ser feita de acordo com as proposições vigentes no sistema central.

A ideia de que nenhum pensamento teórico permite prestar uma explicação convincente para todos os problemas e de que o nexo de imputação deve ser aferido segundo critérios diversos em conjuntos de casos igual-

Com outro entendimento, e apoiando-se no teor literal do art. 8.º RCP e do art. 9.º da Directiva, J. Calvão da Silva, *Responsabilidade...*, *cit.*, p. 700.

[161] A regra que estabelecia um limite máximo (global) da indemnização em caso de morte ou lesão de várias pessoas em 10.000 milhões de escudos foi revogada pelo Decreto-Lei n.º 131/2001, de 24 de Abril. Sobre as razões subjacentes à autorização constante da Directiva para a adopção, pelos Estados-Membros, de *plafonds* máximos de responsabilidade, J. Calvão da Silva, *Responsabilidade...*, *cit.*, pp. 689 e ss..

[162] Visa-se, assim, introduzir um «limite de significatividade» do dano e, por essa forma, excluir a relevância dos danos meramente bagatelares, desincentivando-se a litigiosidade excessiva: J. Calvão da Silva, *Responsabilidade...*, *cit.*, p. 703, sublinhando que a norma é aplicável ainda que o dano real exceda aquele valor (até ao valor de 500 euros, é o lesado quem suporta o dano). U. Magnus, «Product liability..», *cit.*, p. 260.

[163] L. Menezes Leitão, *Direito das Obrigações*[15], I, *cit.*, pp. 398-9, n. 907. Concordando com a alteração, Maria da Graça Trigo, *Temas...*, *cit.*, p. 109 e n. 120.

mente distintos, também aqui surge como persuasiva[164]. Um dos mais complexos problemas neste domínio prende-se com as dificuldades de prova do nexo de causalidade. Não nos sendo possível desenvolver aqui esta temática, não deixamos de repisar a ideia segundo a qual a prova do nexo causal pode ser facilitada por via de uma atenuação do grau de convicção necessário quando estiver demonstrada a existência de um defeito e o efeito lesivo surgir como a concretização de um risco típico daquele defeito[165].

Mais controversa é a questão de saber se, em face da incerteza sobre o nexo causal entre a violação do dever (ou a existência do defeito como resultado da violação desse dever) e o dano (primário ou consequencial) que não atinja o limiar da convicção necessária para que se possa admitir a causalidade, se pode renunciar à ideia da condicionalidade do facto lesivo. A questão parece reclamar uma resposta de tipo negativo quando o risco lesivo do defeito concorrer com os riscos inerentes ao lesado ou a riscos naturais, pela mesma ordem de razões que nos leva a admitir a «perda de chance» como um dano delitualmente indemnizável. Mais plausível parece, porém, a tese que admite a imputação nas hipóteses de «sobredeterminação causal», sobretudo nas situações de causalidade alternativa, relativamente frequentes no domínio da responsabilidade do produtor, quando tiverem sido colocados em circulação, em série, vários produtos defeituosos sem que se saiba quem é o fabricante do produto concretamente utilizado ou consumido pelo lesado[166]: essa uma solução que melhor se explica pela

[164] Não deixamos, assim, de notar a relevância que na responsabilidade do produtor assume a teoria do escopo da norma violada, em especial, no domínio da responsabilidade de tipo objectivo: um dos momentos determinantes do juízo de imputação passa por verificar se o dano concretamente sofrido pelo lesado corresponde à concretização do risco conexo com o defeito do produto. MünchKomm/*Wagner*[8], ProdHaftG, § 1, Rdr. 21; Staudinger/*Oechsler* (2018), ProdHaftG, § 1, Rdr. 33.

[165] Esse entendimento aproxima-se, no seu resultado, da tese que admite a prova «*prima facie*» do nexo causal quando inexistir outro facto idóneo a provocar o efeito lesivo. Entre nós, J. Calvão da Silva, *Responsabilidade...*, *cit.*, pp. 712 e ss.. Na hipótese dos defeitos de informação/instrução, tem-se aceitado a presunção de causalidade quando o comportamento conforme com a informação correcta fosse adequado a prevenir o evento lesivo. U. Magnus, «Product liability...», *cit.*, p. 267.

[166] Sobre o problema, J. Calvão da Silva, *Responsabilidade...*, *cit.*, pp. 579 e ss., pp. 586-7, encontrando apoio na formulação negativa da teoria da causalidade adequada para a solidariedade da obrigação de indemnizar dos produtores provavelmente responsáveis (e sem os quais o dano não se teria verificado): «se várias pessoas foram prováveis responsáveis pelos danos decorrentes de produto genérico, não se podendo saber quem, entre os vários produtores, os causou real e especificamente – se um só (e qual), se todos ou uma parte deles

deslocação para os vários responsáveis pelos produtos defeituosos do risco da incerteza sobre a existência da causalidade, sem prejuízo da possibilidade de cada um dos produtores (*lato sensu*) demonstrar que não foi o seu produto a provocar o dano real.

II. Havendo pluralidade de responsáveis pelos danos, a responsabilidade é solidária (arts. 497.º, n.º 1, 6.º, n.º 1e 7.º, n.º 2 RCP), solução que parece ser aplicável qualquer que seja o título da imputação (culpa, violação objectiva do dever ou risco do defeito de fabrico), e independentemente da natureza da intervenção concreta de cada um no processo danoso (e da sua qualificação como produtor *stricto sensu*, importador para a União Europeia, produtor aparente, etc.) e da medida da contribuição causal do seu comportamento para a verificação do dano[167]. Nas relações internas, a repartição dos danos deve fazer-se nos quadros de uma ampla ponderação dos diversos elementos de justiça relevantes no caso. Divergindo – pelo menos, na aparência – do que resulta das regras gerais, o n.º 2 do art. 6.º RCP permite a repartição do dano entre responsáveis a título de culpa e responsáveis com base no risco do produto, atendendo à gravidade daquela culpa e à dimensão deste risco, mas também em virtude da medida da contribuição causal de cada um para o dano final; tudo isto sem prejuízo da consideração de outras razões relevantes no caso[168], bem como da possibilidade de atenuar a responsabilidade de cada um, nos quadros do art. 494.º.

– deve entender-se que é solidária a sua responsabilidade». Admitindo, mesmo na ausência de uma disposição como o § 830 (I) do BGB, a imputação nas hipóteses de causalidade alternativa, e com diferentes justificações, já A. Vaz Serra, «Responsabilidade contratual e responsabilidade extracontratual», *BMJ*, 85 (1959), pp. 115-243 (pp. 137 e ss.); M. Carneiro da Frada, *Direito Civil – Responsabilidade Civil – O método do caso*, Almedina, Coimbra, 2006, pp. 107 e ss.; P. Mota Pinto, *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*, I, Coimbra Ed., Coimbra, 2008, pp. 654-5, n. 1859; Mafalda Miranda Barbosa, *Do nexo de causalidade ao nexo de imputação*, II, Principia, Lisboa, 2013, pp. 1170 e ss., Id., *Lições de responsabilidade civil*, Principia, Lisboa, 2017, pp. 277 e ss..

[167] Esta solução manifesta inequivocamente um princípio de favor do lesado, permitindo-lhe fazer deslocar para a lado dos diversos intervenientes na cadeia de distribuição o risco da insolvência de cada um deles, na hipótese em que mais de um deles tiver violado um dever de segurança próprio ou colocado em circulação uma parte ou componente defeituosa. J. Calvão da Silva, *Responsabilidade...*, *cit.*, pp. 578-9.

[168] Conforme nota J. Calvão da Silva, *Responsabilidade...*, *cit.*, p. 592, um dos aspectos a atender será a existência do seguro, pelo menos, quando a indemnização se revelar «economicamente opressiva» para algum ou alguns dos produtores responsáveis. Outros podem também relevar, como as consequências do facto lesivo do lado dos autores do comportamento

III. É a mesma ideia reitora de proceder a uma repartição materialmente justa do dano que subjaz à norma que permite ao decisor manter, reduzir ou excluir a responsabilidade quando para o dano tiver contribuído um comportamento imputável ao próprio lesado (art. 7.º, n.º 1 RCP). Esta é uma afirmação dos princípios da autorresponsabilidade e de igualdade na relação entre lesante e lesado, cujos efeitos irradiam sobre o sistema central, no reforço da justeza do modelo alocatório e valorativamente plural do n.º 1 do art. 570.º, e para uma leitura que permite conter a rigidez do art. 505.º e do n.º 2 do art. 570.º[169]. Aqui, como em geral acontece, a aplicação da norma que consente o desvio à regra do «tudo-ou-nada» pressupõe que o dano se tenha verificado num espaço convergente da hétero e da autorresponsabilidade, sendo a mesma de excluir nas hipóteses em que os danos se tiverem ficado a dever exclusivamente a um comportamento ou a um factor atinente ao próprio lesado (como a assunção, consciente e voluntária, dos riscos inerentes a certo produto, consabidamente perigoso ou nocivo para a saúde)[170].

§7. As causas de exclusão da responsabilidade especial do produtor

I. O regime especial da responsabilidade do produtor enumera um conjunto de situações de exclusão da responsabilidade (art. 5.º RCP). Apesar de esta ser técnica típica da responsabilidade objectiva, esse não é um argumento decisivo para que se reconheça ser essa a natureza dogmática da

lesivo (a vantagem, como o lucro ou a poupança das despesas, que a cada um dos produtores tiver proporcionado a omissão do cuidado devido). Maria da Graça Trigo, *Responsabilidade...*, *cit.*, p. 106.

169 V., por todos, J. Brandão Proença, *A conduta do lesado como pressuposto e critério de imputação do dano extracontratual*, Almedina, Coimbra, 1997, pp. 808 e ss.. Seria, em boa verdade, notória a inconsistência valorativa de um sistema no qual o produtor não deixasse de responder, ainda que apenas por parte dos danos, quando tivesse colocado em circulação um produto defeituoso, mesmo que sem culpa, mas que já visse a contribuição culposa do lesado levar à exclusão da sua responsabilidade, quando esta resultasse da presunção de culpa na violação de um dever objectivo de cuidado na concepção, no fabrico ou na observação do produto colocado em circulação.

170 Neste sentido, Maria da Graça Trigo, *Temas...*, *cit.*, pp. 113-4, reportando-se a um caso decidido pelos nossos tribunais, considera que o fabricante de um produto de limpeza industrial que não se encontre devidamente embalado e identificado como tóxico não vê a sua responsabilidade totalmente excluída se a ingestão por uma criança se tiver devido também à incorrecta arrumação do produto pelos pais (junto a medicamentos) ou ao erro na sua administração pela avó.

situação jurídica do produtor. Determinante para fixar o fundamento desta responsabilidade na inobservância do dever de cuidado exigível a um participante ideal no tráfego é a exclusão assente no estado dos conhecimentos técnico-científicos (al. e)), à qual já nos referimos em diversos momentos do presente estudo. Igualmente sintomática do carácter objectivamente ilícito do comportamento fundamentador da responsabilidade está na circunstância de o produtor não responder quando o defeito for devido à conformidade do produto com normas imperativas estabelecidas por autoridades públicas (al. d)). Com efeito, o fundamento desta norma é o de evitar que o produtor possa ser responsabilizado numa situação em que se encontre num conflito de deveres, conferindo a primazia do dever de legalidade sobre o dever de observar o cuidado devido na concepção e no fabrico do produto[171]. Por essa ordem de razões, a exclusão da responsabilidade só ocorre quando não for viável tecnicamente uma alternativa de produção que confira maior segurança e quando a norma legal for imperativa, suficientemente precisa e o seu incumprimento determine a aposição de uma sanção para o produtor.

II. O produtor não responde pelos danos provocados por um produto defeituoso que tiver colocado em circulação (al. a)): note-se que a responsabilidade não estará afastada pelo facto de o produto não ter sido colocado no mercado, uma vez que a mera subtracção fora da esfera própria do produtor e a mera abertura ao tráfego já o vincula à prestação de uma segurança conforme com as expectativas de um participante no tráfego[172]. É também a circunstância de o risco inerente ao produto defeituoso se não inscrever na esfera de domínio da organização produtiva que explica a al. b) do art. 5.º RCP[173]: se for razoável admitir a conformidade do produto no momento em que ele foi colocado em circulação, deve supor-se que a

[171] MünchKomm/*Wagner*[8], ProdHaftG, § 1, Rdr. 43 e ss..

[172] A literatura de língua alemã refere-se, a este respeito, ao «*Werktorprinzip*», para assinalar que a colocação consciente e voluntária do produto fora do âmbito do domínio e da organização da empresa já representa a sua colocação em circulação: Foerste/von Westphalen, *Produkthaftungshandbuch*[3], § 46, Rdr. 20; MünchKomm/*Wagner*[8], ProdHaftG, § 1, Rdr. 24.

[173] A disposição não é aplicável aos defeitos de concepção, uma vez que estes não podem logicamente surgir em momento posterior àquele em que o produto é colocado no mercado. Podendo ser aplicada aos defeitos de informação ou instrução (por exemplo, adulteração ou erro na tradução das instruções do fabricante pelo importador ou pelo distribuidor), ela tende operar no domínio dos defeitos de fabrico: MünchKomm/*Wagner*[8], ProdHaftG, § 1, Rdr. 35.

perigosidade para os bens de terceiro adveio da actuação que sobre ele tiver tido um terceiro (por exemplo, distribuidor ou transportador) ou o próprio lesado[174].

Excluída está também a responsabilidade por danos decorrentes de produtos fabricados sem uma intenção de venda ou de distribuição com um objectivo económico e que tenham sido produzidos ou distribuídos forma do âmbito da sua actividade profissional (al. c))[175]. Trata-se de dois requisitos de verificação cumulativa, que reflecte o propósito político-legislativo de limitar a responsabilidade agravada (isenta de culpa) aos profissionais, que se encontram em posição de poder internalizar as indemnizações no custo global da sua actividade e repercuti-lo sobre os demais consumidores[176].

Por fim, cumpre notar que o fornecedor de uma parte componente também não responde se os danos tiverem resultado da concepção do produto em que essa parte tiver sido incorporada ou das instruções dadas pelo fabricante do produto final (al. f)). Em rigor, é duvidoso que deste preceito conste uma causa autónoma de exclusão da responsabilidade do fabricante do produto parcial[177]. Na verdade, este não responde pelos prejuízos que tenham sido provocados pelo produto final e não especificamente pelo produto parcial, o que significa que a disposição se destina a afastar a ilacção de que tais prejuízos se devem ao defeito da componente ou da matéria-prima e, com isso, a solução da responsabilidade solidária de ambos os produtores. Esse resultado já poderia retirar-se do *Tatbestand* de responsabilidade do art. 1.º, uma vez que em qualquer das situações previstas o defeito

[174] O advérbio «razoavelmente» pretende aliviar a medida do ónus probatório do produtor quanto aos factos que servem de fundamento à excepção impeditiva: entendendo tratar-se de uma diminuição do grau de prova, situando-o ao nível de uma probabilidade preponderante, MünchKomm/*Wagner*[8], ProdHaftG, § 1, Rdr. 38.

[175] Conforme nota Maria da Graça Trigo, *Temas...*, *cit*., p. 115, a exclusão da responsabilidade não ocorre forçosamente pelo facto de os bens terem sido alienados gratuitamente, mas apenas quando essa alienação não tiver cabimento na actividade profissional do fabricante (o que não acontece nos casos de brindes e outras formas de *merchandising*, mas tendencialmente apenas em situações limitadas, como a distribuição do bem no âmbito de relações familiares ou de amizade).

[176] MünchKomm/*Wagner*[8], ProdHaftG, § 1, Rdr. 39 e ss. (por exemplo, o uso doméstico de impressoras 3D). O Autor defende a irrelevância de uma alteração das intenções do produtor, entendimento que nos merece reservas, uma vez que as expectativas dos consumidores quanto à segurança do produto que viessem a adquirir posteriormente não deixam de merecer protecção e são indiferentes à intenção originária do produtor.

[177] Neste sentido, MünchKomm/*Wagner*[8], ProdHaftG, § 1, Rdr. 63 e ss.; Staudinger/*Oechsler* (2018), ProdHaftG, § 1, Rdr. 132 e ss..

não resulta da coisa colocada em circulação, mas de um facto posterior e imputável a terceiro (instalação num produto desconforme ou prestação de instruções incorrectas). Segundo esta leitura, a norma acaba por ter, em lugar de um efeito exoneratório, antes um efeito de agravamento da responsabilidade dos produtores: quanto ao fabricante do produto parcial, ao presumir que o dano decorre da parte componente; quanto ao fabricante do produto final, uma vez que a realização daquela prova acaba por facultar ao lesado a prova indiciária de que o dano resulta de um defeito do produto acabado (defeito de concepção ou de informação).

§8. Balanço e perspectivas de reforma

I. O regime jurídico relativo à responsabilidade civil do produtor conhece os instrumentos adequados para proceder ao equilíbrio entre a protecção da segurança e o direito à empresa, procurando reforçar pela via da responsabilidade civil a tutela da vida, da saúde e dos interesses dos consumidores, sem com isso comprometer um espaço mínimo de liberdade que é condição necessária do desenvolvimento técnico e do progresso económico. Todavia, estas possibilidades ainda aguardam por uma realização plena, uma vez que, apesar de a Directiva da Responsabilidade do Produtor estar prestes a atingir uma idade madura, a penetração nos tribunais dos Estados-Membros ter sido lenta[178]. Esta observação é particularmente pertinente no caso português, como o comprova a relativa escassez de decisões que reconhecem o direito à reparação fundado na responsabilidade dita «objectiva» do produtor. Esta situação tem muitas causas, entre as quais podemos sublinhar[179]:

- o elevado grau de complexidade deste subsistema de responsabilidade, cujos contornos típicos e relação com o Direito delitual geral permanecem, como se viu, ainda objecto de discussão na doutrina;
- a fixação do limite para a indemnizabilidade dos «danos causados a coisas» num valor excessivamente elevado (€500,00);
- a atribuição ao lesado do ónus da prova do defeito e da causalidade entre o defeito e o dano que pode contribuir para tornar excessivos os riscos processuais da dedução de um pedido indemnizatório, ocorrendo que as formas de superar tais dificuldades probatórias, como

[178] D. Wuyts, «The Product Liability Directive – More than two Decades of Defective Products in Europe», *Journal of European Tort Law*, 5 (2014), pp. 1-34 (pp. 3 e ss.).
[179] U. Magnus, «Product liability...», *cit.*, p. 272.

aquelas que fomos sugerindo no texto, não têm previsão legal expressa e nem sempre são atendidas pelos tribunais;
– a ausência de uma tutela colectiva dos interesses dos consumidores real e eficaz, susceptível de superar a «apatia racional» dos lesados (compreensivelmente pouco disponíveis para suportar, sozinhos, os elevados custos e riscos de uma acção de responsabilidade contra um produtor, tipicamente «mais forte»), e que será, porventura, mais tributária de razões culturais e sociológicas do que da ausência de instrumentos jurídicos para a sua realização efectiva.

II. Alguns dos aspectos referidos podem servir de motivação para uma reforma do Direito da responsabilidade do produtor[180]. O certo é que o passo acelerado da ordem social e económica trouxe outras razões que tornam ainda mais urgente uma reflexão detida sobre este instituto. Pensamos, é claro, nas transformações vindas com a «quarta revolução industrial», já em curso, e nos desafios com que ela nos interpela: as modificações nas estruturas e nos processos de produção, induzidas pela inteligência artificial; a desmaterialização da riqueza e a substituição da propriedade pelo uso; a digitalização crescente de todas as dimensões da vida, incluindo o trabalho e o consumo; a complexificação extrema das interacções no tráfego, quase sempre em rede e, no futuro, através de esquemas de realidade virtual e de realidade aumentada, que arriscam tornar obsoleta a dicotomia entre os contactos anónimos e as relações de proximidade com que opera tradicionalmente a dogmática da responsabilidade; a emergência da crise climática, que obriga a antecipar riscos antes tidos como riscos de desenvolvimento, entre muitos outros. Este novo contexto coloca inevitavelmente sob pressão o Direito da responsabilidade do produtor, em todos os seus elementos dogmáticos[181]. A fim de ilustrar esta afirmação, note-se que o próprio con-

[180] Por exemplo, D. Fairgrieve/G. Howells/M. Pilgerstorfer, «The Product Liability Directive: Time to get Soft?», *Journal of European Tort Law*, 4 (2013), pp. 1-33.

[181] Para maiores desenvolvimentos, v. os estudos constantes da obra colectiva, organizada por P. Machnikowski, *European Product Liability: an Analysis of the State of the Art in the Era of New Technologies*, Intersentia, Cambridge, 2016; também H. Koziol/M. Green/M. Lunney/K. Oliphant/L. Yang (Ed.), *Product Liability – Fundamental Questions in a Comparative Perspective*, de Gruyter, Berlin, 2017; B. Beierle, *Die Produkthaftung im Zeitalter des Internet of Things*, Nomos, 2021. Também T. Sérgio Cabral, «Liability and artificial intelligence in the EU: Assessing the adequacy of the current Product Liability Directive», *Maastrich Journal of European and Comparative Law*, 2020, pp. 1-21.

ceito de produtor deve ser repensado, dada a fluidez entre a produção para um fim pessoal e a produção com um fim lucrativo, introduzida por novas formas de produção, como a impressão 3D. Para não ficar esvaziada do seu âmbito útil de aplicação, a lei sobre a responsabilidade do produtor deve adoptar um conceito substancialmente mais alargado de «produto», abandonando, de vez, o pressuposto da corporalidade, por forma a abranger programas informáticos, independentemente da existência de qualquer suporte físico, bem como a disponibilização de serviços digitais ou de processamento de dados na *cloud*, ainda que de forma continuada e fora de uma relação contratual. Outras realidades novas, como as células estaminais e o material genético por elas gerado, já podem merecer a valoração como um produto à luz do Direito vigente.

III. O mesmo pode dizer-se quanto ao «defeito», noção que deve poder passar a compreender as desconformidades provocadas pela omissão da actualização de *software* necessário para assegurar o funcionamento normal do produto, o que pressupõe que o nível da segurança exigido possa ser aferido tendo em consideração factos ou estados posteriores à colocação do produto em circulação. E é também ao nível da identificação de um defeito que a utilização da inteligência artificial coloca as maiores dificuldades, sobretudo quando estiver em causa o recurso a formas de aprendizagem autónoma (*deep learning*), uma vez que, por um lado, dificilmente se tornam em toda a linha previsíveis as alternativas de decisão da máquina e, por outro, a possibilidade de construir modelos de decisão, directamente a partir de informação disponível («black-box effect»), torna opaco o funcionamento deste tipo de sistemas; ora, sem a reconstituição dos processos torna-se impossível determinar se a decisão errada ficou a dever-se a uma insuficiência do algoritmo e a um defeito de concepção imputável ao produtor, ou a alguma outra causa[182]. Também por esta ordem de razões se

[182] A literatura, mesmo considerando apenas a de língua portuguesa, já é extensa sobre este problema. Crf. H. Sousa Antunes, «Inteligência artificial e responsabilidade civil», M. Lopes Rocha/R. Soares Pereira (Org.), *Inteligência artificial & Direito*, Almedina, Coimbra, 2020, pp. 19-36; Juliana Campos, «A responsabilidade civil do produtor pelos danos causados por robôs inteligentes à luz do regime do Decreto-Lei n.º 383/89, de 6 de Novembro», *Revista de Direito da Responsabilidade*, 2019, pp. 700-730 (pp. 708 e ss.); N. Sousa Silva, «Inteligência artificial, robots e responsabilidade civil: o que é que é diferente?», *Revista de Direito Civil*, 2019, pp. 691-711 (pp. 703 e ss.); Mafalda Miranda Barbosa, *Inteligência Artificial – Entre a Utopia e a Distopia, Alguns Problemas Jurídicos*, Gestlegal, Lisboa, 2021.

questiona se, e em que medida, pode aproveitar ao produtor a exclusão da responsabilidade fundada nos «riscos de desenvolvimento».

Ao mesmo tempo, é expectável que se agravem as dificuldades no plano da determinação do nexo de causalidade em muitas dos novos riscos da sociedade digital, o que se torna facilmente compreensível quando verificamos que muitos dos produtos de uso doméstico funcionam em sistemas de rede, o que torna os seus utilizadores vulneráveis a intromissões e ingerências lesivas de terceiros. O alargamento da ciber-segurança ao campo da «internet das coisas» é, por isso, justificado, sobretudo se às dificuldades de prova do nexo causal juntarmos o problema do anonimato das interferências lesivas em rede. Também aqui se mostra conveniente alargar o conjunto de danos indemnizáveis, por forma a compreender neles os prejuízos decorrentes da violação de outros direitos pessoais além do direito à vida, à saúde e à integridade física, como o direito à reserva da vida privada, o direito à imagem e o direito geral de personalidade. As implicações – não apenas para a responsabilidade civil do produtor, mas para os sistemas de responsabilidade em geral – dos riscos emergentes da moderna sociedade digital são, conforme se intui, tão extensas que seria uma imprudência pronunciarmo-nos sobre elas neste momento, em lugar de lhes dedicarmos um estudo autónomo.

DA SEGURANÇA DOS PRODUTOS FARMACÊUTICOS: ANÁLISE DO REGIME JURÍDICO PORTUGUÊS E DA UNIÃO EUROPEIA

Pedro Caridade de Freitas[1]

Resumo: *O presente estudo pretende analisar a evolução da regulamentação em sede de segurança dos medicamentos, desde a Directiva 65/65/CEE, de 26 de Janeiro de 1965, até ao actual Estatuto do Medicamento e à criação de um sistema nacional e europeu de farmacovigilância. O estudo analisa também os actuais problemas relativos à segurança das vacinas para a doença covid-19 e a protecção dos doentes.*

Palavras-chave: *Medicamentos, Segurança, Farmacovigilância, Vacinas, Responsabilidade Civil*

Sumário: *Introdução. 1. O início da regulamentação farmacêutica em Portugal. 2. A Directiva 65/65/CEE, de 25 de Janeiro de 1965, e a garantia da segurança dos medicamentos. 3. A autorização de introdução no mercado (AIM) e o controlo da segurança do medicamento. 4. O sistema de farmacovigilância e a segurança durante a utilização do medicamento. 4.1. A intervenção dos diversos intervenientes no sistema de farmacovigilância. 4.2. A criação de um sistema europeu de controlo da segurança dos medicamentos. 5. As vacinas para o covid-19 e a AIM condicional. 6. A segurança dos medicamentos e a responsabilidade civil: a situação das vacinas para o COVID-19.*

[1] Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Investigador do IURIS – Centro de Investigação Interdisciplinar – pedrocfreitas@fd.ulisboa.pt.

Introdução

A segurança dos medicamentos e dos demais produtos farmacêuticos constitui um dos grandes desafios dos centros de investigação, das empresas farmacêuticas e das entidades reguladoras que aprovam os medicamentos.

Desde 1965 que a legislação comunitária, na sequência das reacções adversas provocadas pela talidomida, regulamenta o processo de avaliação de segurança dos produtos farmacêuticos, desde a fase de investigação e de concessão de autorização de introdução no mercado à de comercialização.

Para a concretização do controlo da segurança dos medicamentos foi criado pela União Europeia um sistema europeu de farmacovigilância que regista as reacções adversas provocadas por todos os medicamentos comercializados na Europa.

A pandemia pelo coronavírus, responsável pela doença do COVID-19, e a urgência em encontrar uma vacina que respondesse à infecção e permitisse uma imunidade de grupo, trouxe novos desafios para a investigação farmacêutica e preocupações acrescidas na segurança dos produtos farmacêuticos, em especial as vacinas.

Com o presente estudo pretendemos analisar a evolução da regulamentação em sede de segurança dos medicamentos, desde a Directiva 65/65/CEE, de 26 de Janeiro de 1965, até à actualidade, com especial ênfase para os problemas actuais relativos à segurança das vacinas para a doença covid-19.

1. O início da regulamentação farmacêutica em Portugal

Como ponto introdutório ao estudo da segurança dos medicamentos, atentemos às preocupações demonstradas, ao longo do século XX, pelo Estado português na área dos medicamentos.

O Estado português aprovou ao longo do século XX legislação no sentido de garantir a segurança dos medicamentos prescritos e dispensados aos doentes.

O Decreto 12120, de 24 de Agosto de 1926, sobre importação e comércio de estupefacientes, e o Decreto n.º 19331, de 6 de Fevereiro de 1931, que aprova o regulamento da importação e venda de medicamentos especializados de origem estrangeira e que prevê no artigo 2.º "que nenhum destes medicamentos pode ser vendido ao público sem prévia verificação da sua composição qualitativa e quantitativa de substâncias activas", apre-

sentam regulamentação relativa à segurança e eficácia dos medicamentos comercializados em Portugal.

A primeira grande legislação sobre medicamentos é aprovada pelo Decreto n.º 41.448, de 18 de Dezembro de 1957, que, não pondo em causa os valores de segurança e eficácia do medicamento e a necessidade dos mesmos serem verificados pela Direcção-Geral de Saúde, que os autoriza, impõe medidas de contenção económica, em especial o incentivo à produção nacional e a limitação do número excessivo de medicamentos similares.

A construção de um estado social faz-se em Portugal, sobretudo com a Lei n.º 2120, de 19 de Julho de 1963, que aprova as bases da política de saúde e assistência, e com a Lei n.º 2115, de 18 de Julho de 1962, que a antecede. Não estando ainda consignado o princípio da universalidade e gratuitidade da saúde, caminha-se para uma alteração do papel interventor do estado na saúde e na construção de um estado social.

É a partir da reforma de Gonçalves Ferreira (Secretário de Estado da Saúde e Assistência de 1970 a 1972) que a intervenção do Estado muda em termos de política de saúde, reconhecendo-se o direito à saúde de todos os portugueses e cabendo ao Estado assegurá-lo. A construção de uma política de saúde existe assim desde 1972, quando Gonçalves Ferreira refere a necessidade de instauração de um Serviço Nacional de Saúde que garanta uma "política unitária de saúde nacional, o reconhecimento do direito à saúde e o delineamento do esforço legislativo e administrativo a empreender para o generalizar a toda a população".[2]

Com a Constituição da República Portuguesa (CRP) de 1976 o direito à saúde, previsto no artigo 64.º, é consagrado no âmbito dos direitos e deveres sociais. A concretização deste direito é feita, entre outras, pela Lei n.º 56/79, de 15 de Setembro, através da qual é criado um Serviço Nacional de Saúde universal e geral.[3]

Se o direito à protecção da saúde decorre do direito à vida, compete ao Estado, enquanto Estado social, sob pena de questões éticas importantes,

[2] Cfr. Francisco António Gonçalves Ferreira, *História da Saúde e dos Serviços de Saúde em Portugal*, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1990, p.459 a 460. Sobre as diversas fases de evolução do sistema de saúde no período de vigência da Constituição de 1976 vide Maria João Estorninho e Tiago Macieirinha, *Direito da Saúde*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2014, pp.73-74.

[3] Vide Maria João Estorninho e Tiago Macieirinha, *Direito da Saúde*, ob. cit., pp. 31-34. Vide a anotação ao artigo 64.º da CRP em Jorge Miranda e Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, Coimbra, Coimbra Editora, 2005, pp. 650-662.

promover o direito à saúde, para promover o direito à vida. Como sabemos, desde o fim da II Guerra Mundial que o estado social, de providência ou de bem-estar deixa de intervir apenas para garantir a manutenção da ordem pública sanitária e passa a prestar, através de um serviço próprio de natureza pública, os cuidados de saúde necessários a toda a população. A saúde é vista como um bem fundamental a todo o ser humano, e a sua prossecução é essencial para a afirmação da sua dignidade, razão pela qual o direito à saúde é consagrado no artigo 25.º da Declaração Universal dos Direitos do Homem, aplicada em Portugal nos termos do n.º 2 do artigo 16.º.[4]

Ao Estado compete garantir a qualidade, a segurança e a eficácia dos medicamentos, em prossecução com o disposto na alínea e) do n.º 3 do artigo 64.º da CRP. Não porque estejamos perante uma paternalização da sociedade, mas, sobretudo, para garantir os direitos dos cidadãos à saúde e ao tratamento e, desta forma, cumprir o princípio do direito à vida.

2. A Directiva 65/65/CEE, de 25 de Janeiro de 1965, e a garantia da segurança dos medicamentos

No rescaldo da grave crise da talidomida, medicamento que chega ao mercado na década de 1950, e que foi utilizado em mais de 146 países, originando no início da década de 1960 o nascimento de crianças com deformações – sem parte do braço, da perna, com problemas em órgãos vitais, entre outros – os Estados sentiram a necessidade de ter uma intervenção eficaz. Outras situações ocorreram, como o caso do cloridrato de amineptina, e, mais recentemente, o inibidor da Cox-2, cujo nome comercial mais conhecido era o Vioxx.

A então Comunidade Económica Europeia (CEE) aprovou a primeira directiva para a aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas, respeitantes às especialidades farmacêuticas – a Directiva 65/65/CEE, de 26 de Janeiro de 1965 – que prevê no artigo 1.º, que "nenhuma especialidade farmacêutica pode ser colocada no mercado de um Estado-membro" sem que uma autorização tenha sido previamente concedida pela autoridade competente desse Estado-membro" e no artigo 4.º enuncia os documentos que devem ser juntos, em especial, as indicações terapêuticas, as contra-indicações e os efeitos secundários, bem como resultados físico-químicos, biológicos ou microbiológicos, farmacológicos e toxicológicos e clínicos.

[4] Idem, pp. 22-23.

A Directiva prevê ainda no artigo 3.º que "a autorização será recusada quando, após verificação das informações e documentos enumerados no artigo 4.º, se revelar que a especialidade é nociva em condições normais de emprego, ou que falta o efeito terapêutico da especialidade ou está insuficientemente comprovado pelo requerente, ou que a especialidade não tem a composição qualitativa e quantitativa declarada."

Em suma, está em causa o dever de assegurar a saúde pública dos cidadãos através da garantia da segurança dos medicamentos.

Se o caso da talidomida desenvolve as obrigações do Estado na promoção, prossecução e defesa da saúde pública, em termos estritamente jurídicos suscita considerações no âmbito da responsabilidade civil, nomeadamente responsabilidade civil objectiva. Estamos perante um conflito de interesses e de princípios dentro do próprio Estado – a segurança que protege a vida humana e a sustentabilidade económica do medicamento que permite o acesso a medicamentos, e, consequentemente, pode levar a salvar vidas.

Encontramo-nos assim perante uma tridimensionalidade – o acesso ao medicamento pelos doentes, a segurança dos medicamentos e a sustentabilidade económica dos serviços de saúde capazes de suportar o custo do medicamento.

Na promoção dos objectivos de promoção da saúde, o Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE) prevê nos artigos 9.º e 168.º a protecção da saúde e a promoção de medidas de segurança. Este objectivo vai ser densificado, em matéria de medicamento, com a Directiva n.º 2001/83/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 6 de Novembro de 2001.

3. A autorização de introdução no mercado (AIM) e o controlo da segurança do medicamento

1. A comercialização dos produtos qualificados como medicamentos só é possível mediante a obtenção de uma autorização de introdução no mercado (AIM) junto das autoridades competentes.

No âmbito dos procedimentos dirigidos à obtenção dessa autorização – procedimento nacional (artigo 14.º e seguintes do Decreto-Lei n.º 176/2006, de 30 de Agosto, na redacção actual, de ora em diante denominado Estatuto do Medicamento), reconhecimento mútuo (artigo 40.º e seguintes do Estatuto do Medicamento), comunitário centralizado (artigo 54.º e seguintes do Estatuto do Medicamento) e descentralizado (artigo 47.º e seguintes do Estatuto do Medicamento) – os medicamentos são sujeitos

a uma avaliação significativamente complexa tendo em vista a percepção das suas qualidade, segurança e eficácia a partir de um extenso acervo documental preparado pelo requerente da AIM que integra "todas as informações relevantes para a avaliação do medicamento em questão, independentemente de serem favoráveis ao requerente e de todos os elementos respeitantes a qualquer teste ou ensaio farmacêutico, pré-clínico ou clínico, ainda que incompleto ou interrompido", como disposto no n.º 3 do artigo 15.º do Estatuto do Medicamento.

Integram esse acervo documental, nos termos do artigo 8.º do Estatuto do Medicamento e do artigo 15.º da Directiva n.º 2001/83/CE, informações relativas à identificação do requerente e do medicamento, ao fabrico, à farmacovigilância, a aspectos de ordem ambiental e resultados dos ensaios farmacêuticos (físico-químicos, biológicos ou microbiológicos), pré-clinicos (toxicológicos e farmacológicos) e clínicos.

O requerente da AIM para um determinado medicamento tem de demonstrar que o medicamento é eficaz, ou seja, que tem uma acção farmacológica para as reivindicações apresentadas, que é seguro, sendo que a segurança consiste num nível de segurança considerado aceitável, e não tanto em demonstrar que o medicamento é seguro para determinado grupo de doentes[5], e que tem qualidade. A aferição deste requisito depende do processo de fabrico e dos métodos de controlo.

Os documentos e informações relativos a estes ensaios devem ser acompanhados de resumos pormenorizados, elaborados em conformidade com determinados parâmetros legalmente estabelecidos e assinados por peritos que possuam as habilitações técnicas e profissionais necessárias, como dispõe o artigo 8.º, n.º 3 da Directiva 2001/83/CE e artigo 15.º, n.º 5 do Estatuto do Medicamento.[6]

Existem situações em que o requerente da AIM fica dispensado de apresentar os resultados dos ensaios pré-clínicos e clínicos, como é o caso dos medicamentos genéricos, nos termos do artigo 10.º da Directiva 2001/83/CE e do artigo 19.º do Estatuto do Medicamento, e dos medicamentos cujas substâncias activas têm um uso clínico bem estabelecido,

[5] Cfr. Aquilino Paulo Antunes, *O Acesso a Medicamentos em Portugal. Uma Análise Jurídico-Económica*, Lisboa, AAFDL, 2020, p. 159.

[6] Vide Paulo Pinheiro e Miguel Gorjão-Henriques, *Direito do Medicamento*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, pp. 52-56.

como disposto no artigo 10.º-A da Directiva 2001/83/CE e no artigo 20.º do Estatuto do Medicamento.

Como resultado do complexo processo de avaliação, a concessão da AIM só se verifica quando se entenda que (i) o requerimento foi apresentado e o processo instruído de acordo com determinados requisitos formais; (ii) o medicamento não é considerado nocivo em condições normais de utilização; (iii) o efeito terapêutico do medicamento foi suficientemente comprovado; (iv) o medicamento tem as composições qualitativa e quantitativa declaradas; (iv) a relação benefício-risco do medicamento não é considerada desfavorável, nas condições de utilização propostas; e o medicamento não é susceptível de, por qualquer outra razão, apresentar risco para a saúde pública nos termos do artigo 26.º, n.ºs 1 e 2 da Directiva 2001/83/CE e artigo 25.º, n.ºs 1 e 2 do Estatuto do Medicamento.

A avaliação pelas entidades reguladoras – Agência Europeia do Medicamento (European Medicines Agency – EMA)[7] para os medicamentos inovadores e o INFARMED, I.P., para os procedimentos nacionais – de um pedido de AIM pode concluir pela autorização de comercialização do medicamento ou pode levar ao indeferimento do pedido, nos termos do artigo 25.º do Estatuto do Medicamento e artigo 26.º da Directiva 2001/83/CE, entre outras, por razões de nocividade do medicamento, pela relação benefício risco ser considerada desfavorável nas condições de utilização propostas ou por o medicamento ser susceptível de apresentar um risco para a saúde pública.[8]

2. Tendo em consideração o "primado" da protecção da saúde pública no âmbito da legislação e regulamentação relativas ao medicamento, bem como a necessidade de acompanhamento do progresso nos níveis técnico e científico (artigo 23.º da Directiva 2001/83/CE e artigos 28.º, n.º 3, alínea c) e 29.º, n.º 1, alínea b) do Estatuto do Medicamento), a concessão da AIM não confere ao seu titular a garantia ou a segurança do medicamento

[7] A Agência Europeia do Medicamento é criada pelo Regulamento (CEE) n.º 2309/93 do Conselho, de 22 de Julho de 1993, que estabelece procedimentos comunitários de autorização e fiscalização de medicamentos de uso humano e veterinário e institui uma Agência Europeia de Avaliação dos Medicamentos, revogado pelo Regulamento (CE) n.º 726/2004 do Parlamento Europeu e do Conselho de 31 de Março de 2004.

[8] Vide Aquilino Paulo Antunes, *O Acesso a Medicamentos em Portugal*, ob. cit., pp. 164-166.

permanecer autorizado e, consequentemente, poder ser comercializado por um período de tempo indefinido.

Com efeito, a manutenção da AIM de um medicamento depende de um esforço de monitorização e actualização técnica permanente, que se encontra patente em diversas regras, entre outras a que diz respeito à duração inicial da AIM por um período de cinco anos, dependendo a manutenção da comercialização do medicamento da renovação da autorização, que se encontra sujeita a um procedimento específico e a possibilidade de a AIM ser concedida sob condição da realização posterior de estudos complementares ou do cumprimento de regras especiais relativas à comunicação de reacções adversas ficando, nessas circunstâncias, sujeita a uma reavaliação anual, como aconteceu com as actuais vacinas para a doença COVID-19.

Na actual legislação comunitária e nacional impera, nos termos do artigo 27.º do Estatuto do Medicamento[9] e do artigo 24.º da Directiva 2001/83/CE, o princípio da renovação única da AIM, após 5 anos da primeira AIM. A decisão sobre a renovação assenta numa reavaliação da relação benefício risco, nos termos do n.º 2 do artigo 24.º, da Directiva 2001/83/CE e do n.º 1 do artigo e 28.º do Estatuto do Medicamento, que pretende avaliar se, decorrido o período inicial de vigência da AIM, existem dados que possam pôr em causa a anterior apreciação da relação benefício risco tal como ficou definida aquando da concessão da AIM, o mesmo é dizer pretende-se verificar se o medicamento é seguro para a população a que se destina.[10]

Após esta renovação, a AIM é válida por tempo indeterminado só voltando a ser avaliada e renovada se questões de farmacovigilância – existência de reacções adversas – se impuserem e o titular de AIM tiver de demonstrar que o seu medicamento é seguro, nos termos do n.º 2 do artigo 27.º do Estatuto do Medicamento e do artigo 24.º da Directiva 2001/83/CE, devendo, para o efeito, cumprir o disposto no artigo 28.º do Estatuto do Medicamento, nomeadamente a apresentação de uma versão consolidada e actualizada do processo quanto à qualidade, segurança e eficácia do medicamento, incluindo todas as alterações que hajam sido introduzidas desde a concessão inicial da autorização e uma descrição respeitante aos dados de farmacovigilância do medicamento.

[9] Cfr. Vide Paulo Pinheiro e Miguel Gorjão-Henriques, *Direito do Medicamento*, ob. cit., pp. 74-75.

[10] Cfr. Idem, pp. 75-56.

3. As autoridades competentes de cada país podem, nos termos do artigo 179.º do Estatuto do Medicamento[11], suspender ou revogar a AIM, quando considerem que o medicamento é nocivo nas condições normais de utilização; que há ausência do efeito terapêutico; que a relação benefício risco não é favorável nas condições normais de utilização, entre outras situações.

A suspensão, revogação ou alteração da AIM compete ao INFARMED, I.P., que, atendendo à gravidade da situação, deve decidir, em despacho fundamentado, pela suspensão ou revogação da AIM. A decisão pela suspensão da AIM obriga a entidade reguladora a fixar um período razoável de suspensão, findo o qual pode renovar a suspensão, determinar a comercialização do medicamento ou proceder à revogação a AIM. Durante o tempo de suspensão o titular de AIM pode ser convidado a apresentar estudos que afastem os motivos que levaram à suspensão do medicamento, nomeadamente estudos de segurança.

O legislador português optou por não definir no Decreto-Lei n.º 176/2006, ao contrário da legislação anterior – artigo 15.º do Decreto-Lei n.º 72/91, de 8 de Fevereiro – um prazo máximo de suspensão da AIM, deixando à discricionariedade do INFARMED, I.P, a fixação do prazo. Para além disso, e numa norma que apresenta um carácter sancionatório, o legislador não tipificou as situações que podem conduzir a uma situação de suspensão daquelas que originam a revogação da AIM, deixando, mais uma vez, a decisão ao poder discricionário da entidade reguladora.

Os titulares de AIM têm direito de audiência prévia, nos termos do artigo 121.º do Código do Procedimento Administrativo, para se pronunciarem sobre a proposta de decisão do INFARMED, I.P. As decisões do INFARMED, I.P., ao consubstanciarem actos administrativos, são objecto de reclamação e impugnação judicial.

4. A concessão inicial da AIM não constitui o encerramento da avaliação de um medicamento, já que para o titular da AIM se inicia, nesse momento, um conjunto de obrigações, designadamente no que se refere à transmissão de informações à autoridade reguladora, do qual avulta a necessidade de manter actualizadas as informações constantes do dossier de AIM e disso informar as autoridades competentes.

[11] Cfr. Vide Paulo Pinheiro e Miguel Gorjão-Henriques, *Direito do Medicamento*, ob. cit., pp. 269-271.

Os deveres e os poderes concedidos à autoridade competente destinam-se a garantir a monitorização permanente do medicamento nas condições reais de utilização e a permitir, em qualquer momento, a análise da qualidade, segurança e eficácia do medicamento, bem como da relação benefício risco do mesmo, com a consequente possibilidade de alteração, suspensão ou revogação da AIM.

Na realidade, os dados de farmacovigilância a apresentar são objecto de regulamentação específica, que, no essencial, se traduzem no fornecimento de elementos relativos à vigilância da utilização do medicamento, designadamente no que diz respeito à verificação de reacções adversas, no âmbito do sistema de farmacovigilância.[12]

Não especificando o Estatuto do Medicamento os elementos que devem integrar este Dossier, nem constando tal especificação de regulamentação elaborada pelo INFARMED, deve ser remetida esta questão para as *guidelines* europeias referidas nas instruções aos requerentes, em especial *CMDh Best Practice Guide on the processing of renewals in the Mutual Recognition and Decentralised Procedures*, documentos a ter em conta pelo INFARMED, I.P., e pelos titulares de AIM[13].

4. O sistema de farmacovigilância e a segurança durante a utilização do medicamento

1. Ao longo do ciclo de comercialização de um medicamento as questões de segurança assumem uma relevância especial. Os medicamentos são aprovados com base em estudos clínicos realizados num número limitado de pessoas que comprovam que o medicamento possui segurança e eficácia. Esses estudos permitem detectar as reacções adversas mais frequentes aos medicamentos – vulgarmente conhecidas por efeitos secundários.

É para permitir a prossecução destes desideratos de ordem pública que é desenvolvido o sistema de farmacovigilância.

Para além dos dados obtidos durante o processo de estudo das moléculas – fase anterior à obtenção da AIM – a utilização do medicamento na prática clínica em grupos mais alargados e diversificados de doentes e a utilização

[12] O titular de AIM deve recolher os elementos constantes do considerando 54 e artigos 101.º a 110.º da Directiva 2001/83/CE e artigos 29.º, n.º 1, alínea l) e 166.º a 175.º-B, bem como o Anexo II do Estatuto do Medicamento.

[13] Vide https://www.hma.eu/fileadmin/dateien/Human_Medicines/CMD_h_/procedural_guidance/Renewal/CMDh_004_2005_Rev18_2020_11_clean-BPG_on_renewals.pdf (consultado em 23 de Outubro de 2021).

pelo próprio doente de um medicamento pode detectar algumas reacções adversas raras ou de aparecimento tardio, que por esse motivo não são, necessariamente, detectadas durante a fase experimental do medicamento.

O sistema de farmacovigilância tem como objectivo melhorar a qualidade e segurança dos medicamentos, em defesa do doente e da saúde pública, através da detecção, avaliação e prevenção de reacções adversas a medicamentos.

A farmacovigilância assume um papel essencial na monitorização da relação benefício-risco dos medicamentos. Pretende-se através deste sistema detectar reacções adversas a medicamentos, ou seja, a resposta nociva e não intencional a um ou mais medicamentos feito por um doente.

O Estatuto do Medicamento prevê, na senda do sistema europeu de farmacovigilância, criado pela Directiva n.º 2010/84/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de Dezembro de 2010, nos artigos 166.º e seguintes, a criação de um Sistema Nacional de Farmacovigilância com a finalidade de recolher de forma sistemática informações sobre os riscos dos medicamentos para os doentes ou para a saúde pública, principalmente no que respeita a reacções adversas.

Uma reacção adversa, nos termos da alínea eee) do n.º 1 do artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 176/2006, de 30 de Agosto, é uma reacção nociva e não intencional a um medicamento. A reacção adversa pode ser grave ou inesperada. É grave quando conduz à morte, põe em perigo a vida, requer hospitalização, conduz a incapacidade persistente ou significativa ou envolve uma anomalia congénita [alínea fff)]; é inesperada quando a natureza, gravidade, intensidade ou consequência da reacção são incompatíveis com os dados constantes do resumo das características do medicamento [alínea ggg)].

Caso a reacção adversa esteja descrita no resumo das características do medicamento, por ter sido detectada no decurso dos estudos clínicos realizados para a aprovação do medicamento, é considerada como um efeito secundário descrito que tem alguma previsibilidade em ocorrer.

As reacções adversas recolhidas e imputáveis a um medicamento que são desconhecidas ou inesperadas são devidamente avaliadas pelo titular de AIM e pelas entidades reguladoras para aferir se existe nexo de causalidade entre a utilização normal do medicamento, a informação constante do RCM e a reacção ocorrida e detectada.

O titular de uma AIM de um medicamento é obrigado a manter um sistema de farmacovigilância e a disponibilizar, a pedido do INFARMED, I.P., um dossier sobre este sistema.

2. A União Europeia deu um impulso no desenvolvimento do sistema de farmacovigilância através dos Regulamentos (UE) n.ºs 1235/2010 e 1027/2012, que alteraram o Regulamento (CE) n.º 726/2004, todos relativos à farmacovigilância, e das Directivas n.ºs 2010/84/EU e 2012/26/UE que alteraram a Directiva n.º 2001/83/CE. As Directivas foram transpostas para a ordem jurídica portuguesa pelos Decreto-Lei n.º 20/2013, de 14 de Fevereiro e pelo Decreto-Lei n.º 128/2013, de 5 de Setembro, que alteraram o Decreto-Lei n.º 176/2006, de 30 de Agosto.

Na decorrência da legislação europeia entra em vigor, em Julho de 2012 um novo Sistema Europeu de Farmacovigilância, que cria uma base de dados com todas as comunicações de reacções adversas existentes no espaço europeu.

O novo sistema introduz alterações significativas, impondo deveres aos titulares de AIM, aos profissionais de saúde, aos doentes e às autoridades reguladoras.

Para além das novas obrigações que detalharemos no ponto seguinte, há um alargamento na definição de reacção adversa que passa a englobar a recolha de informações relativas a suspeitas de reacções adversas resultantes da utilização de um medicamento nos termos da AIM; as suspeitas de reacções adversas resultantes de sobredosagem, utilização indevida e abusiva e erros terapêuticos; as suspeitas de reacções associadas a exposição profissional; e as suspeitas de reacções adversas relativas a erros terapêuticos.

O sistema europeu (*Eudravigilance*) passa a abranger os medicamentos autorizados a nível nacional e cria repositórios de informação central de relatórios periódicos de segurança. É assim criada uma base de dados com todos os medicamentos autorizados, comercializados e em circulação na União Europeia.

4.1. A intervenção dos diversos intervenientes no sistema de farmacovigilância

O titular de AIM é, nos termos do n.º 5 do artigo 14.º e das alíneas a) e o) do n.º 1 do artigo 29.º do Estatuto do Medicamento, o responsável pela segurança dos medicamentos.

As obrigações de segurança do titular de AIM encontram-se previstas no artigo 29.º do Estatuto do Medicamento. De entre as diversas obrigações podemos destacar a obrigatoriedade de comunicar ao INFARMED, I.P, qualquer decisão de suspensão de comercialização ou de retirada do medicamento do mercado, nomeadamente se estiver em causa qualquer questão de

saúde pública [alínea e)]; manter a entidade reguladora informada de forma permanente sobre quaisquer dados relativos à qualidade, segurança ou eficácia do medicamento [alínea f)]; actualizar permanentemente o dossier de AIM [alínea i)]; cumprir as obrigações de farmacovigilância, assegurar que as mesmas são cumpridas, em especial através da nomeação de uma pessoa qualificada, que seja colaborador do titular de AIM, com a função de gerir o sistema interno – do titular de AIM – de farmacovigilância [alínea k] e disponibilizar o dossier de farmacovigilância ao INFARMED, I.P., [alínea n)].

O colaborador da empresa – pessoa qualificada – deve, nos termos da alínea a) do n.º 4 do artigo 170.º do Estatuto do Medicamento, exercer as suas funções de modo permanente e contínuo. De entre as funções que lhe são acometidas pela lei cabe a criação de um sistema de gestão de risco para cada medicamento comercializado pelo titular de AIM, a actualização do sistema de gestão de risco e a "[monitorização] dos dados de farmacovigilância para determinar se existem novos riscos ou se os riscos se alteraram, ou se existem alterações na relação benefício-risco dos medicamentos." [alínea e) do n.º 4 artigo 170.º].

Refira-se ainda que a pessoa qualificada colaboradora da empresa titular de AIM não tem de residir necessariamente em Portugal, podendo exercer a sua actividade em qualquer país da União Europeia. Caso não resida em Portugal, a empresa deve nomear uma pessoa de contacto junto do INFARMED, I.P, para questões de farmacovigilância [n.ºs 5 e 6 artigo 170.º].

Na gestão do sistema de farmacovigilância compete ao titular de AIM avaliar do ponto de vista técnico-científico todas as informações recebidas com as comunicações de reacções adversas, de forma a aferir o benefício risco do medicamento e o eventual risco para a saúde pública, como disposto no n.º 2 do artigo 170.º do Estatuto do Medicamento.

Os titulares da AIM registam na base de dados *Eudravigilance* todas as suspeitas de reacção adversa graves e não graves ocorridas na União Europeia ou em países terceiros, nos termos do artigo 171.º do Estatuto do Medicamento, independentemente de terem sido notificadas espontaneamente por doentes ou profissionais de saúde, no prazo de quinze dias após o conhecimento, para as reacções adversas graves, e noventa dias, para as reacções adversas não graves.

São excepcionadas do registo na base de dados as suspeitas de reacções adversas ocorridas no decurso de ensaios clínicos e as reacções que constem da literatura médica já existente (n.º 2 e 3 do artigo 171.º do Estatuto do Medicamento).

Com a criação da base de dados *Eudravigilanc*e todas as entidades da União Europeia e do Espaço Económico Europeu passam a poder aceder, de forma imediata, à informação sobre segurança do medicamento. A esta informação também têm acesso os titulares de AIM, os promotores de ensaios clínicos, os profissionais de saúde, os doentes e o público em geral.

O titular de AIM tem também a obrigação de apresentar relatórios periódicos de segurança (RPS) com a informação necessária e adequada para a avaliação da relação benefício-risco do medicamento. Nos termos do n.º 3 do artigo 173.º do Estatuto do Medicamento podem ser excepcionados da apresentação dos RPS os "titulares de AIM de medicamentos genéricos, de medicamentos aprovados com base no uso clínico bem estabelecido de uma substância na UE há mais de 10 anos, bem como de medicamentos homeopáticos de registo simplificado e de medicamentos tradicionais à base de plantas"[14].

Para além do titular de AIM têm também responsabilidade no sistema de farmacovigilância através da comunicação de reacções adversas decorrentes da toma de medicamentos os profissionais de saúde e os doentes, como dispõe o artigo 172.º do Estatuto do Medicamento.

A comunicação de reacções adversas pelos profissionais de saúde pode suscitar algumas questões complexas, em especial quando o medicamento for prescrito para indicações terapêuticas que não constam do resumo das características do medicamento (RCM) – prescrição *off label* – e, como tal, não foram sujeitas a uma rigorosa avaliação, quer por parte da empresa quer das entidades reguladoras. Nas situações em que o medicamento é prescrito de acordo com o conhecimento científico do médico – *legis artis* – as reacções adversas graves que ocorram são da responsabilidade do profissional de saúde.

Também pode dar origem a responsabilidade penal, civil e disciplinar a utilização deficiente de um medicamento pelos profissionais de saúde. Para que tal aconteça tem, no entanto, de existir um nexo causal entre a prescrição do medicamento e a reacção adversa ocorrida.

A violação pelos profissionais de saúde do dever de notificação das reacções adversas provocadas por medicamentos prescritos constitui uma contraordenação punível nos termos da alínea k) do n.º 2 do artigo 181.º do Estatuto do Medicamento com comina entre € 2.000,00 e 15% do volume de negócios do responsável ou €180.000,00, consoante o valor inferior.

[14] Vide Aquilino Paulo Antunes, *O Acesso a Medicamentos em Portugal*, ob. cit., pp. 174-175.

Os doentes também têm um dever de comunicar as reacções adversas. A complexidade do sistema de comunicação e dos impressos que têm de ser preenchidos tem levado a que os doentes não cumpram com essa obrigação.

4.2. A criação de um sistema europeu de controlo da segurança dos medicamentos

A Directiva 2011/62/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 8 de Junho de 2011 altera a Directiva 2001/83/CE e tem como objectivo criar as condições para impedir a introdução na cadeia de abastecimento legal de medicamentos falsificados. As disposições sobre a criação, gestão e acessibilidade do sistema europeu encontram-se previstos no acto delegado da Comissão – Regulamento Delegado (EU) 2016/161 da Comissão de 2 de Outubro de 2015.

A contrafacção de medicamentos constitui um problema grave de saúde pública e a Directiva prevê, no artigo 54.º-A, alínea e), a criação de um sistema de repositório de informações sobre os dispositivos de segurança que permita verificar a autenticidade e identificar os medicamentos.

Segundo a Organização Mundial de Saúde "um medicamento contrafeito é um medicamento que de forma deliberada e fraudulenta é enganoso em relação à sua identidade e /ou origem"[15]. Esta definição é aplicável tanto a medicamentos de marca, como a medicamentos genéricos.

Os produtos contrafeitos podem não ter qualquer princípio activo, ter princípios activos diferentes dos declarados, existirem em quantidade insuficiente ou apresentarem a rotulagem falsificada.

A contrafacção de medicamentos constitui um risco para a saúde pública, um crime económico e uma ameaça contra a propriedade intelectual.[16]

[15] Vide https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/E-7-2010-3154_PT.html (consultado em 23 de Outubro de 2021).

[16] Estima-se que a contrafacção de medicamentos afecta 8-10% do mercado mundial. A OMS prevê que menos de 1% dos medicamentos vendidos na Europa, Estados Unidos e países desenvolvidos são contrafeitos. Nos países em vias de desenvolvimento, a contrafacção de medicamentos pode ascender os 10%. A maioria dos medicamentos contrafeitos são provenientes da China, Índia e Rússia. Nestes países, os medicamentos contrafeitos representam uma proporção do respectivo mercado (15% na China, 12% na Rússia). Os dados disponíveis revelam que vários medicamentos, de diferentes categorias terapêuticas, são alvo de contrafacção, sendo predominante os medicamentos ditos modificadores dos estilos de vida (esteróides anabolizantes, sildenafil, etc). No caso de medicamentos essenciais para a vida são alvo de contrafacção, os medicamentos caros, como citostáticos, antirretrovirais ou para

No mercado Europeu é possível associar o crescimento da contrafacção com a globalização da Indústria Farmacêutica, a diminuição das barreiras comerciais (importação /exportação), e o recurso da população às novas tecnologias, nomeadamente pela possibilidade de aquisição de medicamentos através da Internet.

A Indústria Farmacêutica e os estados têm feito um trabalho considerável no combate à contrafacção de medicamentos, quer através de um esforço legislativo comunitário, quer através de parcerias de cooperação com entidades locais, comunitárias e internacionais.

As federações europeias de medicamentos – European Association of Euro-Pharmaceutical Companies (EAEPC), que representa os importadores paralelos; European Federation of Pharmaceutical Industries and Associations (EFPIA), que representa os medicamentos inovadores; European Healthcare Distribution Association (GIRP), que representa as empresas de distribuição e Pharmaceutical Group of the European Union (PGEU), que representa as farmácias – criaram um sistema europeu de verificação de produtos farmacêuticos, também designado de serialização.

Este sistema, integralmente suportado pelos produtores, importadores e exportadores de medicamentos, incluindo os importadores paralelos, é composto por uma plataforma central europeia à qual estão ligados diversos repositórios de dados nacionais ou regionais utilizada pelas farmácias e outras entidades autorizadas para verificarem a autenticidade dos produtos. A plataforma central europeia foi criada e é gerida por uma organização não lucrativa – European Medicines Verification Organisation (EMVO)[17] – e por organizações semelhantes a nível nacional que gerem os diversos repositórios nacionais.

A nível nacional, o sistema de repositório de dados foi criado e é gerido pela organização nacional respectiva – MVO-Portugal[18] – que garante a interoperabilidade com a plataforma europeia.

A organização nacional é também uma entidade não lucrativa, constituída por todos os intervenientes na cadeia de medicamentos – produtores, importadores paralelos, distribuidores e retalhistas.

baixar a tensão arterial e o colesterol, ou os baratos, como antibióticos, tuberculostáticos, antimaláricos, analgésicos e antihistamínicos.

[17] Vide https://emvo-medicines.eu/ (consultado em 23 de Outubro de 2021).

[18] Vide https://mvoportugal.pt/pt/ide (consultado em 23 de Outubro de 2021).

A Directiva introduziu uma maior complexidade na gestão da cadeia de distribuição dos medicamentos, sob o pretexto de protecção da saúde pública e com o objectivo de evitar que fossem comercializados medicamentos contrafeitos no circuito de distribuição legal.

Para a concretização do novo sistema de segurança é colocado em todos os medicamentos um dispositivo de segurança. O dispositivo é constituído por um autocoloante a fechar as embalagens, que é introduzido pelo produtor na fábrica, e por um código que é lido ao longo do circuito de comercialização pelos distribuidores e desactivado pelas farmácias, aquando da dispensa ao doente. Com este sistema complexo que vigora na União Europeia e no Espaço Económico Europeu pretende-se, por razões de segurança, conhecer onde se encontra cada embalagem de medicamento e acompanhar o seu percurso desde a fábrica até à casa do doente. A informação sobre os medicamentos consta de um *hub* europeu que recebe informação dos diversos sistemas nacionais.

Através deste *hub* é possível saber quais os medicamentos que se encontram em circulação no espaço europeu e em que quantidade, onde são produzidos, armazenados, distribuídos e dispensados.

O dispositivo de segurança é colocado em todos os medicamentos sujeitos a receita médica, sejam originais ou genéricos. O Anexo I do Regulamento Delegado especifica as categorias de medicamentos sujeitos a receita médica que não devem ser dotados de dispositivos. Os medicamentos não sujeitos a receita médica não são abrangidos pela colocação do dispositivo, salvo os referidos no Anexo II, integrado apenas pelo omeprazol cápsula gastro-resistente dura de 20 mg e de 40 mg.

O sistema criado não impede, no entanto, a circulação e aquisição de medicamentos através da internet, sendo este o principal desafio para as entidades reguladoras do medicamento, as polícias nacionais e as entidades alfandegárias no combate aos medicamentos falsificados.

5. As vacinas para o covid-19 e a AIM condicional

O ser humano é gregário, não vive isolado, pelo que há uma obrigação de protecção da saúde do grupo por parte do Estado e dos cidadãos. Num período de pandemia, como a que temos vivido desde Março de 2020, a vacinação surge como um dos meios adequados e eficazes para proteger a população e criar a imunidade de grupo.[19]

[19] Sobre a problemática inerente às vacinas para o covid-19 vide Aquilino Paulo Antunes, *Covid-19 e Medicamentos: Vulnerabilidade, Escassez e Desalinhamento de Incentivos, in Revista da*

Todas as pessoas têm direito à vacinação como meio de protecção da saúde e de promoção de uma vida saudável. Se há um direito a ser vacinado há também uma obrigação em sê-lo, na medida em que as vacinas não protegem só a pessoa vacinada mas permitem uma protecção de todos através da imunidade de grupo.[20]

A vacinação constitui assim um meio eficaz e comprovado de protecção da saúde pública, permitindo a redução e mesmo erradicação de diversas doenças ao longo do último século.[21]

Na actualidade, o tema é premente em razão da pandemia pelo coronavírus, responsável pela doença do COVID-19, e da necessidade em vacinar a população para se atingir a tão desejada imunidade de grupo.

Os negadores das vantagens das vacinas, que se recusam a tomá-las, contam, no entanto, sub-repticiamente, com aqueles que as tomam para beneficiarem da imunidade grupal. A solidariedade e o respeito pelo próximo estão, necessariamente, comprometidos.

A imunidade de grupo obtida através da vacina promove a redução da transmissão do vírus pessoa a pessoa, permitindo, desta forma, a protecção de todas as pessoas, mesmo daquelas que, por motivos de saúde, não podem ser vacinadas.

Para que as vacinas pudessem ser administradas a toda a população mundial, os centros de investigação e as empresas farmacêuticas que a eles se associaram tiveram de investir o seu tempo e conhecimento no desenvolvimento dos diversos produtos. A pandemia assolava o mundo e o tempo para investigação e testagem era escasso. Esta situação não, no entanto, pode levar à redução de segurança nos produtos farmacêuticos, pelo que nenhuma vacina pode ser comercializada sem que seja testada, mesmo que em universos populacionais mais pequenos, e sem que seja aferida a sua eficácia, qualidade e segurança.

Faculdade de Direito a Universidade de Lisboa, número temático: Vulnerabilidade(s) e Direito, ano LXII, Número 1, tomo 1, edição Lisbon Law Editions, 2021, pp. 145-148.

[20] Vide Decisão Vavřička et Autres c. République Tchèque (Requêtes n.ºs 47621/13 et 5 autres), p. 40 e o comentário a este Acórdão em Pedro Caridade de Freitas, *Comentário à decisão da Câmara Grande do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem – caso Vavřička e Outros versus República Checa (Proc. 47621/13 e 5), 8 de Abril de 2021 in Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, número temático: Vulnerabilidade(s) e Direito, ano LXII, Número 1, tomo 2, edição Lisbon Law Editions, 2021, pp. 1003-1022.

[21] Vide a título de exemplo a erradicação da varíola em https://www.dgs.pt/em-destaque/40-anos-da-erradicacao-da-variola.aspx [consultado em 26 de Maio de 2021].

O Regulamento (CE) n.º 726/2004 do Parlamento Europeu e do Conselho de 31 de Março de 2004 alterado pela última vez pelo Regulamento (UE) n.º 1027/2012 do Parlamento Europeu e do Conselho de 25 de Outubro de 2012 prevê, nos artigos 14.º e 14.º-A, mecanismos excepcionais que têm como objectivo fazer face a situações de emergência e saúde pública, sem descurar, reiteramos, o cumprimento de todos os requisitos de qualidade, segurança e eficácia.

As directivas comunitárias (Directiva 2001/83/CE, com as alterações subsequentes), assim como a legislação nacional, prevêem a possibilidade de, comprovada a relação benefício-risco de um determinado medicamento, a EMA, para medicamentos aprovados centralmente, como é o caso das vacinas para o COVID-19, e o INFARMED, I.P., no caso nacional, aprovarem medicamentos atribuindo uma AIM sob condição.

A AIM é concedida com base em dados específicos suficientemente sólidos, que permitem avaliar a qualidade da formulação, a segurança dos doentes e a eficácia da vacina na prevenção da doença, sendo concedido aos titulares da AIM a possibilidade de complementarem, posteriormente, os dados inicialmente apresentados às autoridades para robustecer a AIM.[22] Em regra, para a concessão de uma AIM sob condição[23] o requerente tem de fornecer dados pré-clínicos ou farmacêuticos completos, mesmo que ainda não detenha todos os dados clínicos necessários. Mas pode acontecer também que, em resposta a uma emergência pública, o requerente não consiga submeter os dados pré-clínicos ou farmacêuticos completos, devendo fazê-lo no período de vigência da AIM condicional.

A AIM pode assim ser sujeita a uma condição resolutiva por o titular de AIM ainda não poder apresentar, por razões conhecidas, comprovadas e objectivas, dados completos, nomeadamente em sede de segurança do medicamento. Na sequência da concessão da AIM condicional e após audiência do requerente, a entidade reguladora pode impor ao titular de AIM condições, como estudos de segurança em geral, a conclusão dos estudos em curso ou a realização de outros estudos, a notificação de todos os incidentes associados à utilização do medicamento, bem como outras medidas

[22] Vide https://www.infarmed.pt/web/infarmed/aprovacao (consultado me 16 de Outubro de 2021).

[23] Vide Aquilino Paulo Antunes, *Medicamentos para SARS-CoV-2 e Covid-19: time matters, in Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, número temático: Covid-19 e o Direito, ano LXI, Número 1, edição Lisbon Law Editions, 2020, pp. 87-88.

previstas nos n.ºs 2 e 5 do artigo 24.º do Estatuto do Medicamento e do artigo 14.º e 14.º-A do Regulamento (CE) n.º 726/2004.

A AIM sob condição é válida pelo período de um ano, sendo anualmente reavaliada, cabendo ao titular da AIM requerer a sua reavaliação, devidamente instruída, 90 dias antes do termo da autorização (n.º 3 do artigo 24.º do Estatuto do Medicamento). Caso não seja requerida a reavaliação no período referido, a AIM caduca.

No final do ano de validade da AIM e caso seja requerida a avaliação no prazo de 90 dias, pode ocorrer uma das seguintes situações: (i) a AIM é renovada sem condição, considerando-se que a autoridade reguladora se encontra satisfeita com o cumprimento das obrigações impostas ao titular de AIM aquando da concessão da AIM condicional; (ii) a AIM é renovada de forma condicional por mais um ano, sendo imposto ao titular de AIM a apresentação de estudos, seja de segurança seja de eficácia pós-comercialização, ou outros; (iii) a AIM é suspensa ou revogada, não podendo o medicamento continuar a ser comercializado.[24]

Uma outra situação que pode levar à concessão de uma AIM sob condição é a prevista no n.º 6 do artigo 16.º do Estatuto do Medicamento, em que o INFARMED, I.P., sujeita o titular de AIM a apresentar e a realizar estudos de segurança e eficácia pós-autorização e a dispor de um sistema de farmacovigilância ou outras obrigações constantes do n.º 5 do artigo 24.º do Estatuto do Medicamento.

As AIM das diversas vacinas utilizadas no combate à doença COVID-19 foram concedidas pela EMA sob condição de apresentação de mais estudos de eficácia e segurança e com validade de 1 ano, passível de renovação. Apesar da AIM ser concedida sob condição o balanço benefício-risco é muito positivo, o que permitiu a comercialização e administração das vacinas.

6. A segurança dos medicamentos e a responsabilidade civil: a situação das vacinas para o COVID-19

1. As vacinas são, em regra, medicamentos extremamente seguros, sendo raros os efeitos secundários ou as reacções adversas. Esta situação decorre dos anos de ensaios clínicos a que as vacinas são sujeitas e do número de doentes envolvidos nos ensaios clínicos.

A existência de reacções adversas consideradas graves podem originar responsabilidade civil do produtor, prevista a nível comunitário pela

[24] Vide Aquilino Paulo Antunes, *O Acesso a Medicamentos em Portugal*, ob. cit., p. 177.

Directiva 85/374/CEE, do Conselho de 25 de Julho de 1985, relativa à aproximação das disposições legislativas e regulamentares e administrativas dos Estados membros em matéria de responsabilidade objectiva decorrente de produtos defeituosos.

Em Portugal a referida Directiva foi transposta pelo Decreto-Lei n.º 383/89, de 6 de Novembro, que regula o regime jurídica da responsabilidade pelos danos causados por produtos defeituosos.[25]

Como princípio geral é consignado na Directiva e na lei nacional a responsabilidade objectiva do produtor, através da qual o produtor é responsável, independentemente de culpa, pelos danos causados ao consumidor por defeitos dos produtos que põe em circulação.[26]

Na secção 6 da Directiva e no artigo 4.º do Decreto-Lei n.º 383/89 prevê-se que um produto é defeituoso quando não oferece a segurança com que legitimamente se pode contar, tendo em atenção todas as circunstâncias, designadamente a sua apresentação, a utilização que dele razoavelmente possa ser feita e o momento da sua entrada em circulação.

O artigo 7.º da Directiva e o artigo 5.º do Decreto-Lei n.º 383/89 prevêem a exclusão da responsabilidade do produtor se o produtor provar que (i) não pôs o produto em circulação; (ii) tendo em conta as circunstâncias, se pode razoavelmente admitir a inexistência do defeito no momento da entrada do produto em circulação; (iii) não fabricou o produto para venda ou qualquer outra forma de distribuição com um objectivo económico, nem o produziu ou distribuiu no âmbito da sua actividade profissional; (iv) o defeito é devido à conformidade do produto com normas imperativas estabelecidas pelas autoridades públicas; (v) o estado dos conhecimentos científicos e técnicos, no momento em que pôs o produto em circulação, não permitia detectar a existência do defeito; e (vi) no caso de parte componente, o defeito é imputável à concepção do produto em que foi incorporada ou às instruções dadas pelo fabricante do mesmo.

[25] A análise relativa à responsabilidade civil do produtor já foi, em parte, publicada em Pedro Caridade de Freitas, *Comentário à decisão da Câmara Grande do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem*, ob. cit., pp. 1018-1022.

[26] António Menezes Cordeiro considera que a responsabilidade do produtor assume uma natureza subjectiva, "porque o produtor tem de lançar produtos que não provoquem dano, quando provocam é por quem não cumpriu" a diligência a que se obriga, havendo uma actuação negligente. Vide António Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil*, volume VIII, Coimbra, Almedina, 2014, p. 692.

Dos critérios anteriores, cabe relevar o descrito em (v) – estado dos conhecimentos científicos e técnicos – que corresponde ao disposto na alínea e) do artigo 7.º do Decreto-Lei n.º 383/89 e que prevê a exclusão da responsabilidade do produtor de um produto com defeito, do qual no momento em que é posto em circulação se desconhecia que podia prejudicar dano ao consumidor.

A exclusão é baseada em critérios objectivos e exige que o defeito não seja detectável à luz do estado dos conhecimentos científicos e técnicos existentes no momento em que se coloca o produto no mercado.[27]

A referência ao "estado dos conhecimentos científicos e técnicos" deve ser abrangente e não pode, segundo nos parece, referir-se apenas aos conhecimentos de um produtor em especial, mas ao conhecimento e estado da arte em global. Dito de outra maneira, e seguindo palavras de Calvão da Silva[28], a ciência e a técnica, num determinado momento, estão impossibilitadas de aferir que o produto tem um defeito.[29]

Não estamos perante a infracção pelo produtor de um dever de diligência, de precaução, mas, e cite-se, na "impossibilidade absoluta, objectiva e independente das dificuldades concretas de cada produtor na investigação da existência do defeito e do nível de custos que tal investigação comporte", como referido por José Manuel Rodrigues.[30]

A exclusão da responsabilidade deve ter obrigações para o produtor. Este deve estar sempre actualizado do ponto de vista técnico e científico, deve continuar a testar os produtos e a garantir o máximo de segurança ao

[27] António Menezes Cordeiro considera que o risco da falta de "ciência" corre pelo lesado e não pelo produtor. Vide António Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil*, volume VIII, ob. cit., p. 692.

[28] Vide Calvão da Silva *Responsabilidade Civil do Produtor*, Almedina, Coimbra, 1990, p. 516 e seguintes e Diana Montenegro da Silveira, *Responsabilidade Civil por Danos Causados por Medicamentos Defeituosos*, Coimbra, Coimbra Editora, 2010, pp. 225-265.

[29] Vide António Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil*, volume VIII, ob. cit., p. 689.

[30] Vide José Manuel Rodrigues, *A Responsabilidade Civil do Produtor face a Terceiros*, Lisboa, AAFDL, 1990, p. 124. Neste sentido, segue o Acórdão do STJ de 9/9/2010, Proc. 63/10.0YFLSB, que teve como Relator o Conselheiro Serra Baptista. Assim, "no âmbito da responsabilidade civil do produtor, a prova do defeito, tal como o dano e o nexo de causalidade entre aquele e este, cabe ao lesado. Não cabe, no entanto, ao lesado, por exemplo, demonstrar a existência do defeito no domínio da organização e risco do produtor no momento em que o produto foi posto em circulação. Esta existência é presumida por lei, cabendo ao produtor ilidi-la, demonstrando a probabilidade ou razoabilidade, e apenas esta, da inexistência do defeito no momento da entrada do produto em circulação".

abrigo dos conhecimentos técnicos existentes num dado momento. Note-se, o produtor deve acompanhar a técnica e o conhecimento científico, não ultrapassá-los.

Na área do medicamento, e em especial nas vacinas, a exigência e obrigação de acompanhar a técnica científica é muito exigente.

A apresentação de estudos de segurança, eficácia e qualidade antes da autorização de introdução no mercado de um medicamento, a constante vigilância feita por produtores e entidades reguladoras sobre a segurança do produto e a criação de um sistema de farmacovigilância são obrigações que recaem sobre o produtor e que lhe colocam o ónus de informação de reacções adversas e de retirada imediata do produto do circuito de comercialização.

Este ónus que impende sobre o produtor, e que no limite das legislações europeias, pode levar à revogação da autorização de introdução no mercado, como dispõe o n.º 2 do artigo 27.º do Decreto-Lei n.º 176/2006, de 30 de Agosto, na redacção do Decreto-Lei n.º 128/2013, de 5 de Setembro, e o artigo 24.º da Directiva 2001/83/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 6 de Novembro de 2001, parece justificar a opção europeia pela exclusão da responsabilidade.

O mesmo não pode acontecer se o produtor, não obstante a existência de danos, continuar a comercializar o produto, sem informar o consumidor dos riscos existentes.

Se o medicamento passar todos os testes de segurança, eficácia e qualidade, for testado em diversos ensaios clínicos de diversas fases e aprovado pelas entidades reguladoras dos países, se referir os efeitos secundários e as reacções adversas no folheto informativo e vier a provocar uma reacção adversa grave ao doente, a exclusão da responsabilidade do produtor vai depender da prova feita em tribunal.

O ónus da alegação e prova do defeito compete ao lesado, bem como a demonstração do dano e o nexo causal, nos termos previstas no artigo 342.º do Código Civil. Compete, por outro lado, ao produtor alegar os factos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito invocado, nomeadamente ilidindo a presunção do defeito do produto que comercializa, mediante a prova, probabilidade ou razoabilidade da inexistência do defeito, como se refere, a título exemplificativo, no acórdão do STJ, de 2/6/2016, no âmbito do Proc. n.º 2213/10.8TVLSB, cujo Relator é o Conselheiro Orlando Afonso.

O recurso a um sistema de responsabilidade objectiva constitui um meio idóneo de garantia dos consumidores doentes caso surjam reacções adversas pela toma de medicamentos ou administração de vacinas.

O direito à indemnização prescreve no prazo de três anos a contar da data em que o lesado teve conhecimento do dano e caduca dez anos após a colocação da vacina no mercado, como dispõem os artigos 11.º e 12.º do Decreto-Lei n.º 383/89.

2. A situação actual é de emergência e urgência na realização de ensaios clínicos e na aprovação e comercialização das vacinas. Pelo facto de as AIM terem sido concedidas sob condição de apresentação de mais estudos, em especial de segurança, a incerteza causada na população mundial é grande, a que acresce o facto de serem administradas milhões de vacinas num período de tempo muito curto.

A perspectiva de reacções adversas não esperadas decorrentes da administração da vacina está a provocar algum temor na aplicação do regime jurídico da responsabilidade do produtor.

Em alguns países europeus e fora da Europa[31] há um sistema de compensação da lesão por reacções adversas de vacinas, denominado regime *no-fault compensation*.[32] Este sistema de responsabilidade civil objectiva exonera o lesado de provas onerosas, nomeadamente provar que a vacina tem defeito ou que ocorreu um qualquer problema na aprovação ou administração da mesma, reduz o custo do acesso à justiça e assegura uma composição

[31] Este sistema existe na Alemanha, França, Reino Unido, Itália, Dinamarca, Finlândia, Noruega, Suécia, Hungria e Eslovénia. O sistema também se encontra presente em países não europeus como os Estados Unidos da América, o Canadá, o Japão, a Coreia do Sul e Taiwan. Sobre o programa *no-fault compensation* vide Clare Looker& Heath Kelly, *No-fault compensation following adverse events attributed to vaccination: a review of international programmes. Bulletin of the World Health Organization, 89* (5), 2021, pp 371 – 378. World Health Organization. http://dx.doi.org/10.2471/BLT.10.081901 (consultado em 24 de Outubro de 2021). Vide também Jennifer Keelan e Kumanan Wilson, *Designing a No-Fault Vaccine-Injury Compensation Programme for Canada: Lessons Learned from an International Analysis of Programmes*, Munk School of Global Affairs, University of Toronto, 2011, https://munkschool.utoronto.ca/wp-content/uploads/2012/07/Keelan-Wilson_NoFaultVaccine_CPHS_2011.pdf (consultado em 24 de Outubro de 2021).

[32] Vide Christopher Hodges, *Covid-19 Vaccines:Injury Compensation Issues*, Legal Research Paper Series, University of Oxford, 2020. https://www.law.ox.ac.uk/sites/files/oxlaw/vaccine_compensation_arrangements_.pdf (consultado em 24 de Outubro de 2021), em especial os diversos modelos de compensação pelos danos causados por vacinas, pp 5-6.

do litígio de forma mais célere e sem recurso à jurisdição comum, garantindo uma rápida indemnização do lesado.

O sistema preconizado consubstancia-se na criação de um fundo indemnizatório que, de forma extrajudicial, se responsabilize pelos danos ocorridos nos doentes na decorrência da administração da vacina, evitando-se o recurso judicial e a demanda das empresas farmacêuticas produtoras da vacina.

O financiamento do sistema constitui uma questão relevante e que pode inviabilizar a sua existência. Em muitos países europeus as indemnizações são financiadas por fundos públicos. Na Finlândia e Suécia, por exemplo, os fundos têm financiamento público e privado, em especial oriundo da indústria farmacêutica.

Este modelo não existe no ordenamento jurídico-português, que mantém o recurso à responsabilidade civil do produtor para ressarcir os doentes por reacções adversas graves provocadas por medicamentos, *lato sensu*, e vacinas, *stricto sensu*.

Módulo VI
Do consumo sustentável

A PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR NA ECONOMIA DE CONSUMO SUSTENTÁVEL

Jorge Pegado Liz

Resumo: *Neste tema tentar-se-á equacionar os termos do binómio consumidores e transição ecológica, na tentativa de definição dos termos justos da proteção dos consumidores por natureza vulneráveis, face a uma circunstância em que o seu comportamento enquanto cidadão consumidor pode ter uma influência decisiva na satisfação das necessidades das gerações futuras, se forem mantidas inalteráveis a natureza, o teor e o ritmo de consumo da nossa sociedade ocidental europeia. Nessa circunstância faz-se apelo ao Plano de Implementação de Joanesburgo adotado em 2002, na Cimeira Mundial do Desenvolvimento Sustentável (WSSD) e recorda-se que a meta de um consumo sustentável constitui um dos 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) incluídos na Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável. Parte-se, então, para a procura da definição de conceitos basilares de política económica, como sejam os de consumo sustentável, consumo responsável e consumo ético, tendo sempre por contrapartida a busca de um justo equilíbrio com a produção sustentável e o comércio justo e leal. Por fim, procede-se a uma breve análise e descrição de alguns novos modelos económicos que pretendem corresponder ao apelo do consumo sustentável fora de uma ótica capitalista de mercado livre desregulado, quais os seus objetivos e constrangimentos e qual o papel na sua regulação a nível da UE.*

Sumário: *A) Breve apontamento acerca do "iter" da noção de consumo sustentável: Do Simpósio de Oslo de 1994 à Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável das NU; B) Definição de algumas noções fundamentais de direito e de política económica relativas à sustentabilidade do consumo; B.1. Consumo sustentável; B.2. Consumo responsável;*

B.3. Consumo ético; C) Alguns novos modelos económicos que respondem ao apelo do consumo sustentável; C.1. Economia circular; C.2. Economia da partilha (Sharing economy); C.3. Economia participativa ou da funcionalidade; C.4. Economia colaborativa.

A) Breve apontamento acerca do "iter" da noção de consumo sustentável: Do Simpósio de Oslo de 1994 à Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável das NU

1. Entendo o binómio *"consumidores/transição ecológica"* como sendo *o modo como os consumidores podem contribuir para a neutralidade climática, a conservação dos recursos naturais e da biodiversidade e a redução da poluição da água, do ar e do solo para além do acesso a todos de produtos sustentáveis.*

Se é verdade que, para este desiderato, a informação é fundamental para o consumidor tomar as suas decisões nos mercados, não é menos certo que a crescente complexidade dos mercados e o aumento do poder das grandes empresas (sobretudo em ambiente digital) colocam em causa os conceitos de "consumidor médio" ou mesmo de "consumidor vulnerável", pelo que esta vulnerabilidade (principalmente no que concerne ao ambiente digital) deverá ser tomada como norma, ou seja, deverá ser aceite *by default* que todos os consumidores são vulneráveis, a despeito do grau, da quantidade e da natureza da informação que lhes seja ministrada[1].

É essencial que convenhamos que devemos estar sempre perante uma proteção do consumidor *by default and by design* e que este princípio condicione toda a legislação europeia, sendo importante repensar-se a modulação de um novo REFIT[2] da legislação europeia de proteção do consumidor nas novas políticas de transição digital e verde com esta perspetiva.

[1] Cf. Parecer de Iniciativa CESE INT/732/2014, adotado em 15/10/2014, relator Hernandez Bataller, *"A Vulnerabilidade dos consumidores face às praticas comerciais no mercado único"* Ver igualmente o texto da minha intervenção *"Os consumidores são todos vulneráveis"*, proferida durante a Conferencia organizada pela DECO em Lisboa sobre *"The new consumer future trends"*, aquando da reunião do G III do CESE em LISBOA, a 10 de outubro de 2014.

[2] O Programa REFIT, em rancês «Mieux légiférer» teve o seu início informal em 2002 numa tentativa de simplificar e melhorar a legislação da UE e institui pela primeira vez a obrigação de análises de impacto e de consulta as partes interessadas. Em 2005 são definidas 164 medidas para o período 2005-2009 e passa a ser integrado no Programa Anual da Comissão. Em 2007 a Comissão ataca os encargos administrativos resultantes da legislação comunitária, com particular incidência nas PME's. Em 2015 a Comissão cria a Plataforma REFIT, aperfeiçoada em 2017. Durante os 3 primeiros anos da Presidência JUNKER, a Comissão propõe ao Conselho e ao Parlamento mais de 150 iniciativas. O programa de trabalho para

2. A noção de consumo sustentável aparece, pela 1.ª vez, no *Simpósio de Oslo sobre Consumo Sustentável de 1994,* e é aí definida como *"o uso de serviços e produtos relacionados que respondam a necessidades básicas e aporte uma melhor qualidade de vida, ao mesmo tempo que minimize o uso de recursos naturais e de materiais tóxicos bem como da emissão de lixo e poluentes durante o ciclo da vida do serviço ou produto, de modo a não prejudicar as necessidades das gerações futuras*".

É importante destacar que a adesão dos consumidores data da primeira hora, como o demonstra, logo em 1998 a posição definida pela CONSUMERS INTERNATIONAL, com as suas ainda hoje tão importantes *GUIDE LINES FOR SUSTAINABLE CONSUMPTION: A CONSUMER SHORT LIST"* onde se destaca, desde logo, a necessidade de envolver os grupos de consumidores e outras organizações ds sociedade civil na mudança dos padrões de consumo e os benefícios resultantes de modificares no próprio consumo.

3. Os conceitos de consumo e produção sustentáveis foram mais tarde reconhecidos no *Plano de Implementação de Joanesburgo* adotado em 2002, na Cimeira Mundial do Desenvolvimento Sustentável (WSSD).

Nessa ocasião o consumo e a produção sustentáveis foram identificados como um dos três mais relevantes objetivos e dos requisitos essenciais para um desenvolvimento sustentável, de par com a erradicação da pobreza e a gestão dos recursos naturais[3].

«A sustentabilidade é um processo [...] em que os comportamentos, as ações e as decisões dos governos, empresas, trabalhadores, cidadãos e consumidores são guiados por uma perceção responsável dos seus impactos económicos, ambientais e sociais.»[4]

2019 previa 10 novas iniciativas. A Presidência portuguesa com as suas Dez medidas emblemáticas, não deu especial relevo ao desenvolvimento e à melhoria do Programa Refit e da Plataforma REFIT.

[3] Sobre o *Johannesburg Plan of Implementation* e o apelo feito a todos os países para promover padrões de consumo e produção sustentáveis, implicando o aumento da eficiência do consumo bem como uma mudança nos padrões de consumo e nos níveis de consumo nos países industrializados, bem como nas classes sociais ricas em países em desenvolvimento, ver, entre outros, *"The social dimension of well-being and assess the need for changes based on a risk-averse perspective*, Meter Lars; Lange, Hellmuth, eds. (2009), "The New Middle Classe."; Lorek, Sylvia; Fuchs, Doris (2013), *"Strong Sustainable Consumption Governance – Precondition for a Degrowth Path?"*, Journal of Cleaner Production, pp. 36-43 (38).

[4] Parecer do CESE – *Ouvir os cidadãos da Europa por um futuro sustentável (Sibiu e mais além)*, JO C 228 de 5.7.2019, p. 37.

São noções básicas e fundamentais que proponho que sejam aceites *qua tale*, apesar de terem sofrido importantes modulações ao longo dos últimos anos, sendo certo que os vários conceitos se entrecruzam e se sobrepõem, como é natural numa área do conhecimento nova e ainda em fase experimental, em que os limites das respetivas definições se não acham solidificados e estão em plena gestação conceptual.

4. No seu conjunto as metas constantes da Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável das NU foram consideradas o melhor plano do mundo para construir um mundo melhor para as pessoas e nosso planeta até 2030.

Essas Metas demonstram a escala e a ambição dessa nova Agenda universal.

Adotados por todos os Estados-Membros das Nações Unidas em 2015, os ODS são um apelo à ação de todos os países – pobres, ricos e médios – para promover a prosperidade enquanto protege o meio ambiente.

Eles reconhecem que a erradicação da pobreza deve ser acompanhada de estratégias que promovam o crescimento económico e atendam a uma série de necessidades sociais, incluindo educação, saúde, igualdade e oportunidades de trabalho, ao mesmo tempo em que enfrentamos as mudanças climáticas e trabalhamos para preservar nossos oceanos e florestas.

Eles procuram desenvolver os Objetivos de Desenvolvimento do Milénio e completar o que não alcançaram. Buscam realizar os direitos humanos de todos e alcançar a igualdade de género. São integrados e indivisíveis e equilibram as três dimensões do desenvolvimento sustentável: a económica, a social e a ambiental.

A implementação dos ODS começou em todo o mundo em 2016. Em cada país, os governos obrigaram-se a traduzir as metas em legislação nacional, desenvolver um plano de ação, estabelecer orçamentos e, ao mesmo tempo, estar abertos e buscar parceiros ativamente. Os países pobres precisam do apoio dos países ricos e a coordenação em nível internacional é crucial.

No entanto, um dos principais problemas dos ODS é como monitorizar a sua implementação.

A publicação online *SDG-Tracker,* lançada em junho de 2018, apresenta dados de todos os indicadores disponíveis, baseado no banco de dados *Nosso mundo em dados* que rastreia se o mundo está progredindo em direção aos ODS e cujo objetivo é tornar os dados sobre as 17 metas disponíveis e compreensíveis para um amplo público.

O site *"permite que as pessoas em todo o mundo responsabilizem seus governos pelo cumprimento das metas acordadas"*e destaca que o mundo está atualmente muito longe de atingir os objetivos.[5]

5. É mister, contudo, recordar que a meta de um consumo sustentável constitui um dos 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) incluídos na Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável, que são um apelo universal à ação para erradicar a pobreza, proteger o planeta e melhorar a vidas e perspetivas de todos, em todos os lugares. Trata-se, com efeito, da denominada meta 12 *Garantir padrões de consumo e produção sustentáveis.*

Importa citar na integra o que está inscrito na Agenda 2030 a propósito do conteúdo desta meta.

"12.1 Implementar a estrutura de 10 anos de programas sobre consumo e produção sustentáveis, todos os países agindo, com os países desenvolvidos na liderança, levando em consideração o desenvolvimento e as capacidades dos países em desenvolvimento.

12.2 Até 2030, alcançar a gestão sustentável e o uso eficiente dos recursos naturais.

12.3 Até 2030, reduzir pela metade o desperdício global de alimentos per capita nos níveis de varejo e consumidor e reduzir as perdas de alimentos ao longo das cadeias de produção e abastecimento, incluindo perdas pós-colheita.

12.4 Até 2020, alcançar a gestão ambientalmente saudável de produtos químicos e todos os resíduos ao longo de seu ciclo de vida, de acordo com as estruturas internacionais acordadas, e reduzir significativamente sua libertação para o ar, água e solo, a fim de minimizar seus impactos adversos na saúde humana e no meio ambiente.

[5] Na verdade, o Relatório de Desenvolvimento Sustentável 2019, de 28 de junho de 2019, alinha as seguintes conclusões principais muito preocupantes:
A) O Compromisso político de alto nível com os ODSs está aquém das promessas histórica;
B) As tendências sobre clima (ODS 13) e biodiversidade (ODS 14 e ODS 15) são alarmantes;
C) Países de alto rendimento geram altos efeitos ambientais e socioeconómicos de transbordamento;
D) Novas evidências apresentadas neste relatório mostram que os países de alta rendimento geram impactos negativos em acidentes fatais de trabalho;
E) Direitos humanos e liberdade de expressão estão em perigo em vários países;
F) As tendências sobre corrupção e liberdade de imprensa estão piorando em mais de 50 países, incluindo vários países de rendimento médio e alto;
G) Erradicar a pobreza e fortalecer a equidade continuam sendo prioridades políticas importantes, mas descuradas.

12.5 Até 2030, reduzir substancialmente a geração de resíduos por meio da prevenção, redução, reciclagem e reutilização.

12.6 Incentivar as empresas, especialmente as grandes e transnacionais, a adotar práticas sustentáveis e a integrar informações de sustentabilidade em seu ciclo de relato.

12.7 Promover práticas de contratação pública que sejam sustentáveis, de acordo com as políticas e prioridades nacionais.

12.8 Até 2030, garantir que as pessoas em todos os lugares tenham informações relevantes e consciência para o desenvolvimento sustentável e estilos de vida em harmonia com a natureza.

12.a Apoiar os países em desenvolvimento para fortalecer sua capacidade científica e tecnológica para avançar em direção a padrões mais sustentáveis de consumo e produção.

12.b Desenvolver e implementar ferramentas para monitorar os impactos do desenvolvimento sustentável para o turismo sustentável que cria empregos e promove a cultura e produtos locais.

12.c Racionalizar os subsídios aos combustíveis fósseis ineficientes que incentivam o consumo desnecessário, removendo distorções de mercado, de acordo com a circunstâncias nacionais, incluindo a reestruturação da tributação e a eliminação desses subsídios prejudiciais, quando existentes, para refletir seus impactos ambientais, levando plenamente em consideração as necessidades e condições específicas dos países em desenvolvimento e minimizando os possíveis impactos adversos em seu desenvolvimento de uma maneira que proteja os pobres e as comunidades afetadas"[6].

6. Anote-se, no entanto, que a Agenda 2030 se centra na *produção sustentável*, mas não enfatiza o lado do *consumo sustentável*, nem sequer dá uma definição do que realmente seja "*consumo sustentável*".

O mesmo acontece, aliás, nas conclusões do Conselho "*Mais circularidade – Transição para uma sociedade sustentável*"[7], que se concentra principalmente no"reforço da economia circular, proporcionando mudanças nos padrões de produção e consumo".

E, ainda mais surpreendente, na recente *Resolução do Parlamento Europeu de 15 de janeiro de 2020 sobre a posição do Parlamento Europeu sobre a Conferência*

[6] The *Encyclopedia of the UN Sustainable Development Goals*, Editorial Board Medani P. Bhandari, Morgane M. C. Fritz, UllSaari.

[7] Doc. 12791/19, 4 October 2019 (OR. en).

sobre o Futuro da Europa (2019/2990 (RSP)), as palavras consumidor ou consumo sustentável nunca foram encontradas.

B) Definição de algumas noções fundamentais de direito e de política económica relativas à sustentabilidade do consumo

B.1. Consumo sustentável

1. Não é possível hoje pensar certos conceitos sem ser à luz da crise que vivemos, nos seus aspetos de saúde pública, de reconstrução da economia e da preservação do ambiente. Encaro a reconstrução da economia durante e após esta crise como uma oportunidade para repensar a nossa sociedade e para desenvolver um novo modelo de prosperidade e de bem estar. Quiçá uma das últimas.

Dar prioridade a modos de produção, de distribuição e de consumo mais sustentáveis e reforçar a resiliência de todos os intervenientes das cadeias de abastecimento perante as crises, já não é uma opção, mas uma imperiosa necessidade.

A estratégia da UE para o consumo sustentável deve prestar especial atenção ao impacto nas populações mais vulneráveis e nas famílias com baixos rendimentos, que foram – e continuam a ser – particularmente afetadas pela crise atual, analisando também o impacto nos intervenientes vulneráveis das cadeias de abastecimento, incluindo os agricultores e os trabalhadores.

É, pois, fundamental encarar decisivamente e dar execução a toda uma serie de ações específicas de que se destacam:

a) introduzir normas e proibições aplicáveis à manufatura dos produtos para promover a sua longevidade e reparabilidade;
b) redefinir, proibir e reprimir eficazmente as práticas comerciais desleais;
c) melhorar as regras da concorrência para iniciativas coletivas que promovam a sustentabilidade nas cadeias de abastecimento;
d) dotar de força executiva as cláusulas sociais e ambientais existentes nos acordos comerciais;
e) agravar a responsabilidade das empresas e sensibilizá-las para os aspetos ambientais e sociais;
f) promover contratos públicos ecológicos e justos, com critérios mínimos obrigatórios;

h) reforçar a transparência mediante a adoção de regras de rotulagem vinculativas sobre a origem, a sustentabilidade e a dimensão social;
i) regular de forma estrita e coerciva a publicidade e o *marketing*;
j) promover a educação sobre o consumo sustentável.

2. Na verdade, a forma desregrada como consumidores e empresas, na sua maioria, consomem atualmente – grandes quantidades a grande velocidade, seguindo uma trajetória linear e com um nível significativo de desperdício (*«extrair-fabricar-descartar»*) – não são sustentáveis e não podem perdurar.

A grande maioria dos países da Europa parece ainda não ter tomado consciência que vive muito para além dos limites do planeta.[8] Existem dados que sugerem que precisaríamos de quase três planetas Terra para sustentar a economia mundial se todas as pessoas à face da Terra consumissem como o cidadão médio europeu[9].

Esta *«pegada ecológica»* do consumo na Europa é uma das mais elevadas do mundo e uma aberração em termos sociais e ambientais.[10]

O consumo insustentável é motivado por uma interação complexa de vários fatores distintos. O modelo de negócio dominante é linear e o crescimento da maioria das empresas ainda assenta no objetivo de que cada vez mais pessoas comprem cada vez mais produtos e os substituam rapidamente por outros. A vida útil efetiva de muitos produtos de consumo está a diminuir[11] e a sua reparação é cada vez mais difícil (muitas vezes intencionalmente)[12].

[8] Diversos estudos, que utilizaram diferentes metodologias para avaliar os padrões de consumo da UE, chegaram a esta mesma conclusão (AEA, SOER 2020), incluindo um relatório recente da Agência Europeia do Ambiente (AEA) e do Serviço Federal do Ambiente da Suíça (FOEN) (AEA.).

[9] Global Footprint Network Vandermaesen T, *Et al.* (2019), *"EU overshoot day – Living bynd nature´s limits".*

[10] Com grande antecipação e caracter premonitório apraz recordar o título de artigo do amigo e grande jurista Dr. Beja Santos, precursor nas lutas pelos direitos dos consumidores, na prestigiada revista Seara Nova, n.º 35/36, de maio/junho 1991, sobre as previsões para as alterações climáticas, a poluição e o papel e responsabilidades de cada um: *"Nova palavra de ordem: Consumir poluindo menos"*; do mesmo ver também*"Maastticht e a qualldade de vida"* in Seara Nova, n.º 38, Jul Ago 1992, onde expressa as suas fundadas dúvidas quanto aos beneficios deste Tratado para os consumidores.

[11] AEA, 2018, «Waste prevention in Europe».

[12] Gabinete Europeu do Ambiente (GEA), (2019) **«***Cool products don't cost the earth».*

As alternativas ao modelo económico linear de *«extrair-fabricar-descartar»*, nomeadamente as baseadas na circularidade dos produtos e serviços, na reparação ou na partilha, podem contribuir para uma redução do consumo global de materiais, mas continuam a ser residuais e, muitas vezes, não são capazes de competir com as soluções lineares nas condições atuais[13].

3. Na conceção clássica do ciclo produtivo até ao consumidor final, o preço é um dos mais importantes senão mesmo o elemento determinante e impulsionador da procura[14], particularmente em épocas de crise económica e, enquanto o preço dos produtos e serviços não refletir mais corretamente os seus verdadeiros custos, não será possível uma mudança global para padrões de consumo sustentáveis.

Os produtos e serviços que oferecem soluções alternativas com impactos mais baixos continuam a ser frequentemente mais dispendiosos e de acesso mais difícil, apesar do impacto comprovado das externalidades menos negativas das opções de consumo mais sustentáveis.

As nossas escolhas como consumidores continuam a ser amplamente guiadas pelo preço, pelo prazer, pela comodidade e pela moda[15].

No entanto, é importante salientar desde já, e a benefício de mais demorada explanação, que a responsabilidade pelas escolhas de consumo no sistema económico implantado nos países europeus não cabe só, nem na sua maior parte, aos consumidores, mas aos produtores, fabricantes, distribuidores aos poderes políticos instituídos, com as suas inerentes técnicas de *marketing* e de publicidade.

A lógica capitalista que o inspira e o desequilíbrio de poderes na cadeia de abastecimento são os fatores que levam a um nivelamento por baixo, privilegiando o preço ou a suposta relação qualidade/preço e os outros fatores referidos, em detrimento da sustentabilidade.

Abordagens isoladas, como, por exemplo, o comércio justo ou a economia circular, são importantes, mas não são suficientes para determinar a opção pela sustentabilidade.

Além disso, existe o risco de que a formulação de propostas políticas isoladas e não concertadas para abordar o consumo insustentável possa criar problemas imprevisíveis a jusante, ao nível da satisfação de necessidades básicas e do bem estar.

[13] OCDE, 2019.

[14] Inquérito Eurobarómetro, Segurança alimentar, junho de 2019.

[15] LE Europe, VVA Europe, Ipsos, ConPolicy e Trinomics, 2018.

É necessária uma abordagem abrangente e coordenada, que reflita a complexidade da questão e assegure um contributo coerente de diferentes domínios estratégicos, nomeadamente a investigação, a inovação, as políticas setoriais e industriais, a educação, o bem-estar, o comércio e o emprego.

4. As principais metas para o consumo e produção sustentáveis estão focadas na promoção de recursos e eficiência energética, infraestruturas sustentáveis e fornecimento de acesso a serviços básicos, empregos verdes e decentes e uma melhor qualidade de vida para todos. Ou seja, a noção de consumo sustentável é quantificável e mensurável.

B.2. Consumo responsável

1. Ao contrário, a noção de consumo responsável baseia-se num juízo de valor e aponta diretamente para quem consome, que deve ser responsabilizado por certos comportamentos, que não assume naturalmente, de acordo com os padrões económicos capitalistas.

Ora, ao invés do que a Comissão tem propalado, não é verdade que a generalidade ou sequer a maioria dos consumidores assuma, por si só e espontaneamente, comportamentos amigos do ambiente nas suas opções de consumo.

A chamada *lacuna atitude/comportamento ou valores/ação* descreve um obstáculo significativo às mudanças no comportamento individual dos consumidores e à sua consciência colectiva do dever fazer.

Se é certo que alguns consumidores – *uma minoria* – estão cientes da importância das suas escolhas de consumo e se preocupam com as questões ambientais, a maioria deles, no entanto, não traduz as suas preocupações em padrões de consumo, em comportamentos correspondentes, pois o processo de tomada de decisão de compra é altamente complicado e depende, por exemplo, de fatores sociais, políticos e psicológicos,

Particularmente em tempos de crise económica, a decisão é fundamentalmente tomada em função do preço ou da relação intuída como *preço-qualidade*, não se mostrando os consumidores dispostos a sacrificar certa qualidade ou pagar um preço superior por bens ou produtos que relevem de um consumo sustentável se o preço for superior a outros produtos que não tenham essas características.

2. Como as avaliações do ciclo de vida de muitos produtos mostram, o uso do consumidor pode ser responsável por uma parte significativa do

impacto ambiental total de um produto, especialmente coisas simples como detergentes para a roupa, sabonetes e champôs que requerem recursos, energia e água para funcionar ou a sobre-utilização e o descarte sem reutilização de sacos e artefactos de plástico.

Para tanto será mister que os fabricantes criem produtos que tornem mais fácil para os consumidores minimizar o uso de recursos, e a indústria deve mesmo ser apoiada para incentivar o comportamento responsável do consumidor.

Mas no final é necessário ter em mente que apenas os consumidores podem carregar no botão "frio" na máquina de lavar ou desligar a água ao ensaboar-se no duche.[16]

Na verdade é preciso enfatizar que existe um papel importante para os consumidores praticarem um consumo responsável[17].

Mas isso não passa exclusivamente por mais informação, ao contrario do que a Comissão tem pretendido, independentemente da quantidade e até da qualidade da informação (verdade, oportunidade, *acuracy*, etc.).

Para a Comissão Europeia, o principal instrumento para alcançar um nível elevado de consumo responsável seria a integração da perspetiva do consumidor no *Plano de Ação da Economia Circular da UE*, que desenvolveremos mais à frente.

Isso, na medida em que está ligado a elementos como vida útil e durabilidade ideal dos produtos e facilidade de reparação, atualização, desmontagem e reciclagem de produtos. Também está associado a dar uma segunda vida aos produtos, vendendo-os no mercado de segunda mão. O aumento da taxa de utilização dos produtos também pode ser alcançado por meio de modelos de aluguer/ou *leasing*.

[16] Alguns exemplos interessantes podem ler-se em Jacquelyn Ottman, *The New Rules of Green Marketing: Strategies, Tools and Inspiration for Sustainable Branding* (Berrett-Koehler, February 2011), a propósito de iniciativas das empresas «Levi Strauss & Co., *Procter & Gamble's Ariel* e *Sacramento Municipal Utility District*.

[17] O caso da substituição dos sacos de plástico pelo sacos de papel reciclado foi um enorme *flop*, pela simples razão de que o preço a pagar pelo saco de papel, que se rasgava à segunda utilização, era o mesmo do saco de plástico, de utilização duradoura. Com a possibilidade de escolha, os consumidores não motivados por questões ambientais continuaram a preferir os sacos de plástico. Uma situação idêntica mas com muito maior amplitude, é a programada substituição de carros a combustão por carros eléctricos, com os problemas da reciclagem limitada das pilhas de lítio e a própria exploração do lítio e as gravíssimas consequências ambientais e tecnológicas daí resultantes.

Está evidentemente também relacionado com o fornecimento de informações claras, credíveis e relevantes aos consumidores para permitir que façam escolhas de compra informadas e deem o seu contributo para esta opção[18].

Mas, como já se referiu, mesmo a informação da melhor qualidade, não chega. É essencial toda uma política consistente e duradoura de formação e de educação dos consumidores capaz de gerar como que uma *"segunda natureza"* nos seus destinatários.[19]

Aparentemente, todas as linhas de pesquisa levaram a concluir que os consumidores estariam em princípio dispostos a passar a utilizar práticas de economia circular. Mas o resultado efectivo foi bastante baixo. Embora a maioria dos consumidores conserte produtos (64%), uma parcela substancial não reparou produtos no passado (36%) e/ou não tem experiência em alugar ou comprar produtos em segunda mão (90%).

A "lacuna" usual entre atitudes e comportamento encontrada nesses estudos foi chamada de *"síndrome 30: 3"* para descrever o fenómeno de que 30% dos consumidores declaram preocupações sobre questões éticas em seu comportamento de consumo, mas os produtos "éticos" dificilmente respondem por mais de 3% do mercado relevante.

Uma razão para este baixo envolvimento em práticas de economia circular é atribuído pelos consumidores não só à alegada falta de informações sobre durabilidade e reparabilidade dos produtos, mas também à falta de mercados suficientemente desenvolvidos para produtos de segunda mão, aluguer, arrendamento ou partilha de serviços, etc. No entanto, mesmo quando elas existem os resultados continuam a não ser animadores.

Embora exista um grande potencial para colmatar a lacuna entre a disposição dos consumidores de se envolver e seu envolvimento real em praticas de consumo responsável, o estudo referido na nota anterior recomenda a adoção de varias políticas do lado da produção para aumentar o envolvimento dos consumidores na economia circular.

B.3 Consumo ético

1. O último nível nas exigências comportamentais dos consumidores é o do genericamente apelidado ***consumo ético***. Com efeito, alguns autores dão

[18] A propósito, a DG Justice and Consumers encomendou um estudo de comportamento alargado: *"Behavioural Study on Consumers' Engagement in the Circular Economy"*.

[19] Ver Mário Frota em Prefácio *OS CONSUMIDORES E A ECONOMIA CIRCULAR*, ao Guia *OS CONSUMIDORES E A ECONOMIA CIRCULA*R, edição eletrónica, pag. 4.

um passo à frente, utilizando as noções de consumismo ético, compra ética, compra moral, origem ética, comércio justo[20], associadas ao consumismo sustentável e verde.

A Comissão ainda não deu este passo, embora em alguns dos seus escritos já apareçam, gradualmente, vários conceitos mais restritos incluídos no conceito de *marketing* social, como "*marketing* humanístico", "*marketing* ecológico" *etc.*, que apontam no sentido de abranger em parte a noção de consumo ético.

2. O termo *"consumidor ético"* foi popularizado pela revista britânica *Ethical Consumer,* publicada pela primeira vez em 1989[21], com base numa série de categorias éticas e ambientais, como 'direitos dos animais', 'direitos humanos' e 'poluição e tóxicos', por forma a habilitar os consumidores a fazer escolhas de consumo eticamente informadas e fornecer aos ativistas informações confiáveis sobre o comportamento da classe[22].

A questão-chave do consumismo ético pode ser formulada da seguinte maneira: *quando os problemas ligados ao nosso modo de vida são tantos e diversos, como podemos agir de forma enraizada no respeito ao meio ambiente e aos outros*?[23]

O que defendem, em suma, os apologistas do consumo ético?[24]

[20] Uma das principais organizações que se tem distinguido na promoção do comércio, em especial na Europa Central é a Associação Max Havelaar, em relação a países produtores de matérias primas e de alimentos de grande consumo, como o café e o cacau do Terceiro Mundo.

[21] Giesler, Markus; Veresiu, Ela (2014), *"Creating the. Responsible Consumer: Moralistic Governance Regimes and Consumer Subjectivity",* Journal of Consumer Research 41 (Outubro), pp. 849–867.

[22] Ver *"Why buy ethically"*, Ethical Consumer, 2019-01-01.

[23] De acordo com o Dr. Reynaldo A. Bautista, Jr., professor associado da Faculdade de Negócios Ramon V. del Rosario, Universidade De La Salle, *"as práticas éticas do consumidor visam o cumprimento dos objetivos do comércio socialmente responsável. Assim, no contexto global, o consumismo ético lida com os aspectos éticos e morais da cadeia de valor do produto, desde a produção, ou seja, o abastecimento de materiais, até ao desperdício dos produtos. O ideal ético do consumidor implica que os consumidores individuais podem ter um papel significativo, através de suas decisões de compra diárias, na promoção de práticas corporativas éticas .... Correspondentemente, o comércio ético refere-se ao comércio internacional que visa prevenir as injustiças do comércio global, como o trabalho infantil e mal remunerado, a poluição do meio ambiente, a violação dos direitos humanos e as desigualdades no desenvolvimento causadas pela globalização".*

[24] Entre nós, foi a UGC, União Geral dos Consumidores, entidade especializada da UGT para a área do consumo, a lançar a discussão sobre o consumo ético, numa conferência realizada a 11 de novembro de 1997, em Lisboa, com a colaboração do Instituto do Consumidor, em que tive oportunidade de participar. Numa posição extremamente moderada e

Partindo, ainda que de forma ligeira, e não inteiramente assumida, da bem conhecida dicotomia do Ter e do Ser, com origem no pensamento de Gabriel Marcel, mas também aflorado em várias obras de Sartre e outros[25], segundo os defensores desta orientação, ser um consumidor ético no mundo de hoje exige, em primeiro lugar, reconhecer que o consumo não está apenas inserido nas relações económicas, mas também nas sociais e políticas.

Para aqueles autores, quando consumimos bens ou serviços trazidos a nós pelo sistema económico capitalista, efetivamente estamos a apoiar o funcionamento desse sistema.

Ao comprar bens produzidos por este sistema, damos o nosso consentimento, em virtude da nossa participação, para a distribuição de lucros e custos ao longo das cadeias de abastecimento, paraquanto as pessoas que fazem as coisas são pagas e para o aumento maciço de riqueza desfrutado por aqueles que estão no topo.

Para os defensores desta orientação comportamental, as nossas escolhas de consumidores não apenas apoiam e afirmam o sistema económico como ele existe, mas também legitimam as políticas globais e nacionais que tornam o sistema económico possível. As nossas práticas de consumo são assim supostas dar o nosso consentimento ao poder de distribuição desigual e ao acesso desigual aos direitos e recursos que são promovidos pelos nossos sistemas políticos.

sensata, a UGC pretendeu chamar a atenção para as relações entre o consumo e o trabalho e em especial o trabalho infantil, objeto de exploração indigna em grandes unidades de produção multinacionais designadamente de *micro chips* e de computadores e telemóveis cada vez mais pequenos, conduzindo à cegueira precoce destas crianças. Esta conferência foi o pretexto para o lançamento de uma campanha nacional de *Consumo Ético pelo Respeito pelos Direitos Humanos* a levar a cabo durante o ano de 1998 (ver a notícia desenvolvida no *Jornal dos Consumidores da UGC,* novembro de 1997). Anos depois, a 14 de fevereiro de 2003, na comemoração do 10.º Aniversario da UGC, o tema é retomado sob o lema *"Um novo desafio para a Europa na Era da Globalização: O consumo responsável"*, mas agora numa perspetiva muito mais conservadora e institucional a revelar já algum retrocesso na aproximação ao assunto (ver a notícia devolvida no Jornal Publico de 14 de fevereiro de 2003, Secção Soiedade, pags. 22 e 23).

[25] De Gabriel Marcel, ver *"Etre et Avoir"*, Ed. Aubier. De Jean Paul Sartre ver *"O Ser e o Nada, ensaio de Ontologia Fenomenológica"*, Ed 70 et *"Être et le Néant"*, Col. NRF. Ver também, de Erich Fromm *"Avoir ou Etre"* Ed Robert Lafont. Ver igualmente alguns desenvolvimentos recentes na Revista DIALOGUE n.º 264, no Dossier Être et avoir de março de 2010, onde faz bem a ligação entre os princípios filosóficos e a sua aplicação a iniciativas tendentes a modificar o estilo de consumo para ter em conta preocupações ambientais e de justiça social.

Finalmente, quando consumimos, entramos em relações sociais com todas as pessoas que participam da produção, embalagem, exportação e importação, *marketing* e venda dos bens que compramos e com todos aqueles que participam na prestação dos serviços que adquirimos, as nossas escolhas de consumo nos ligam-nos de maneiras boas e ruins a centenas de milhões de pessoas em todo o mundo.

Ou seja, para os apologistas do consumo ético, o consumo, embora seja um ato quotidiano e normal, está na verdade inserido numa rede global complexa de relações económicas, políticas e sociais.

Como tal, as nossas práticas de consumo têm implicações abrangentes. O que consumimos e como consumimos é parte do sistema capitalista em que estamos inseridos[26].

3. Não cabe no âmbito e no propósito deste escrito uma análise aprofundada do quadro teórico e filosófico do consumo ético nem dos seus principais tipos, que a doutrina tem identificado e definido.

Em nota indicam-se algumas das principais obras onde tais temas podem ser encontrados e discutidos.[27]

[26] Alguns autores dão exemplos significativos. Muitos dos produtos que consumimos são acessíveis porque são produzidos por trabalhadores de baixa renda em todo o mundo, que são mantidos em condições de pobreza devido ao imperativo capitalista de pagar o mínimo possível pelo trabalho. Quase todas as indústrias globais são afetadas por esse problema, incluindo eletrónicos de consumo, moda, alimentos e brinquedos, para citar apenas alguns. Em particular, os agricultores que vendem produtos por meio de mercados globais de *commodities,* como aqueles que cultivam café e chá, cacau, açúcar, frutas e vegetais e grãos, são historicamente mal pagos.

Outros problemas decorrentes do sistema global de produção e consumo capitalista são de natureza ambiental. Isso inclui o esgotamento de recursos, degradação ambiental, poluição e aquecimento global e mudanças climáticas. Nesse contexto, os consumidores éticos procuram produtos produzidos de forma sustentável, como orgânicos (certificados ou não, desde que transparentes e confiáveis), neutros em carbono e de cultura mista, em vez de usar monoculturas intensivas em recursos.

Além disso, os consumidores éticos buscam produtos feitos de materiais reciclados ou renováveis e também procuram reduzir seu consumo e sua pegada de resíduos reparando, reutilizando, reaproveitando, compartilhando ou comercializando e reciclando. Medidas que prolongam a vida útil de um produto ajudam a reduzir o uso insustentável de recursos que a produção e o consumo globais exigem. Consumidores éticos reconhecem que o descarte ético e sustentável de produtos é tão importante quanto o consumo ético.

[27] Ver *Unequal Freedoms: The Global Market As An Ethical System* (1998), John McMurtry; *Understanding Ethical Consumption: Types and Antecedents* Antonia Delistavrou, Hristo Katrand.

No entanto, alguns autores interrogam-se sobre se é possível ser um consumidor ético e fazem várias perguntas sobre o capitalismo ético e o consumismo ético.[28]

Tais como:

Está-se verdadeiramente perante um movimento em direção a uma mudança igualitária real para os pobres e os trabalhadores de todo o mundo?

Sugerem esperança para um planeta habitável a longo prazo ou são meramente concessões simbólicas para apaziguar as críticas de um sistema profundamente problemático de produção e consumo global?

A que valores, qual o código moral, que anseios, a que sentido de identidade ou de vida, o capitalismo ético responde e promove?

O que exatamente se quer significar e o que se pretende alcançar por meio do consumo ético?

Uma real preocupação pelo bem estar universal e a prevenção efetiva de alterações e catástrofes ambientais, ou um mero jogo de intelectuais bem pensantes, confortavelmente instalados na vida, possidentes e abastados, que se podem dar a esse luxo?

Por outras palavras, qual é a lógica cultural do capitalismo ético?

E certos autores afirmam que o resultado dessa lógica é pura e simplesmente dinheiro, na medida em que, se os produtores aceitarem os ditames de produção dos ativistas ecologistas, acabam ganhando ainda mais dinheiro.

Assim, dizem, a lógica do capitalismo ético difere pouco da lógica tradicional do capitalismo de livre mercado.

[28] Um dos autores que melhor tratou esta questão, analisando-a e desmontando-a, foi inquestionavelmente, Jean Pierre Dupuis em *"Introdução à critica da Ecologia politica"*, Ed Civilização Brasileira, Rio de janeiro, 1980, ao identificar, de um ponto de vista fenomenológico, as duas razões fundamentais do aumento exponencial da procura desde a 2.ª Guerra Mundial, responsável pelo crescimento económico mundial e à acumulação capitalista, *a natureza dos bens colocados no mercado que tem tanto mais utilidade social quanto mais desigualmente repartidos forem*; e *a diminuição da duração de vida dos bens de consumo*, para, de seguida, analisar os três grandes temas da contestação ecológica, a saber, a *questão da sobrevivência da humanidade na escala planetária,* a *crítica do fetichismo das forças produtivas e a crítica da economia* e, finalmente *a crítica "illichiana"das ferramentas e do modo de produção industrial* (Ivan Illich *"A expropriação da saúde Nemesis da medicina",* cap III, Ed. Nova Fronteira, Rio de Janeiro, 1975). Ver também Jean Pierre Dupuis e Jean Robert, *"La trahison de l'opulence"*, PUF, Paris, 1976. Ainda poucos dias antes da data em que se fecha este documento, no Jornal Expresso/Economia de 24 de setembro de 2021, o jornalista Ricardo Reis desenvolve a ideia do *"Capitalismo inimigo do ambiente"*.

4. Não entraremos na discussão deste tema que excederia largamente o objeto do pedido que nos foi feito, mas, face aos recentes fenómenos climatéricos um pouco por todo o lado e aos alarmantes avisos que nos chegam, por exemplo, no recente relatório preliminar do *Painel Intergovernamental sobre Mudanças Climáticas (IPPC) das NU*, de 09 de Agosto de 2021, se quisermos avançar em direção a uma mudança social real e a uma justiça económica global, devemos viver no dia a dia as nossas preocupações de consumo, não amenizá-las por meio de formas de consumo auto-gratificantes.

Na medida em que optemos pelo simples refrigério do consumo ético, deixamos de confrontar a raiz do problema que causa essas ansiedades – o sistema do capitalismo.

Em vez disso, devemos confrontar as nossas ansiedades, permitir que elas nos perturbem e, então, usá-las como motivo para nos empenharmos na medida em que estiver ao nosso alcance, para minorar as causas que contribuem para o aquecimento global.

Mesmo que concordemos em não transformar as questões do consumidor em juízos de valor moral, considerando, portanto, aqueles que o fazem não cumprindo essas regras como *"culpados"* ou *"pervertidos sociais"*, devemos reconhecer que várias das "prescrições" dos ativistas já foram justamente incluídas nas leis dos países industrializados desenvolvidos como, por exemplo, o caso de certos standards e rótulos tais como *Fair trade, Grass fed beef, Local food, Organic food, Recycled/recyclable, prison labor, FromFarm to Fork, etc.*

Hoje certas formas de consumo tradicionais do sistema capitalista são reprováveis e devem ser penalizadas para a consecução de um objetivo mais vasto que passe pela diminuição dos riscos ambientais e a recuperação do planeta em condições de vida sustentáveis e socialmente mais justas e equitativas e que diminuam a pegada humana na Terra.

C) Alguns novos modelos económicos que respondem ao apelo do consumo sustentável

C.1. Economia circular

1. A Economia Circular é um *iter*, um caminho e define-se por oposição ao caminho tradicional de uma economia retilínea[29].

[29] Sigo, nesta parte, a nomenclatura desenvolvida e publicada no Estudo elaborado em 08.0.2019, no âmbito do OMU, Observatório do Mercado Único do CESE, a que tive a opor-

Vinte anos já passados desde o início do século XXI, este modelo linear não só está em crise como também corre o risco de se tornar insustentável a mais ou menos longo prazo devido à diminuição dos recursos naturais do planeta. Já se atingiram níveis alarmantes, pelo que já não é tempo de equacionar como alterar o paradigma económico, mas sim de introduzir urgentemente um novo.

Extração, produção, consumo, eliminação e reciclagem: há que levar a cabo uma mudança profunda de molde a garantir a autossuficiência das comunidades e o seu desenvolvimento social e sustentável a longo prazo.

É imperioso sensibilizar todas as empresas e consumidores para a necessidade de eliminar progressivamente o atual modelo económico linear de «*extrair, produzir, consumir e deitar fora*» e acelerar a transição para um modelo circular, a fim de reduzir ao mínimo a utilização dos recursos naturais.

2. O conceito de economia circular baseia-se numa análise da utilização dos recursos ao longo de todo o ciclo de vida. Este conceito promove a reciclagem, a substituição de alguns recursos, a durabilidade e reutilização dos produtos, a diminuição dos resíduos em toda a cadeia, incluindo na fonte, a conceção ecológica dos produtos e dos serviços, novos modelos empresariais, *etc.*, e introduz novas formas de governação que integram todos os intervenientes da sociedade civil.

O seguinte grafismo permite compreender de forma simples como funciona a economia circular.

tunidade de presidir, com a coordenação do Sr. Jean Pierre Faure, em colaboração estreita com a Unidade de Avaliação das Políticas do CESE (PAS), dirigida pelo Sr. Cuisson.

3. A transição para uma abordagem circular da economia europeia não pode ser dissociada do contexto socioeconómico no qual tem de se desenvolver presentemente, mas os desafios colocados pela crise sanitária devem transformar-se numa oportunidade de renascimento, assente em novas bases e com as condições necessárias para acelerar a adoção do novo modelo circular.

Uma transição inteligente e participativa para a economia circular permitirá aos cidadãos em geral, aos consumidores, às empresas e aos trabalhadores em particular, fazer face ao desafio e contribuir não só para o respeito do ambiente, mas também para desenvolver a ideia de uma sociedade aberta e inclusiva, que preserva os recursos para as gerações futuras.

A implementação de uma economia circular exige uma rede sólida de partes interessadas interligadas, que terão necessariamente de ser associadas ao processo e mantidas informadas. Importa identificar, rever regularmente e comunicar de forma eficaz as políticas-chave e o apoio estrutural aos diferentes grupos interessados.

Os consumidores não podem ficar de fora deste processo e deverão ser mesmo atores fundamentais e privilegiados da implementação da economia circular em toda a Europa.

4. No entanto as instituições da UE estão a colocar a ênfase da economia circular na dimensão ambiental e produtiva, abordando pouco o aspeto social e do consumo, pelo que se corre o risco de transitar para outra economia linear.

De um ponto de vista global, o papel proativo do consumidor deve ir além da mera participação assimétrica, que o relega para uma função de agente urbano da reciclagem de resíduos domésticos, sendo necessário capacitá-lo para intervir em todo o processo circular.

A economia circular deve ser um modelo de comportamento humano compatível com as regras de funcionamento próprias da natureza e capaz de preservar e regenerar o capital natural.

Até à data, foram realizados inúmeros estudos, propostas e pareceres sobre a transição de uma economia linear para uma economia circular, colocando a tónica na produção e só pontualmente abordando o papel do consumidor, que é um interveniente-chave na resposta aos desafios da economia circular.

Existe, desde logo, uma forte discrepância entre as reivindicações do consumidor, que se afirma muito sensível aos desafios sociais e ambien-

tais[30], e os seus padrões de comportamento, marcados pelo fenómeno do baixo custo (*low cost*), que amiúde dá prevalência ao fator preço (cuja formação não internaliza o efeito das externalidades negativas) em detrimento da qualidade integral do produto ou serviço.

No entanto, quando se passa do domínio das perceções e expectativas para o das ações concretas e dos compromissos reais, as percentagens diminuem.

É aqui que se torna palpável a tensão entre o que é acessível e o que é sustentável, e que a informação e a formação se revelam fatores essenciais para otimizar a participação dos consumidores no processo.

O verdadeiro desafio das políticas da UE em matéria de economia circular, para além dos aspetos regulamentares e produtivos, consiste em mobilizar o capital humano representado pelos comportamentos dos consumidores através dos seus hábitos e das suas escolhas quotidianas. Visto o efeito multiplicador das ações individuais, faz sentido que os consumidores sejam plenamente associados aquelas políticas, enquanto motor eficaz de mudança.

A Comunicação da Comissão *"Fechar o ciclo: Plano de ação da UE para a economia circular"*[31] conclui que «[as] *escolhas de milhões de consumidores podem favorecer ou, pelo contrário, dificultar a economia circular*».

5. *«Reutilização», «reciclagem»* e *«recuperação»* tornar-se-ão palavras-chave em torno das quais será construído um novo paradigma que permita promover novas conceções, a sustentabilidade, a inovação e a competitividade, em todo o mercado interno e a nível internacional.

De acordo com um relatório realizado pela McKinsey para a Ellen McArthur Foundation publicado em junho de 2015, até ao ano 2030 a economia circular permitiria à União Europeia economizar 600 mil milhões de euros por ano. Prevê-se também a criação de oportunidades substanciais de emprego local na UE.

Elemento fundamental neste processo, a publicidade e o *marketing* terão de perder o seu pendor marcadamente consumista e passar a privilegiar aspetos como a durabilidade dos produtos e a possibilidade de reutilização

[30] *Eurobarómetro especial de setembro/outubro de 2017*: para 94% dos europeus, a proteção do ambiente é muito ou bastante importante, sendo o volume crescente de resíduos uma das suas principais preocupações, e 87% consideram que esta pode desempenhar um papel muito ou bastante importante.

[31] COM(2015) 614 final.

sem renunciar às regras do mercado livre e sem recorrer a publicidade enganosa ou abusiva.

O direito à reparação dos produtos a preços justos e proporcionados deve ser reconhecido e incorporado na garantia do produto, nomeadamente através de medidas fiscais e de redes de serviços de reparação de proximidade e de acesso fácil[32]. Este aspecto será objeto de um capitulo distinto mais à frente[33].

Para o efeito, a luta contra a obsolescência programada[34] deve passar a fazer parte das novas características técnicas e normativas dos produtos sustentáveis do ponto de vista ambiental, que são facilmente reparáveis e recuperados. Este tema também será analisado mais detalhadamente à frente[35].

C.2. Economia da partilha (*Sharing economy*)

1. A questão da economia da partilha[36], a começar pela sua definição e delimitação conceptual de outros conceitos similares, paralelos ou mesmo

[32] Ver a Diretiva 1999/85/CE, do Conselho, de 22 de outubro de 1999, que altera a Diretiva 77/388/CEE no que diz respeito à possibilidade de aplicação a título experimental de uma taxa reduzida de IVA a serviços com grande intensidade do fator trabalho: pequenos serviços de reparação de bicicletas, de calçado e artigos em couro, de vestuário e de roupa de casa; obras de reparação e renovação em residências particulares; serviços de assistência a domicílio.

[33] Ver pag. 121.

[34] A íntima ligação entre os dois temas, obsoloscência e reparação programada foi bem salientada em artigo de Laetitia Vasseur, no jornal francês Le MONDE Suplemento Economia, pag. VI, sob o título "*Contre l'obsolescence, la réparation progrsmmée",* defendendo a necessidade de a durabilidade dos objetos constar de rotulagem ou indicação aposta nos produtos, como elemento essencial do contrato.

[35] Ver pag. 87.

[36] Fui Relator no CESE de dois Pareceres sobre a Economia da Partilha, um parecer exploratório a pedido do Governo da Holanda, durante a Presidência neerlandesa, sobre *"A economia da partilha e a autorregulação"* (INT/779 – EESC-2016-00933-00-00-AC), em 25 e 26 de maio de 2016, e outro sobre consulta da Comissão relativo a uma *"Proposta de directiva do Parlamento Europeu e do Conselho sobre a protecção do consumidor relativamente a determinados aspectos da utilização a tempo parcial de bens móveis e imóveis (timeshare), produtos de férias de longa duração, sua revenda e troca"* (COM(2007) 303 final) (INTRA/372 – CESE 1445/2007), em 4 de Outubro de 2007, aprovados ambos por larguíssimas maiorias absolutas. Permita-se-me que a eles recorra para esta breve descrição conceptual, em que eles se basearam.
Aconselho vivamente a consulta de *Regulating the sharing economy*, de Kristofer Erikson *University of Glasgow*, e Inge Sorensen, *School of Culture and Creative Arts*, publicado a 30 de Junho 2016, Volume 5, bem como de Belk, Russell. 2014. *"You are what you can access: Sharing and collaborative consumption online."*, *Journal Of Business Research* 67, no. 8: 1595-1600,

cruzados, até às diferentes noções que engloba e às práticas que integra e aos seus efeitos, é tema altamente controverso e de atualidade.

As práticas de certas formas ditas de economia da partilha nascem mesmo antes da conceptualização da sua noção, por uma atitude relativamente ao ter e ao ser que releva fundamentalmente da ideia de que «tu não és aquilo que tens» mas «aquilo a que podes aceder».

É evidente que uma certa economia da partilha é tão antiga como a humanidade e encontra as suas raízes históricas na «economia de troca» das sociedades primitivas, só sendo paulatinamente destronada com a introdução da moeda que confere a quem a possui a faculdade de comprar e assim de ter.

2. O que se torna, no entanto, social e economicamente relevante, a partir dos anos 2000, com a utilização da Internet e das redes sociais, não é uma conduta recíproca de troca, mas antes um *«comportamento pró-social não recíproco»*, ou mais exatamente *«o ato e o processo de distribuir o que é nosso com outros para o seu uso e/ou o ato e o processo de receber ou de tomar alguma coisa de outros para o nosso uso»*.

Por isso, a economia da partilha inspira-se de várias correntes de pensamento que vão desde o livre acesso gratuito e universal ao conhecimento, à economia da funcionalidade ou à economia da dádiva (*Gift Economy*) focada nas trocas sem lucro. Ao contrário da pura economia de troca, a economia da partilha baseia-se numa ideia de contraprestação monetária ou não monetária.

3. É desta noção que se deverá partir para delimitar o domínio próprio e específico da economia da partilha como prática economicamente relevante, nas suas várias facetas, enunciando as características que devem apresentar as suas práticas e que as permitem distinguir das outras práticas económicas de mercado.

Antes de mais, a característica dominante e comum é a de que esta prática não conduz à propriedade de bens, nem à sua compropriedade, mas a uma comunhão de uso ou de utilização.

E-Journals, EBSCO*host*, de Mohlmann, Mareike, *"Collaborative consumption: determinants of satisfaction and the likelihood of using a sharing economy option again."*, *Journal Of Consumer Behaviour* 14, no. 3 (Maio 1, 2015).

Por outro lado, é essencial a intermediação de uma plataforma que põe em contacto, designadamente por meios eletrónicos (um *browser* ou uma aplicação), uma pluralidade de predisponentes de bens ou serviços e uma pluralidade de utilizadores.

Um objetivo comum e característico deste tipo de atividade é o melhor aproveitamento (*idling capacity*) dos bens ou serviços em causa através da sua partilha.

Também se tem por essencial que, neste modelo de negócio, as partes finais sejam primacialmente «pares» (P2P) e nunca relações contratuais B2C, quer se trate de pessoas singulares ou coletivas, incluindo sociedades, mas que não façam elas mesmas dessa partilha o seu objeto comercial (por exemplo, uma sociedade pode partilhar com outra o uso de uma frota automóvel ou de uma série de equipamentos de reprodução).

A possibilidade, no entanto, de entre «pares» se poder criar todo um «negócio» não pode ser descartada.[37]

4. Este tipo de negócio pressupõe uma triangulação contratual complexa traduzida nas relações contratuais entre o detentor do bem ou prestador do serviço com a entidade que gere a plataforma; entre o utilizador e a entidade que intermedeia a transação na plataforma, eventualmente mediante um preço; e entre os utilizadores da plataforma entre si para a utilização em causa.[38]

[37] O gráfico seguinte retirado do citado parecer do CESE, ilustra as diferenças dos modelos de negócio em confronto:

[38] Por isso, não se julga que sejam, designadamente, características distintivas ou específicas:
A) O caráter gratuito ou oneroso, o Couchsurfing vs Airbnb;
B) A reciprocidade das posições contratuais;
C) O caráter financeiro ou não financeiro da operação, assim se aceitando a inclusão do crowdfunding nesta atividade;
D) A mera partilha de bens ou serviços entre particulares (a «boleia» dada a um colega, a cedência temporária de um quarto para pernoita ou estadia de um amigo, a oferta da utilização da máquina de lavar roupa quando a do vizinho se avaria);

5. Alguns exemplos práticos permitem elucidar o que são e o que não são manifestações de economia partilhada.

5.1. No setor do alojamento destacam-se Airbnb, Rentalia, Homeaway, Couchsurfing e Bedycasa, plataformas em que se registam proprietários de imóveis para partilha temporária de quarto ou toda a casa, sendo ainda possível que hostels, pousadas e outros alojamentos turísticos disponibilizem os seus alojamentos nestas plataformas.

Dada a facilidade com que qualquer um pode juntar o seu imóvel a estas redes de partilha, e acrescendo o lucro que os proprietários retiram desta atividade, a proliferação de alojamentos deste segmento tem conduzido a acordos para colaboração na cobrança e entrega de impostos entre as plataformas e as autoridades tributárias, designadamente em Paris e Amesterdão. Em Amesterdão, Barcelona, Londres e Berlim foi criado um regime de registo obrigatório destes alojamentos e regras de limitação no tempo, com o objetivo de não prejudicar o arrendamento a longo prazo e impedir o consequente aumento das rendas.

5.2. No sector dos transportes refira-se Blablacar, Umcoche, Liftshare, Karzoo, aplicações que possibilitam o registo de proprietários de veículos particulares que pretendem partilhar os lugares livres das suas viaturas nas suas viagens *(carpooling*). Nalgumas destas plataformas podem ser partilhadas as despesas da viagem, mas não é permitida a cobrança de valores com fins lucrativos.

A Uber, no entanto, é um caso que merece ser distinguido, pois tanto disponibiliza serviços de partilha de veículos de particulares (UberPop, banido em quase toda a UE), como permite a solicitação de um serviço de deslocação com recurso a motoristas profissionais (Uberblack e UberX, aproximando-se do serviço tradicional dos táxis). A sua caracterização não é clara, uma vez que não é transparente o modelo de negócio da empresa, já se tendo inclusivamente discutido judicialmente se os motoristas Uber são funcionários da empresa.

Este serviço tem levado a manifestações por vezes violentas e até a processos judiciais um pouco por toda a Europa.[39]

E) A troca ou venda de bens em 2.ª mão, pois não implicam partilha e têm como consequência a transmissão da propriedade dos bens.

[39] Entre nós recorde-se a enorme manifestação/greve dos taxistas que paralisaram a cidade de Lisboa e veio a estar na origem da primeira legislação para o sector; mais recenteme-

5.3. Exemplos de financiamento colaborativo são o financiamento por empréstimo com remuneração de juros, como Zopa e Auxmoney; financiamento de capital com participação social na empresa criada, como Fundedbyme e Crowdcube; financiamento por recompensa, como Kickstarter ou Indiegogo, e, por último, o financiamento através de donativo, em que não é acordada qualquer contrapartida pela entrega dos montantes todos mais ou menos inspirados no ou, pelo menos, reclamando-se do, ensinamento e das experiências de Muhammad Yunus[40].

6. Julga-se, no entanto, essencial tentar a definição de um conceito Como é sabido, o esforço de conceptualização, em especial quando o método é indutivo, não é linear, levando tempo a sedimentar-se e a recolher uma unanimidade de entendimento. É o que se passa com a noção de «economia partilhada», que aparece nos meios de comunicação social, ao lado de outras noções, como «economia social ou solidária», «economia circular», «economia funcional», «economia verde», «economia azul», «economia das soluções», «economia horizontal», «economia *on demand*», «economia das plataformas» e «*Gig Economy*».

Por isso, alguns autores preferem nem sequer tentar uma definição por receio de ela não ser suficientemente abrangente ou, ao contrário, não delimitar corretamente o seu âmbito.

As instituições europeias levaram tempo a definir estes conceitos e só acabaram por tentá-lo, aliás sem grande êxito, aquando da publicação, em 2016, da «*Agenda Europeia para a Economia Colaborativa*».[41]

Não se pensa que, sobre esta matéria, se tenha de ser original quando, das múltiplas definições expressas, uma haverá que parece concitar grande

nente, foi a concentração nos Restauradores do transportadores de comida (os GLOVO e outros) contestando a nova proposta de legislação anunciada, que ainda não viu a luz do dia (ver artigo do jornalista Luis Pedro Cabral, *"A vida em duas rodas"*, em Revista Expresso, de agosto 2021, pags 46 e ss.).

[40] *"Vers un nouveau capitalisme"*, Ed. JC Lattès, 2008.

[41] Ver a Comunicação da Comissão, de 2 de junho de 2016, intitulada *«Uma Agenda Europeia para a Economia Colaborativa»* (COM(2016)0356). Cf. igualmente a Resolução do Parlamento Europeu, de 15 de junho de 2017, sobre uma Agenda Europeia para a Economia Colaborativa (2017/2003(INI)). Ver também Análises e Notas Técnicas do Gabinete de Estratégia 31 de agosto de 2018, *"Economia Colaborativa em Perspetiva"*, tradução de documento da Comissão com vários dados estatísticos. Ver finalmente o bem elaborado estudo do Prof. Nuno Cunha Rodrigues sobre *"A regulação da economia colaborativa pela UE"* (in Rev. Fac Direito Universidade de Lisboa, (2018,2) pags 59 e ss.).

adesão; adota-se, assim, a definição de economia partilhada de Botsman & Rogers como *«um sistema económico baseado na partilha de bens ou serviços subutilizados, gratuitamente ou contra um preço, diretamente pelos particulares»,* através de plataformas em linha.

Esta definição é suficientemente abrangente para incluir domínios tão variados como a produção, o consumo, passando pelo financiamento (*crowdfunding*) ou o próprio conhecimento e para permitir a sua divisão em quatro domínios com alguma autonomia: o consumo colaborativo; a educação, formação e o conhecimento colaborativos; o financiamento colaborativo; e a produção colaborativa.

Esta definição permite também distinguir modelos de negócio que, sob a capa da economia partilhada, são na realidade negócios que visam unicamente o lucro e que representam modelos B2C.

Esta conclusão resulta da análise do modo de funcionamento destas plataformas (embora nem sempre transparente), e podemos encontrar casos de verdadeira economia partilhada em que a relação estabelecida via plataforma é P2P, e o único papel da plataforma é possibilitar o contacto entre os pares, mas também exemplos de empresas que, sob uma aparência de plataforma P2P, intervêm de tal forma no negócio, recebendo comissões, sendo os destinatários dos pagamentos, prestando serviços acessórios, que não deverão ser tratadas como economia partilhada, mas sim como prestadoras de serviços B2C, com as consequências que tal acarreta.

Por outro lado, esta definição permite, desde logo, excluir do conceito de economia partilhada certo tipo de manifestações que nela se pretendem acolher, como sejam designadamente:

A) A partilha de bens alimentares ou bens de consumo não duradouro;
B) As sociedades mutuas e cooperativas;
C) O empreendedorismo social;
D) A benemerência;
E) A economia *on demand*;
F) A economia da funcionalidade, mais ligada à economia circular;
G) A mera intermediação.

7. Importante é constatar que, mesmo sem uma definição muito precisa e clara do seu âmbito, do tipo aristotélico, o relevo económico do fenómeno é crescente e têm-se multiplicado os estudos e os inquéritos no sentido de determinar o seu peso económico ao nível da UE e do mundo, por forma a equacionar opções de política económica a desenvolver.

É, com efeito, inquestionável que, nos anos mais recentes e precisamente nestes tempos de crise, e como resposta a ela, as iniciativas de economia partilhada não têm cessado de aumentar.

Estimativas usadas pela Comissão Europeia apontam para que o volume de negócios mundial que se esconde sob a designação de economia da partilha seria já de 50 mil milhões, embora tendo sofrido acentuada quebra durante a atual crise pandémica.

Para além de criadora de valor económico, a economia da partilha, na sua dimensão social e ambiental, é potenciadora de estreitar laços de solidariedade entre os cidadãos, de revitalizar a economia local, de criar emprego, de racionalizar o consumo das famílias mutualizando o uso de certos bens, de diminuir a pegada energética e de favorecer um consumo mais responsável e sustentável.

Daí a urgência do apelo para a definição de orientações ou linhas diretrizes a nível europeu, porquanto alguns Estados-Membros já se anteciparam individualmente na definição das suas próprias políticas, face ao atraso e à aparente indefinição das instituições europeias.

8. Uma ideia importa reter e reafirmar face a vários autores que tentam minimizar e desvalorizar a necessidade desta atividade, e dos vários interesses em causa, serem tutelados pelo Direito.

Como qualquer outra atividade que ponha em relação pessoas com os seus interesses próprios e eventualmente conflituantes, a economia partilhada releva do Direito e da regulação normativa dos interesses em causa.

Julga-se, por isso, destituída de seriedade a posição daqueles que pretendem que a economia da partilha deve ser uma zona de *«não direito»*, onde a liberdade deve imperar sem quaisquer barreiras nem constrangimentos, exclusivamente baseada na confiança e na bondade natural (à imagem do «bom selvagem» de Rousseau).

O que se pode e deve defender é que esta regulação pode ser de vários tipos, que se devem articular de forma harmoniosa.

Tenho defendido, designadamente, que *«a auto-regulação e a coregulação»* enquanto mecanismos, espontâneos ou induzidos, de regulação de interesses económicos e sociais ou de relações e de práticas comerciais dos vários agentes económicos devem ser considerados como importantes instrumentos complementares ou suplementares, embora não como alternativa, da hetero-regulação (*hard law*), cuja validade depende da sua conformação

e o seu âmbito serem definidos por preceitos expressos e explícitos de lei cogente e judicialmente aplicáveis.

9. Com efeito, a partir do momento em que as práticas puramente espontâneas entre particulares assumam o relevo de uma atividade económica, e os direitos e as obrigações recíprocos das partes revistam caráter contratual, devem consequentemente estar sujeitos ao normativo, nacional ou europeu, que enquadre legalmente os direitos e as obrigações de uns e de outros.

Acontece que a complexidade das relações que está em causa neste fenómeno, é de molde a justificar uma definição de um quadro jurídico no qual os intervenientes se devem mover, principalmente quando essas atividades revelam um caráter híbrido, como são os casos de *freemium* ou de *donationware*, bem evidenciados no caso exemplar do *geocaching*.

Na medida em que o fenómeno extravasa hoje claramente, pela sua própria natureza, as fronteiras dos Estados-Membros, era a nível da UE que se devia ter definido, para o seu espaço comum e integrado de grande mercado único, o quadro jurídico aplicável sempre que estas atividades se desenvolvam transfronteiras.

Não foi esta a opção da Comissão nem da generalidade dos Estados-Membros que sofrem hoje as consequências de regulamentações díspares e contraditórias no espaço do mercado único[42].

A sua falta, denunciada por muitos, tem estado na origem de uma série de tomadas de posição díspares e contraditórias em vários Estados-Membros, à semelhança do que também vem sucedendo nos EUA.[43]

[42] Logo em 2018 o Jornal belga LE SOIR alertava: *"Uber et Cie. échapent àa in cadre européen" Écoonomie Numerique,Une double reculade: sur le plan fiscal et en matière social"* (edição de 12/2018, pag. 17).

[43] Este quadro jurídico devia relevar, designadamente, dos seguintes domínios prioritários:
a) proteção dos direitos de todos os parceiros que atuam na economia partilhada, incluindo o *pros umer*, com a adaptação a estas relações de todo o acervo da UE vigente em matéria de direitos dos consumidores, designadamente o relativo às clausulas abusivas, às praticas comerciais desleais, saúde e segurança e comércio eletrónico;
b) direitos fundamentais dos «consumidores» que lhe devam ser extensíveis (informação, transparência, proteção de dados e privacidade, saúde e segurança);
c) proteção dos dados e da vida privada dos intervenientes (*tracking and profiling*) que garanta a portabilidade dos seus dados;
d) direito da concorrência na medida em que este tipo de atividades compita no mercado com empresas que prossigam idênticas finalidades e atividades, e na medida em que garanta

10. Sem pretender entrar no aprofundamento das formas de regulação mais adequadas a esta nova atividade económica importa salientar que o entendimento mais generalizado aponta para que devesse ter sido objetivo das instituições a nível da UE, a começar pela Comissão por força do seu poder de iniciativa, mas igualmente do Conselho e do PE, a proposta da adoção de um quadro regulamentar que definisse, com exatidão o âmbito e os parâmetros nos quais esta atividade se devia desenvolver, independentemente de as medidas concretas deverem ser ajustadas aos diversos tipos e sectores de economia partilhada.

Nesse quadro deviam avultar os princípios comuns de interesse e ordem pública, que deveriam ser considerados de cumprimento obrigatório pelos participantes nestas modalidades de atividade económica.

Simultaneamente foi sempre nosso parecer que existe paralelamente todo um espaço que deve ser deixado à auto e coregulação[44], julgando

uma concorrência leal e combata os monopólios e as práticas anti concorrenciais e de modo a atender a outros desafios da economia da partilha;
e) direito fiscal, na medida em que os proveitos destas atividades não poderão ficar isentos da taxação adequada, combatendo a fraude e evasão fiscal;
f) a responsabilidade das plataformas nos negócios, consoante os serviços que prestam, e de acordo com o nível de intervenção que têm nos negócios que se concretizam através daquela e garantia do respeito da legalidade das suas ofertas;
g) o seu impacto no mercado do trabalho e na definição mesmo da noção e das formas de trabalho em ambiente digital;
h) proteção dos trabalhadores envolvidos, distinguindo as situações dos trabalhadores que não têm uma efetiva relação de trabalho com a plataforma, protegendo estes últimos de acordo com os princípios aplicáveis aos trabalhadores independentes, e aplicando os princípios de proteção dos trabalhadores àqueles que efetivamente se possam considerar seus trabalhadores dependentes, em particular no caso de «falsos» trabalhadores independentes ou trabalho precário;
i) proteção dos direitos e instrumentos sociais dos trabalhadores, como o direito de associação, o direito à greve, e o direito à contratação coletiva e ao diálogo social;
proteção dos modelos sociais e da capacidade dos Estados–Membros de manterem de forma sustentável esses modelos no futuro;
j) a dimensão ambiental com vista a monitorizar o impacto ambiental da economia colaborativa, prevenindo repercussões negativa;
k) direitos de autor e propriedade intelectual, a considerar na revisão da Diretiva 2001/29/CE.

[44] Ver, por todos os Pareceres que elaborei no CESE e conferências, reuniões e grupos de trabalho e de estudo em que participei sobre este tema em várias ocasiões e países da Europa, incluindo em Portugal, o Parecer de Iniciativa INT/754 de 22.04.2015 sobre *"Autorregulação e corregulação no quadro legislativo comunitário*" publicado na Revista Luso Brasileira de Direito do

mesmo que se estará perante um caso exemplar do que alguns já chamam de *«shared regulation»*[45].

C.3. Economia participativa ou da funcionalidade

1. A economia da funcionalidade visa desenvolver a utilização dos produtos em vez da sua posse. Trata-se, no entanto, de ir além da simples incorporação de «serviços» adicionais num «produto», e considerar o conjunto das alterações do consumo, tendo mais em conta o utilizador final e os modelos económicos mais eficientes em termos de recursos, podendo até gerar benefícios colaterais para o ambiente.

2. O paradigma económico subjacente continua a ser o de que o valor de um produto reside nos benefícios decorrentes da sua utilização, ou seja, no seu valor de uso, mas também no próprio bem ou serviço, ou no modo como os outros o consideram, ou seja, no seu valor-trabalho ou no seu valor de troca.

No modelo económico tradicional, os produtores criam valor e os consumidores destroem-no através do consumo. Na economia da funcionalidade, os interesses de ambas as partes devem conjugar-se ou, pelo menos, convergir, para que cada um possa manter, ou mesmo criar, valor.

3. As novas dinâmicas emergentes em torno da figura do *«prossumidor»* (neologismo que associa os dois papéis de produtor e consumidor), demonstram esta reconfiguração de relações económicas muito lineares ou verticais em modelos e organizações mais complexos ou horizontais.

A economia da funcionalidade, que pode favorecer a desmaterialização da economia, integrando a totalidade dos custos no preço final, deve permitir favorecer a dissociação entre a atividade económica e o impacto ambiental.

4. Há duas orientações teóricas que se referem a dois modelos, relativamente sólidos, de aplicação do conceito de economia da funcionalidade. A primeira considera que se trata de uma oferta de serviço centrada na utilização, e remete para o conceito geral de economia de serviços.

Consumo, n.º 19, de setembro de 2015, pag. 217, acompanhado do texto da respetiva Apresentação na Reunião Plenária do CESE de 22/04/2015, a pag. 201.

[45] Como recentemente defendido pela Royal Society for the encouragement of Arts, Manufactures and Commerce, RSA HOUSE, Londres, ou o modelo de Código de Conduta elaborado pelo Sharing Economy UK (SEUK).

A segunda centra-se nas externalidades da economia da funcionalidade que permitem definir novas soluções, em que a venda de bens e serviços é vista como um conjunto integrado (questionando o trabalho ou a produção de recursos imateriais) e em que o consumidor faz parte integrante da solução concebida.

5. Do ponto de vista ambiental, os modos de consumo atuais, baseados na propriedade individual, levam à subutilização dos bens e, consequentemente, a um desperdício de recursos naturais considerável: por exemplo, hoje em dia um automóvel não é utilizado 95% do tempo e, na cidade, é geralmente utilizado por pouco mais de uma pessoa (1,2).

A aquisição de um serviço de mobilidade (um lugar num veículo para um certo número de quilómetros, um automóvel por tempo determinado e com quilometragem definida, *etc.*) permite intensificar a utilização destes recursos. Por conseguinte, a economia da funcionalidade pode permitir aumentar a intensidade da utilização de muitos bens de consumo e, assim, criar mais valor e reduzir a pegada ambiental.

6. A fixação de preços dos serviços da economia da funcionalidade, que integra todos os custos do produto e dos serviços e não apenas o custo marginal, permite ao utilizador ter uma melhor compreensão dos custos reais. Isto oferece um sinal de preço mais próximo dos impactos reais da produção, incentivando comportamentos mais responsáveis.

Em termos sociais, ao reduzir os custos de acesso a determinado produto ou serviço, quer através da mutualização de um investimento realizado coletivamente ou da limitação do custo da utilização apenas ao custo de acesso, a economia da funcionalidade pode permitir a um maior número de consumidores aceder a serviços que até aí lhes eram inacessíveis. A questão fundamental, tanto do ponto de vista económico como jurídico ou em matéria de seguros, diz respeito ao investidor e ao detentor do capital disponibilizado aos utilizadores.

7. A análise de resultados de experiências recentes mostra que as práticas ligadas à economia da funcionalidade têm êxito e são adotadas sempre que as soluções permitem melhorar a experiência do utilizador e a qualidade de vida do consumidor, e não tanto em função de critérios puramente económicos ou ambientais. É o caso da partilha de viaturas, que permite resolver o problema crucial do estacionamento no centro das cidades.

8. Um pacote legislativo europeu deveria permitir estruturar as ofertas em matéria de economia da funcionalidade, nomeadamente tendo em conta as novas problemáticas do consumo – o consumo colaborativo, a obsolescência, a compreensão destes modelos por parte dos consumidores e um contexto jurídico e fiscal mais favorável às empresas inovadoras.

C.4. Economia colaborativa

1. Na definição de economia colaborativa, muitas vezes utilizada como sinónimo de economia participativa, a oferta e o consumo são concebidos não como uma posse de bens, mas como o acesso partilhado para o seu usufruto, para a satisfação de necessidades reais e a realização pessoal, alheia ao consumo simbólico e a satisfação de desejos induzidos e criados artificialmente. Face à insustentabilidade patente da produção e do consumo excessivos, o consumo colaborativo promove valores cooperativos e o exercício da solidariedade.

Enquanto os produtos, na sociedade de consumo convencional, estão pensados para a apropriação individual, o consumo imediato e uma eliminação prematura, a criação de produtos duradouros e preparados para uma utilização intensiva de forma a serem utilizados por várias pessoas, ou ao longo da vida de um único consumidor ou utilizador, são sinais de identidade do consumo colaborativo e contribui para um comportamento mais ecológico durante os ciclos de vida dos bens desfrutados.[46]

2. Na génese da ideia do consumo colaborativo ou participativo encontram-se três fatores:

a) A crise económica;
b) A divulgação e expansão das redes sociais; e
c) Os comportamentos colaborativos ou participativos na Internet.

Contudo, para o seu desenvolvimento no contexto atual das economias desenvolvidas, são essenciais os seguintes fatores:

a) A confiança no bem comum;
b) A capacidade disponível; e
c) A tecnologia[47].

[46] Segundo estimativas recentes da revista «Forbes» o fluxo de rendimentos através do consumo colaborativo ultrapassará os 3,5 mil milhões de dólares este ano, com um crescimento superior a 25%.

[47] Albert Cannigueral, www.consumocolaborativo.com.

3. A confiança entre desconhecidos é, talvez, o fator determinante do êxito do consumo colaborativo ou participativo. Partilhar recursos exige confiança e boa reputação, especialmente quando se trata de captar novos utilizadores. As iniciativas de consumo colaborativo ou participativo têm de garantir às suas comunidades condições de segurança. Quando se cria um sentimento de comunidade entre os utilizadores do serviço, aumenta-se a confiança no próprio serviço e entre os seus utilizadores.

Os utilizadores tratarão das suas ações e interações para poder construir e proteger a sua boa reputação, já que esta é o elemento que lhes permitirá interagir com a comunidade e utilizar o sistema.

Quanto aos riscos, é impossível erradicá-los totalmente. Em qualquer caso, as plataformas que facilitam as trocas devem assegurar-se de que os membros conhecem estes riscos e dispõem de informação suficiente para os gerir eficazmente.

4. Por outro lado, a tecnologia é imprescindível para otimizar a localização dos recursos, agregar grupos de pessoas com interesses comuns e construir comunidades. As tecnologias móveis e de tempo real aumentam a velocidade e a comodidade tanto para acrescentar informação sobre a localização como para facilitar um sistema de pagamento simples, quando for necessário.

5. Em suma, trata-se de reformular a equação: *"crédito + publicidade + propriedade individual = hiperconsumo"* – que reflete o discurso económico do século passado – transformando-a noutra que pretende representar a mentalidade do século actual: *"reputação + comunidade + acesso partilhado = consumo partilhado ou colaborativo."*

6. Após a crise económica surgiram plataformas para coisas tão diversas como, por exemplo, compra e venda de vestidos e acessórios de noiva em segunda mão, alojamento em casas de particulares, aluguer de veículos ou fatos de gala, incluindo roupa de estilistas ou acessórios de luxo, e também comunidades em que os utilizadores anunciam uma tarefa, como montar um móvel ou recolher um pacote, e o preço que oferecem à pessoa que queira realizá-la.[48]

[48] Um exemplo paradigmático do valor do consumo colaborativo ou participativo é o grande número de ferramentas e utensílios que nunca chegaram a ser utilizados com frequência,

7. Resultados de análises efetuadas apontam ao consumo colaborativo certos efeitos diretos de que se destacam :

a) menor consumo de recursos e de emissões de CO2;
b) maior procura de produtos de boa qualidade, se os produtos se destinam a ser emprestados, alugados ou reparados;
c) favorece a durabilidade e a repetição da personalização de produtos compatíveis;
d) melhora a interação social, o desenvolvimento da comunidade e a confiança entre os cidadãos;
e) favorece o acesso a produtos de alta qualidade para os consumidores com rendimentos mais baixos.

8. Praticamente qualquer domínio da vida quotidiana nos tempos atuais pode ser objeto de formas de consumo colaborativo ou participativo, como, por exemplo:

a) a mobilidade (*carsharing* – aluguer ou utilização partilhada de veículos, táxis, bicicletas e lugares de estacionamento, carpooling ou ocupação de lugares vazios em carros com outros passageiros que viajem na mesma direção);
b) a eficiência energética (utilização partilhada de equipamento doméstico);
c) o alojamento (aluguer de quartos, utilização partilhada de casas);
d) os espaços de cultivo e de hortas urbanas e rurais;
e) partilha de locais para escritório (*coworking*);
f) as comunicações (plataformas para serviços móveis em que os utilizadores podem comprar e vender bens e serviços a pessoas que vivem na mesma comunidade);
g) o trabalho (microtarefas, contratar pessoas para determinados trabalhos, ao domicílio, em que se adjudicam tarefas que vão desde pendurar quadros até montar móveis);
h) a cultura como a promoção de intercâmbios culturais de jovens de diferentes países;

apesar do preço pago ou, por outras palavras, pela subutilização dos bens, falta de otimização na rentabilidade da sua utilização ou plena utilização das suas prestações. Basta pensar nos exemplos típicos do berbequim que se adquire para o utilizar apenas vinte minutos durante toda a vida ou do automóvel que se compra para passar muito mais tempo estacionado do que em movimento.

i) empréstimos entre particulares, empréstimos diretos de particulares a pequenas e médias empresas (*crowdfunding*) ou financiamento coletivo (*crowdfunding for crowdbenefits*);
j) a reparação e reciclagem de objetos;
k) a promoção da utilização das energias renováveis na medida em que é possível partilhar o excesso de energia através das redes inteligentes.

9. De forma esquemática enunciam-se as linhas de atuação que a generalidade dos autores considera deverem fazer parte de uma estratégia para o desenvolvimento ordenado do consumo colaborativo ou participativo, como medidas acrescidas de apoio, complemento ou supervisão da política de proteção dos consumidores aplicada pelos Estados-Membros:

a) Definição do contexto jurídico e fiscal das atividades incluídas no consumo colaborativo ou participativo, harmonizando e regulamentando aspetos como a responsabilidade jurídica, a segurança, direitos de utilização, direitos contra a obsolescência programada, taxas de propriedade, padrões de qualidade, determinação de direitos e deveres e, caso seja necessário, a eliminação das possíveis restrições e obstáculos dissimulados ao comércio na UE e a possível distorção de legislações;
b) Difusão, sensibilização e consciencialização da população acerca das iniciativas de consumo colaborativo ou participativo e das vantagens individuais e coletivas que comportam;
c) Informação e orientação para consumidores e utilizadores no que se refere a uma participação responsável nas iniciativas, promovendo os projetos-piloto e iniciativas sobre o consumo colaborativo;
d) Promoção do consumo colaborativo ou participativo a partir de experiências de *Shareable Cities* (cidades partilháveis), o transporte partilhado ou outras áreas como os bens alimentares, a habitação e, mesmo, os trabalhos partilhados;
e) Promoção de estruturas estáveis através da criação de espaços para o desenvolvimento do consumo colaborativo ou participativo, especialmente no que diz respeito a tecnologias e redes;
f) Participação das instituições europeias em iniciativas de consumo colaborativo ou partilhado, tanto como utilizadoras como na disponibilização dos seus próprios recursos.

10. Julga-se, por outro lado, que uma estratégia de ação deva ser delineada, de forma específica, designadamente nos seguintes domínios:

A) Educativo: no âmbito escolar a ação deve ser proactiva, ou seja, o trabalho realizado com as crianças desde cedo deve ser orientado para adquirir e consolidar atitudes, hábitos e valores que criem iniciativas de consumo colaborativo ou participativo.
B) Associativismo de consumo: as organizações de consumidores e utilizadores constituídas em rede podem adotar um papel duplo na estratégia, tanto de forma proativa como de forma reativa, através da participação nelas.
C) Cooperativismo: o cooperativismo pode converter-se no principal aliado do consumo colaborativo ou participativo, na medida em que conjuga e partilha princípios e valores. Por esta razão, o movimento cooperativo e designadamente as cooperativas de consumo podem fortalecer as iniciativas, acolhendo no seu seio redes de consumo colaborativo ou participativo que estejam em sintonia com os seus respetivos objetivos[49].
D) Cidadania: os cidadãos em geral de qualquer idade, participando em iniciativas de consumo colaborativo ou participativo podem desenvolver ações que sirvam para a sua realização pessoal através da integração social e contribuição para a coesão social, ao partilharem coletivamente os bens comuns.

11. Com este pano de fundo já largamente aceite pela generalidade dos cidadãos dos estados membros da UE, foi com mal escondida desilusão e desapontamento que as instituições comunitárias e os parceiros sociais da sociedade civil organizada tomaram conhecimento da *Comunicação da Comissão relativa a uma Agenda Europeia para a Economia Colaborativa*[50]. Com efeito, primeiro o CESE, no seu Parecer de 15 de Dezembro de 2016[51], realçou as lacunas conceptuais que lhe subjazem e exortou a Comissão a levar a cabo uma abordagem conceptual mais detalhada e abrangente da economia colaborativa, a fim de evitar tendências para a equiparar à economia digital.

[49] Salcedo Aznal, Alejandro, *«Cooperativismo 3.0» – 100 anos de cooperativismo de consumidores e utilizadores: história e futuro* (pp. 65 a 68), União de Cooperativas de Consumidores de Espanha (UNCCUE), 2013.
[50] Doc. COM(2016) 2017/C 075/06.
[51] Relatores: Carlos Trias Pinto e Correlator: Mihai Manoliu, em cujo Grupo de Estudo tive a oportunidade de paricipar ativamente.

Reconheceu a necessidade de reforçar os critérios de transparência, honestidade e objetividade na avaliação do produto ou serviço, indo além da mera utilização automática de algoritmos.

E anotou que o desafio consiste em definir as diferentes modalidades desta economia e propor abordagens regulatórias diversificadas, privilegiando as iniciativas digitais assentes numa governação democrática, solidária e inclusiva, com base na inovação social, donde decorre a necessidade de informar os consumidores sobre os seus valores identitários e as suas fórmulas de organização e gestão.

Além disso salientou que a abordagem da economia colaborativa adotada na comunicação ignora aspetos importantíssimos como as questões relativas às moedas virtuais e sociais enquanto instrumentos operacionais deste tipo de economia, ou ao conhecimento, à informação e à energia como objetos da sua atividade, ou ainda o papel que desempenham na economia colaborativa a criação partilhada e a inovação tecnológica.

12. Por seu turno, o PE, na sua resolução de 15 de Junho de 2017[52] entre variadíssimas, detalhadas e bem fundadas críticas e observações, destacou nomeadamente a incerteza sentida pelos empresários, pelos consumidores e pelas autoridades quanto à forma de aplicar a regulamentação vigente em certos setores e a consequente necessidade de eliminar as zonas de incerteza regulamentar, manifestando preocupação relativamente ao risco de fragmentação do mercado único.

Entendeu que a regulamentação tem de estar adequada à era digital e manifesta profunda preocupação quanto ao impacto negativo da insegurança jurídica e da complexidade regulamentar nas empresas europeias em fase de arranque e nas organizações sem fins lucrativos que participam na economia colaborativa.

Considerou que o desenvolvimento de um ambiente regulamentar dinâmico, claro e – sempre que for necessário – harmonizado, bem como o estabelecimento de condições de concorrência equitativas, são condições de base fundamentais para uma economia colaborativa próspera na UE.

Lamentou que a Comunicação não tivesse sido suficientemente clara sobre a aplicabilidade da legislação existente da UE aos diferentes modelos de economia colaborativa.

[52] Doc A8-0195/2017 P8_TA(2017)0271.

Observou que os consumidores deveriam ter acesso a informações que lhes permitissem saber se as apreciações publicadas por outros utilizadores de um serviço podem ter sido influenciadas pelo fornecedor, por exemplo, sob a forma de publicidade paga.

Salientou a necessidade de assegurar maior clareza quanto à proteção dos consumidores em caso de litígio e instou as plataformas colaborativas a disponibilizarem sistemas eficazes de reclamação e de resolução de litígios, facilitando assim a forma como os consumidores exercem os seus direitos.

Apelou à Comissão a clarificar adicionalmente o regime de responsabilidade das plataformas colaborativas, a fim de promover os comportamentos responsáveis, a transparência e a segurança jurídica, por forma a aumentar a confiança dos utilizadores.

Reconheceu, em particular, a dificuldade em determinar se a plataforma fornece o serviço de base ou se limita a disponibilizar um serviço da sociedade de informação, nos termos da Diretiva relativa ao comércio eletrónico;

Solicitou, por conseguinte, à Comissão que elaborasse orientações suplementares sobre estes aspetos e avaliasse a necessidade de tomar medidas adicionais para tornar o quadro regulamentar mais eficaz.

13. Efetivamente, uma abordagem fragmentada dos novos modelos empresariais gera insegurança (a nível económico e regulamentar, no que respeita à mão de obra, *etc.*) e incerteza (no que se refere à confiança, aos novos instrumentos digitais como as *"blockchains"*, às redes de segurança e à privacidade) junto dos operadores tradicionais, dos novos prestadores de serviços e dos consumidores.

Estas consequências limitam a inovação, a criação de emprego e o crescimento além de introduzirem confusão ao abordar num mesmo plano as plataformas digitais e a economia colaborativa, sem proceder a uma definição conceptual que relacione a economia colaborativa e o interesse geral, a partir do reconhecimento dos seus impactos positivos na implementação dos valores da cooperação e da solidariedade.

Em suma, para o PE a Comissão, na sua Comunicação, falhou o que deveria ser o seu objetivo principal e não respondeu às legítimas expectativas das partes interessadas – a definição do modelo e dos parâmetros de um quadro jurídico claro e transparente em que as múltiplas formas da economia colaborativa se possam desenvolver e atuar no espaço europeu e sejam apoiadas, implementadas e ganhem credibilidade e confiança.

14. Verificam-se ainda algumas omissões de relevo na referida Comunicação da Comissão como sejam, designadamente:

a) O regime do ónus da prova;
b) A prevenção dos riscos de incumprimento do contrato ou do cumprimento defeituoso;
c) A consagração de regras relativas ao licenciamento e autorização para exercício da actividade, demonstrando capacidade técnica e financeira;
d) A consagração de um regime de garantias financeiras para salvaguarda de eventuais situações de insolvência ou falência;
e) A criação de um sistema de certificação, a nível europeu, dos profissionais;
f) A consagração de protecção de dados pessoais, nas transmissões dos direitos a terceiros.

15. Estas deficiências, falhas e omissões obrigaram a Comissão, que persiste em recusar legislar sobre a matéria a nível comunitário, apesar do pedido da maioria dos *stakeholders*, a publicar um *"Comunicado"* tendo em vista o esclarecimento sobre o modo como os Estados-Membros devem lidar com a denominada Agenda Europeia para a Economia Colaborativa, onde alinha *"orientações sobre a forma como a legislação da União Europeia (EU) em vigor deve ser aplicada a este setor dinâmico e em rápida evolução"*.

Destaca nomeadamente os seguintes pontos, que são outros tantos reconhecimentos das falhas da sua Comunicação

a) Em relação à entrada de novas empresas neste mercado e à criação de novas plataformas, a UE defende que não deve haver quaisquer restrições. Defende ainda que a obrigatoriedade de obter autorizações ou licenças deve ser imposta apenas quando houver "*objetivos de interesse público"* e que as proibições absolutas devem ser uma medida de último recurso;
b) Os Estados-Membros deverão fazer um esforço para identificar e distinguir, dentro das plataformas, quais os particulares que prestam serviços a título ocasional ou a título profissional, *"estabelecendo limiares baseados no nível de atividade"*;
c) Em caso de problemas nas transações recomenda atenção a dois aspetos: se o problema advier de um serviço prestado pela plataforma, esta tem de assumir a responsabilidade e compensar o consumidor pelos danos causados (por exemplo falha nos sistemas de paga-

mento). Se, por outro lado, o problema for do prestador de serviço a plataforma não pode ser responsabilizada;

d) A Comissão dá especial importância à proteção do consumidor e por isso, incentiva as plataformas a continuarem o seu trabalho de auto regulação;

e) Nas relações de trabalho entre plataforma e prestador de serviço, o objetivo dos Estados-Membros é perceber em que medida o prestador de serviço pode ou não ser considerado um trabalhador da plataforma, analisando aspetos como a dependência do agente à plataforma, qual a natureza do seu trabalho e a remuneração;

f) Nas questões relacionadas com a fiscalidade, a Comissão defende que tanto os prestadores de serviços, como as plataformas *"devem pagar impostos como todos os demais participantes na economia"*. Os Estados-Membros devem *"continuar a simplificar e clarificar a aplicação das regras fiscais à economia colaborativa"*. As plataformas devem *"cooperar plenamente com as autoridades nacionais no registo da atividade económica e facilitar a cobrança de impostos"*.

16. Em resumo, a Comissão falhou totalmente a oportunidade para ter harmonizado o regime jurídico das plataformas deixando os Estados-Membros entregues à sua sorte e aos consequentes dislates de legislações nacionais espúrias e contraditórias, como foi o caso de Portugal, em particular na regulamentação para a atividade da UBER transportes e similares, que se têm multiplicado e crescido à rédea solta, com todo o atropelo dos transportes concessionados e a violação de inúmeras leis do trabalho, fiscais, da segurança e outras.[53]

[53] Segundo artigo publicado no dia 24 de setembro de 2021, no EXPRESSO, pag 25, da autoria de Cátia Mateus, a nova versão da proposta de Lei que deverá substituir a lei 45/2018, conhecida como Lei UBER, estará em reapreciação no IMT, no Ministério do Trabalho e no Ministério do Ambiente, no que toca em especial ao regime laboral dos condutores.

A ROTULAGEM VERDE

Jorge Pegado Liz

Resumo: *Desde os primórdios da proteção dos consumidores que uma das primeiras preocupações foi no sentido de as embalagens e invólucros dos bens, consumíveis e não consumíveis, artigos, artefactos e produtos embalados conterem rótulos ou etiquetas com indicações fidedignas do seu conteúdo e propriedades, eventualmente dos potenciais defeitos conhecidos ou desconhecidos. Certos artigos e produtos como os alimentares, farmacêuticos e os brinquedos foram aqueles que mais cedo mereceram as atenções dos legisladores nacionais e de pronto do legislador comunitário.*

Com a crescente consciência das questões ecológicas, deu-se entretanto uma importante evolução no sentido de ser dado conhecimento aos consumidores de eventuais efeitos desses bens artigos ou produtos no meio ambiente. É assim que nasce o sistema do rotulo ecológico europeu, que será objeto de análise na sua estrutura, requisitos, conteúdo e modo de interpretar e utilizar. O Sistema de Rótulo Ecológico da União Europeia é um instrumento de natureza voluntária que visa reduzir o impacto negativo da produção e do consumo no ambiente, saúde, clima e recursos naturais, exigindo-se que os critérios a preencher pelos produtos para ostentarem o rótulo ecológico se baseiem no melhor desempenho ambiental obtido pelos produtos existentes no mercado comunitário. Acontece, porém, que estão em competição no mercado mais de 450 rótulos alegadamente ecológicos, e as inúmeras alegações ambientais das empresas. Esta circunstância concita uma elucidação com algum detalhe sobre as alegações ambientais e as questões que suscitam de um modo geral para a proteção dos consumidores, as falsas alegações ambientais, conhecidas por "greenwashing", branqueamento ecológico ou eco-branqueamento ou mais de acordo com a nossa nomenclatura jurídica, publicidade enganosa de produtos alegadamente ecológicos ou sustentáveis. Dada a sua enorme relevância na proteção dos consumidores dá-se também conta das

características e especificidades do regime jurídico do rotulo energético que abrange desde a rotulagem da energia elétrica, como de toda uma série de aparelhos e bens acionados a eletricidade ou a gás.

Sumário: *A) O Rótulo Ecológico Europeu; B) O caso especial do rótulo energético; C) As alegações ambientais e o chamado greenwashing.*

A) O Rótulo Ecológico Europeu

1. Desde o início da história da proteção dos consumidores que uma das exigências primeiras foi a de uma adequada rotulagem e uma apropriada etiquetagem que identificasse com rigor e verdade os conteúdos dos produtos embalados e as características mais relevantes dos artefactos e aparelhos.

Há cerca de 20 anos a UE respondeu pela primeira vez à necessidade de estas mensagens em etiquetas e rótulos terem em atenção os efeitos dos produtos e bens no ambiente.[1]

O Regulamento então publicado foi revisto e alterado em 2009, pelo Regulamento (CE) 66/2010 de 25 de novembro[2], que criou o *"sistema de rótulo ecológico da UE",* ainda hoje em vigor.

Dos seus termos decorre, em síntese, a sua integração na política da UE em matéria de produção e consumo sustentáveis, cujo objetivo é reduzir o impacto negativo da produção e do consumo no ambiente, saúde, clima e recursos naturais, exigindo-se que os critérios a preencher pelos produtos para ostentarem o rótulo ecológico se baseiem no melhor desempenho ambiental obtido pelos produtos existentes no mercado comunitário.

2. Duas observações importantes resultam, desde logo, deste regulamento:

a) a necessidade de assegurar a coordenação entre o sistema de rótulo ecológico da UE e o estabelecimento dos requisitos no contexto da

[1] Foi o objectivo do Regulamento (CE) n.º 1980/2000, de 17 de Julho de 2000, relativo a um sistema comunitário revisto de atribuição de rótulo ecológico (JO L 237 de 21.9.2000, p. 1.) ao criar, por um lado, um sistema de rótulo ecológico de carácter voluntário, destinado a promover os produtos que apresentassem um reduzido impacto ambiental ao longo de todo o seu ciclo de vida e, por outro, ao prestar informações precisas, exactas e cientificamente comprovadas aos consumidores sobre o impacto ambiental dos produtos.

[2] Em JO L27/1 de 30.01.2010.

Diretiva 2009/125/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de Outubro de 2009, relativa à criação de um quadro para definir os requisitos de concepção ecológica dos produtos relacionados com o consumo de energia; e

b) a utilização da designação genérica de produtos por forma a abranger bens e serviços fornecidos, para distribuição consumo, ou utilização no mercado comunitário, a título oneroso ou gratuito (art. 2.º n.º 1).

O Instituto de Estudos de Prospetiva Tecnológica do Centro Comum de Investigação da Comissão Europeia, com sede em Sevilha, é o órgão tecnicamente responsável pelo desenvolvimento de um conjunto de critérios ambientais para cada grupo de produtos, os quais são avaliados dinamicamente, quanto à sua relevância e rigor, por painéis de *stakeholders*s conceituados e idóneos, representantes dos Estados-Membros e por técnicos especialistas da Comissão Europeia.[3]

O regulamento uniformizou os requisitos gerais em matéria de critérios de atribuição do rotulo ecológico, de fácil compreensão e utilização e baseados nos dados científicos comprovados à altura, tendo em consideração a mais recente evolução tecnológica e cingindo-se aos impactos ambientais mais significativos dos produtos durante o seu ciclo de vida completo.

A criação deste sistema de rótulo ecológico pretendia-se alargado para evitar a proliferação de sistemas de rotulagem ecológica e incentivar um melhor desempenho ambiental em todos os sectores em que o impacto ambiental constitui um fator de escolha para o consumidor.

[3] Por iniciativa e aconselhamento deste Instituto, em agosto de 2016, a Comissão Europeia divulgou três critérios ambientais recentemente revistos para computadores, móveis e calçados.
Delimitados dentro desses critérios, os computadores e "*tablets*" devem passar por testes de robustez e testes de longevidade da bateria.
Além disso, esses dispositivos devem ser mais duradouros, reparáveis, atualizáveis e fáceis de desmontar e recuperar.
Por conseguinte no final da sua vida útil deve estar apto para reciclagem e que restrinjam a presença de substâncias perigosas.
Nos novos critérios para calçados, os fabricantes assumirão uma responsabilidade maior de modo a melhorar a Responsabilidade Social Corporativa nas condições de trabalho do local de montagem final de calçados.
As mudanças nos critérios para móveis, que agora se estendem para incluir outros materiais além de produtos de madeira, como couro, têxteis, metais e plásticos, abre a porta para um grupo mais amplo de fabricantes de móveis.

3. No entanto, o Regulamento deixou muitos aspetos importantes de fora da harmonização total, relegando para cada Estado-Membro a estatuição, em áreas como:

a) a avaliação e verificação do procedimentos aplicáveis à utilização do rótulo ecológico da UE;
b) a atribuição do rótulo pelo organismo nacional competente que analisa as candidaturas e a atribuição das licenças de utilização do Rótulo Ecológico da União Europeia (o EU Ecolabel) (em Portugal é a Direção-Geral das Atividades Económicas[4]);
c) o estabelecimento do regime de sanções e a garantia da sua aplicação;
d) a realização de campanhas de promoção, de informação e de educação aos níveis local, nacional e comunitário, de modo a consciencializar os consumidores para o significado do rótulo ecológico e a permitir que estes realizem escolhas mais esclarecidas;
e) a promoção da harmonização entre o sistema do rótulo ecológico da UE e os sistemas nacionais de rotulagem, por forma a aumentar o nível de coerência e assegurar uma aplicação harmonizada do sistema de atribuição e de fiscalização do mercado e controlo da utilização do rótulo ecológico da UE em toda a Comunidade.

Hoje em dia serão mais de 70 mil os produtos e serviços vendidos no mercado europeu que possuem este rótulo, indicando que cumprem os critérios ambientais mais rigorosos.

Atualmente pode ser encontrado, por exemplo, em detergentes, lenços de papel, tintas, géis de duche, sapatos, computadores e hotéis[5].

Por enquanto, ainda se mantêm excluídos produtos alimentares[6] e farmacêuticos[7].

[4] O Despacho Conjunto n.º 15512/2006, de 28 de junho, dos Ministérios do Ambiente, Ordenamento do Território e Desenvolvimento Regional e da Economia e da Inovação, determina a implementação, a nível nacional, do Sistema Comunitário Revisto de Atribuição de Rótulo Ecológico.

[5] Ver Ana Margarida Ferreira Pincha Licenciada em Ciências de Engenharia do Ambiente, *O Rótulo Ecológico da União Europeia no Sector dos Serviços de Alojamento Turístico: Análise das Melhores Práticas e Perceções dos Stakeholders em Portugal*.

[6] No que toca aos produtos alimentares e aos géneros alimentícios, as informações detalhadas a prestar aos consumidores constam do Decreto-Lei 26/2016, de 9 de junho (Diário da República n.º 111/2016, Série I, de 2016-06-09) que assegura a execução e garante o cumprimento, na ordem jurídica interna, das obrigações decorrentes do Regulamento (UE) n.º 1169/2011, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de outubro de 2011, relativo à

Em Portugal, o Rótulo Ecológico Europeu encontra-se presente em mais de 4 mil produtos e em 5 hotéis, sendo a maioria pertencentes ao setor do papel para uso gráfico e ao setor de produtos de limpeza.[8]

4. O Rótulo Ecológico Europeu tem sido reconhecido como uma das certificações com maiores exigências ambientais e com maior controlo, tornando-se também uma das mais confiáveis. O regulamento define o grafismo do rótulo ecológico europeu como segue:

Rótulo Ecológico Europeu

prestação de informação aos consumidores dos géneros alimentícios, e do Regulamento de Execução (UE) n.º 1337/2013, da Comissão, de 13 de dezembro, no que respeita à indicação do país de origem ou do local de proveniência da carne fresca, refrigerada e congelada de suíno, de ovino, de caprino e de aves de capoeira, e transpõe a Diretiva n.º 2011/91/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de dezembro. Não são contempladas quaisquer alegações ambientais.

[7] Identicamente os produtos farmacêuticos estão igualmente sujeitos a complexa e detalhada regulamentação sobre a sua rotulagem de que se destacam a Diretriz/CVMP/205/04, da EMA (Agência Europeia de Medicamentos) sobre materiais de embalagem plástica imediata (2005), o Regulamento 1907/2006/CE (REACH), os Regulamentos europeus sobre o contacto com alimentos; Regulamentos sobre a manipulação de alimentos (1935/2004), os plásticos regulamentados pela UE (10/2011), os Regulamentos de contacto com alimentos da FDA: (FDA 21, CFR 175.105 e 175.125 para adesivos; FDA 21 CFR 176.170 e 176.180 para documentos), os Regulamentos sobre medicamentos falsificados (2011/62/UE) para o acondicionamento de medicamentos sujeitos a receita médica e medicamentos de alto risco sem receita médica e as novas regulamentações sobre dispositivos médicos (MDR) e as regulamentações sobre diagnóstico in vitro (IVDR) publicadas em maio de 2017 na União Europeia. Não são contudo identicamente contempladas quaisquer alegações ambientais.

[8] A lista completa de produtos portugueses com este rótulo pode ser consultada na página da Direção-Geral das Atividades Económicas.

No entanto, o Sistema de Rótulo Ecológico da União Europeia é um instrumento de natureza voluntária que visa reduzir o impacto negativo da produção e do consumo no ambiente, saúde, clima e recursos naturais, promovendo produtos com um nível elevado de desempenho ambiental, mas está em competição no mercado com mais de 450 rótulos alegadamente ecológicos, e as inúmeras alegações ambientais das empresas. Esta circunstância concita uma elucidação com algum detalhe sobre as alegações ambientais e as questões que suscita de um modo geral para a proteção dos consumidores. É o que faremos no sub tema C). Antes, porém, algumas considerações sobre o regime do rótulo energético.

B) O caso especial do rótulo energético

1. É de notar a íntima conexão do rótulo ecológico europeu, apesar das suas limitações, com o *rótulo energético*, regulado hoje, entre nós, pelo Decreto Lei 28/2021, de 20 de abril, que assegura a execução do Regulamento (UE) 2017/1369, que estabelece o regime de etiquetagem energética na UE.

Com efeito, a Diretiva 2010/30/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 19 de maio de 2010, relativa à indicação do consumo de energia e de outros recursos por parte dos produtos relacionados com a energia, por meio de rotulagem e outras indicações uniformes relativas aos produtos, fora transposta para a ordem jurídica interna por via do Decreto Lei 63/2011, de 9 de maio, na sua redação atual, que estabeleceu as medidas de informação a prestar ao utilizador final através de etiquetagem e outras indicações uniformes sobre o consumo de energia e, quando necessário, de outros recursos essenciais necessários à utilização dos produtos relacionados com a energia.

No entanto, no seguimento da análise da eficácia da Diretiva 2010/30/UE, de 19 de maio de 2010, a que a Comissão procedeu, concluiu-se pela necessidade de atualizar o regime da etiquetagem energética por força do progresso tecnológico registado, nos últimos anos, no domínio da eficiência energética dos produtos.

Em consequência a referida Diretiva foi revogada pelo Regulamento (UE) 2017/1369, do PE e do Conselho, de 4 de julho de 2017, que estabelece as regras comuns a todos os Estados-Membros, para a etiquetagem e prestação de informações uniformes sobre os produtos relacionados com a energia, colocados no mercado ou colocados em serviço, no domínio da eficiência energética e do consumo de energia e de outros recursos durante

a respetiva utilização, bem como de informações suplementares sobre os mesmos produtos.

2. Com o Regulamento (UE) 2017/1369 pretendeu-se assegurar o cumprimento das condições necessárias para uma escolha informada, por parte dos consumidores, dos produtos mais eficientes no plano energético com vista ao benefício da economia da União Europeia, à redução dos consumos energéticos e consequente reflexo na respetiva faturação, ao contributo para a inovação e investimento na eficiência energética e ao reconhecimento dos operadores económicos que desenvolvem e fabricam os produtos mais eficientes. A que acresce o contributo para o cumprimento dos objetivos comunitários para a eficiência energética, a proteção do ambiente e o combate às alterações climáticas.

Nesse sentido, o Decreto-Lei n.º 28/2021, de 20 de abril, prevê as disposições necessárias para a concretização das exigências específicas cometidas aos Estados-Membros pelo Regulamento (UE) 2017/1369, nomeadamente a aplicação uniforme de uma classificação que utilize as letras «A» a «G» em todos os grupos de produtos, de forma a fomentar a transparência e a compreensão por parte dos consumidores, assim como as disposições de reescalonamento pormenorizadas da etiqueta energética, incluindo o reescalonamento inicial das etiquetas existentes.

3. Acresce também o estabelecimento das condições de utilização de outras etiquetas com idêntico aspeto em produtos relacionados, ou não, com a energia, assim como a criação e manutenção de uma base de dados sobre produtos, enquanto instrumento para os consumidores e para os operadores económicos abrangidos, designadamente para o cumprimento das respetivas obrigações, o controlo da conformidade dos produtos e o acesso e disponibilização de dados atualizados sobre os produtos e o mercado.

Os Estados-Membros encontram-se ainda vinculados a assegurar a realização das campanhas de informação sobre a etiquetagem energética, aquando da introdução e reescalonamento de etiquetas energéticas.

O Regulamento (UE) 2017/1369 visa a clarificação da inclusão dos produtos relacionados com a energia no âmbito de aplicação das regras de fiscalização do mercado e controlo dos produtos que entram no mercado da União Europeia, previstas no Regulamento (CE) 765/2008, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 9 de julho de 2008, assim como prevê as con-

dições do reforço da cooperação em matéria de etiquetagem energética por parte das autoridades de fiscalização do mercado dos Estados-Membros.

4. Embora os regulamentos comunitários sejam obrigatórios e diretamente aplicáveis na ordem jurídica interna, torna-se necessário assegurar a efetiva execução do Regulamento (UE) 2017/1369, uma vez que contém disposições cuja concretização é da competência dos Estados-Membros.

Nesse sentido o Decreto-Lei 28/2021, de 20 de abril, veio definir, nomeadamente, a forma de representação no comité previsto no artigo 18 do Regulamento (UE) 2017/1369, as competências das entidades públicas intervenientes e as sanções aplicáveis ao incumprimento das disposições previstas no referido quadro regulamentar.

Coube à ERSE, como entidade independente de regulação da eletricidade, através da sua Diretiva 16/2018, de 13 de dezembro, definir e pormenorizar as regras de rotulagem de energia elétrica, que entraram em vigor a 1 de janeiro de 2019, de acordo com a qual os comercializadores devem divulgar aos consumidores a seguinte informação:

Mix de fontes de energia;

Mix trimestral;

Mix dos últimos 4 trimestres;

Mix do ano civil anterior;

Emissões de dióxido de carbono (CO2);

Emissões específicas do ano civil anterior de CO2;

Emissões totais de CO2 relativas a cada fatura enviada aos clientes;

E, ainda, informação adicional sobre impactos ambientais associados ao fornecimento de energia elétrica do comercializador.

Como aí se estatuiu, a rotulagem da energia elétrica consiste na apresentação de informação aos consumidores sobre as origens da energia elétrica que consomem e sobre os impactes ambientais provocados na sua emissão (art. 1.º, n.º 3).

Um dos seus principais objetivos consiste na diferenciação dos comercializadores de energia elétrica e dos seus produtos, permitindo que os consumidores possam fazer as suas escolhas informadas com base em critérios objetivos quanto aos impactes ambientais do seu consumo de energia elétrica (art. 1.º, n.º 4, alínea a)).

Em especial, no que se refere à informação devida aos consumidores, destaca-se o valor das emissões totais de CO2 relativas ao consumo da

fatura (art. 15.º, n.º 1, alínea b)) bem como a informação relativa às medidas intra organizacionais implementadas pelo comercializador para redução dos impactos ambientais.

Por seu turno o folheto anual sobre rotulagem da energia elétrica deve ser entregue aos clientes até ao final do mês de maio com a informação abalizada relativa ao valor das emissões específicas de CO2 do comercializador no último ano (n.º 4, alínea b))[9].

Por outro lado, e extremamente importante na vida quotidiana dos consumidores, os fornecedores que coloquem armários refrigerados de armazenagem profissional no mercado ou em serviço[10], desde 1 de Julho de 2019, devem disponibilizar aos comerciantes a nova etiqueta energética nos termos do regulamento (UE) 2015/1094, que complementa a Diretiva 2010/30/EU. Esta obrigação não se aplica a produtos em segunda mão ou a meios de transporte de pessoas ou mercadorias.

Este novo sistema de classificação aplica-se aos seguintes grupos de produtos: frigoríficos, máquinas de lavar louça, máquinas de lavar roupa, televisores e lâmpadas e produtos de iluminação.

Os primeiros quatro grupos de produtos devem ostentar os rótulos reescalonados a partir de 1 de março de 2021. Lâmpadas e produtos de iluminação devem ostentar o rótulo reescalonado a partir de 1 de setembro de 2021. Finalmente, certos artigos e produtos elétricos são contemplados em regulamentos delegados específicos da Comissão[11].

[9] Esta diretiva trás aposta a chancela da então Presidente da ERSE, Dra. Maria Cristina Portugal, o que é normal. Anormal, porque totalmente inesperado, foi que esta minha particularmente querida Amiga e Colega, que acompanhei ao longo da sua vida profissional, e com quem colaborei intensamente em tantas iniciativas, tenha desaparecido, aos 55 anos, vítima de acidente cerebral súbito, imprevisível e fatal, no dia 9 deste mês de agosto [nota do revisor: o texto data de 2021]. Quero aproveitar aqui para deixar uma sentida homenagem e uma saudade imensa do seu convívio de que fomos privados todos os que a conhecíamos e principalmente eu que com ela privava diariamente, como uma filha adotada, desde 1988.

[10] Definidos como *"aparelhos de refrigeração, com isolamento, que integra um ou mais compartimentos acessíveis através de uma ou mais portas ou gavetas, capaz de manter, de forma contínua, dentro dos limites prescritos, os géneros alimentícios a uma temperatura de funcionamento da refrigeração ou de congelação, utilizando um ciclo de compressão a vapor, e destinado à armazenagem de géneros alimentícios em ambientes não domésticos, mas não à exposição dos produtos aos clientes nem ao acesso aos destes"*.

[11] É o caso por exemplo do Regulamento Delegado (UE) n.º 626/2011, da Comissão, de 4 de maio de 2011, que dá complementa a Diretiva 2010/30/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, no que respeita que respeita à rotulagem energética dos aparelhos ar condicionado; Regulamento Delegado (UE) n.º 65/2014, da Comissão, de 1 de outubro de 2013, que dá complementa a Diretiva 2010/30/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, no que

C) As alegações ambientais e o chamado *greenwashing*

1. Foi no *European Green Deal,* publicado em dezembro de 2019, a que já fizemos referência detalhada, que a Comissão intentou atacar de frente a questão das falsas alegações ambientais, conhecidas por "*greenwashing*" *branqueamento ecológico* ou *eco-branqueamento* ou, mais de acordo com a nossa nomenclatura jurídica, *publicidade enganosa de produtos alegadamente ecológicos ou sustentáveis.*

Segundo as *Orientações da Comissão para a aplicação da Diretiva 2005/29/CE, relativa às práticas comerciais desleais,* as alegações ambientais ou ecológicas correspondem à *"prática de sugerir ou, de outro modo, dar a impressão (numa comunicação comercial, de marketing ou publicidade) de que um produto ou serviço*

respeita que respeita à rotulagem energética dos fornos e exaustores de cozinha domésticos; Regulamento Delegado (UE) n.º 874/2012, da Comissão, de 12 de julho de 2012, que complementa a Diretiva 2010/30/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, no que respeita que respeita à rotulagem energética das lâmpadas elétricas e luminárias; Regulamento Delegado (UE) n.º 1059/2010, da Comissão, de 28 de setembro de 2010, que complementa a Diretiva 2010/30/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, no que respeita que respeita à rotulagem energética das máquinas de lavar loiça para uso doméstico; Regulamento Delegado (UE) n.º 1060/2010, da Comissão, de 28 de setembro de 2010, que complementa a Diretiva 2010/30/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, no que respeita que respeita à rotulagem energética dos aparelhos de refrigeração para uso doméstico; Regulamento Delegado (UE) n.º 392/2012, da Comissão, de 1 de março de 2012, que complementa a Diretiva 2010/30/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, no que respeita que respeita à rotulagem energética dos secadores de roupa para uso doméstico; Regulamento Delegado (UE) n.º 1061/2010 da Comissão, de 28 de setembro de 2010, que complementa a Diretiva 2010/30/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, no que respeita que respeita à rotulagem energéticadas máquinas de lavar roupa para uso doméstico; Regulamento Delegado (UE) n.º 518/2014 da Comissão, de 5 de março de 2014 que altera os Regulamentos Delegados (UE) n.º 1059/2010, (UE) n.º 1060/2010, (UE) n.º 1061/2010, (UE) n.º 1062/2010, (UE) n.º 626/2011, (UE) n.º 392/2012, (UE) n.º 874/2012, (UE) n.º 665/2013, (UE) n.º 811/2013 e (UE) n.º 812/2013 no que respeita à rotulagem dos produtos relacionados com a energia na Internet; Regulamento Delegado (UE) n.º 2015/1186 da Comissão, de 24 de abril de 2015, que complementa a Diretiva 2010/30/UE do Parlamento Europeu e do Conselho no que respeita que respeita à rotulagem energética dos aquecedores de ambiente local; Regulamento Delegado (UE) n.º 1254/2014 da Comissão, de 11 de julho de 2015, que complementa a Diretiva 2010/30/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, no que respeita que respeita à rotulagem energética das unidades de ventilação residenciais; Regulamento Delegado (UE) n.º 1062/2010, da Comissão, de 28 de setembro de 2010, que complementa a Diretiva 2010/30/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, no que respeita que respeita à rotulagem energética dos televisores; Regulamento Delegado (UE) n.º 665/2013, da Comissão, de 3 de maio de 2013 que dá complementa a Diretiva 2010/30/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, no que respeita que respeita à rotulagem energética dos aspiradores.

tem um impacto positivo ou nulo no ambiente ou é menos nocivo para o ambiente do que os produtos ou serviços da concorrência"[12].

Quando tais alegações não são verdadeiras ou não são comprováveis, esta prática é designada *greenwashing*[13] (lavagem verde), *branqueamento ecológico* ou *eco branqueamento*.

Tais práticas, conforme resulta do citado documento, podem incluir *"todos os tipos de declarações, informações, símbolos, logótipos, gráficos e designações comerciais, bem como a sua interação com cores, na embalagem, rotulagem, publicidade, em todos os meios de comunicação (incluindo sítio Web)"*.

Mais especificamente, a alegação ambiental será considerada enganosa quando:

(i) induza ou seja suscetível de induzir em erro o consumidor médio, mesmo que a informação seja fatualmente correta;
(ii) contenha declarações vagas e gerais acerca dos benefícios ambientais; e
(iii) haja violação de um código de conduta[14].

Um dos principais efeitos do *greenwashing* é a confusão pública.

Por conseguinte, as empresas devem apresentar as suas alegações ambientais de forma clara, específica, exata, verdadeira e inequívoca, dispor de provas que fundamentem que as suas alegações dizem respeito aos aspetos significativos em termos do impacto ambiental do produto.[15]

[12] Comissão Europeia, *Orientações para a aplicação da Diretiva 2005/29/CE, relativa às práticas comerciais desleais,no mercado interno,* transposta pelo Decreto-Lei n.º 57/2008, de 26 de março, e publicado em 25.5.2016.

[13] A origem da expressão é atribuída a Jay Westervvelt, um ambientalista de Nova Iorque, que escreveu o vocábulo num ensaio em 1986 a propósito da prática usada na indústria hoteleira no sentido de alertar os hóspedes para o facto de ao reutilizarem as toalhas estarem a ter um comportamento "amigo do ambiente", quando na verdade desenvolvem muitas outras atividades nocivas do ambiente e a reutilização das toalhas nunca compensaria tais danos. "Greenwashing is when a company or organization spends more time and money on marketing themselves as environmentally friendly than on minimizing their environmental impact.", Business News Daily.

[14] Cf. *GreenWashing e Práticas Comerciais Desleais* , 13 de Maio de 2020, Isabel Costa, Corporate litigation, M&A, Corporate, Commercial and ESG at Sérvulo & Associados + Artificial Intelligence Researcher (FDUL).

[15] Sobre este tema segui de perto a lição magistral da Prof. Dra. Susana Catarina Simões de Almeida, Instituto Politécnico de Leiria, na conferencia que proferiu nas X Jornadas de Direito do Consumo em 19 de Março de 2021 mas cujo texto definitivo ainda se não acha publicado. Ver ainda da numerosa bibliografia principalmente de origem brasileira que se

No caso de alegações ambientais comparativas – alegações que sugerem que o produto é mais benéfico ou menos prejudicial para o ambiente do que os bens ou serviços da concorrência, não podem ser enganosas, devem comparar bens ou serviços que respondem às mesmas necessidades ou têm os mesmos fins ou devem comparar objetivamente uma ou mais caraterísticas essenciais, pertinentes, comprováveis e representativas desses bens e serviços.

2. As crescentes preocupações ambientais que foram emergindo, desde as últimas décadas do século passado, refletem-se hoje, embora ainda moderadamente, nas decisões de consumo.[16]

tem ocupado deste tema, Antônio Carlos; Gregorio, Carolina Luckemeyer, *Greenwashing e rotulagem ambiental no direito do consumidor à informação*, Revista de Direito do Consumidor, vol. 113, ano 26. pp. 439-455, São Paulo, set.-out. 2017; Benjamin, Antônio Herman V.; Marques, Claudia Lima; Bessa, Leonardo Roscoe, *Manual de direito do consumidor,* 7.ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, Bradley, Timothy C., *Likelihood of eco-friendly confusion: greenwashing and the FTC* "Green Guides", Landslide, v. 4, n. 1, pp. 1-5, 2011, Brécard, Dorothée. *Consumer misperception of eco-labels, green market structure and welfare,* Journal of Regulatory Economics, v. 51, Issue 3, pp. 340-364, jun. 2017, Buckley, Ralf et al., *Three reasons for eco-label failure. Nature,* v. 500, n. 7461, p. 151, 2013, C. H.; Patten, D. M. *The role of environmental disclosures as tools of legitimacy: a research note,* Accounting, Organizations and Society, v. 32, Issues 7-8, pp. 639-647, oct.-nov. 2007, Efing, Antônio Carlos, *Fundamentos do direito brasileiro das relações de consumo: consumo, desenvolvimento e sustentabilidade*, 3.ª ed. rev. e atualiz., Curitiba: Juruá, 2011, Fliegelman, Jessica E., *The next generation of greenwash: diminishing consumer confusion through a national eco-labeling program*. Fordham Urban Law Journal, v. 37.4, p. 1001, out. 2011, Garcia, Leonardo de Medeiros, *Promoção do consumo sustentável através do princípio da informação ambiental ao consumidor*, Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, v. 104, pp. 149–178, mar.-abr. 2016, Godoy, Amália M. G; Biazin, Celestina C., *A rotulagem ambiental no comércio internacional,* Maringá, 2000, Helm, Amanda E.; Moulard, Julie Guidry; Richins, Marsha. *Consumer cynicism: developing a scale to measure underlying attitudes influencing marketplace shaping and withdrawal behaviours*, International Journal of Consumer Studies, v. 39, n. 5, pp. 515-524, 2015, Horne, Ralph E., *Limits to labels: the role of eco-labels in the assessment of product sustainability and routes to sustainable consumption*, International Journal of Consumer Studies, v. 33, n. 2, p. 175-182, 2009, Efing, Antônio Carlos; Gregorio, Carolina Lückemeyer. *Greenwashing e rotulagem ambiental no direito do consumidor à informação*. Revista de Direito do Consumidor. vol. 113. ano 26. p. 439-455. São Paulo: Ed. RT, set.-out. 2017, Marques, Claudia Lima; Miragem, Bruno, *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis,* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, Marques, Claudia Lima, *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*, 7.ª ed. revista, atualizada e ampliada, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

[16] Com efeito, do Eurobarómetro de 2013, constata-se que 26% dos cidadãos europeus inquiridos afirmavam que compravam frequentemente produtos amigos do ambiente, 54% compravam algumas vezes e 89% acreditavam que a compra de tais produtos poderia fazer

Apercebendo-se desta mudança comportamental, os operadores económicos passaram a gizar *estratégias comerciais "verdes"* que, se, por um lado, podem contribuir legítima e corretamente para informar o consumidor sobre o impacto ambiental positivo ou menos nocivo dos produtos e influenciar a sua decisão de consumo e proteger o ambiente, por outro lado, se as alegações relativas à pegada ecológica e a sustentabilidade dos produtos forem falsas, vagas e ambíguas ou assumidamente inexatas, podem ter efeitos danosos na esfera dos consumidores e dos concorrentes e, em última instância, no ambiente[17].

a diferença no impacto ambiental. Já no Eurobarómetro de 2017, um terço dos europeus inquiridos afirmava que o rótulo ecológico (*ecolabel*) influenciava a sua decisão de consumo. Mais recentemente, no Eurobarómetro de 2019, 94% dos cidadãos europeus inquiridos afirmavam que têm interesse pessoalmente em contribuir para a proteção do ambiente e 34% dos inquiridos revelavam preocupações quanto à fiabilidade das alegações ambientais e informação sobre os produtos e, por outro lado, 87% dos auscultados acreditavam que deveria existir um controlo mais apertado no cálculo do impacto ambiental das "alegações ecológicas".

Uma *factsheet* disponibilizada pela Comissão Europeia, respeitante a uma sondagem realizada no último trimestre de 2020, revela que, em 2020, 56% dos consumidores têm consciência do impacto ambiental das suas compras (em Portugal, 47,9%), 23% dos consumidores consideram o impacto ambiental na maior parte ou em todas as suas compras (em Portugal, 22,7%) e 67% dos consumidores europeus afirmam que compraram produtos mais "amigos" do ambiente, ainda que fossem mais caros (em Portugal, 61,4%).

[17] A Comissão Europeia e as autoridades nacionais de defesa do consumidor divulgaram recentemente os resultados de um rastreio de sítios web *("sweep" ou "varredura")*, com o objetivo de identificar violações das normas europeias de Direito do Consumo nos mercados online.

Em 2020, pela primeira vez, a análise concentrou-se no fenómeno do *greenwashing* e incidiu sobre alegações de várias empresas de diversos setores económicos, tais como roupas, cosméticos, equipamentos domésticos, tendo examinado com mais detalhe 344 alegações aparentemente duvidosas e concluíram que em mais de metade dos casos, o operador económico não forneceu informações suficientes para os consumidores examinarem a exatidão das alegações. Em 37% dos casos, as alegações apresentaram expressões vagas e gerais, como "consciente", "amigo do ambiente" ou "sustentável", que visavam transmitir ao consumidor a impressão não comprovada de que um produto não tinha impacto negativo no ambiente. Em 59% dos casos, o operador económico não forneceu provas facilmente acessíveis para comprovar a sua alegação. Nas suas avaliações globais, tendo em consideração vários fatores, as autoridades tiveram razões para acreditar que, em 42% dos casos, a alegação poderia ser falsa ou enganosa e, por conseguinte, poderia potencialmente configurar-se como uma prática comercial enganosa. Especificamente no caso português, os resultados são ainda mais alarmantes. A DGC verificou mais de uma dezena de alegações de áreas definidas na amostra (têxtil, energia, automóvel, equipamento doméstico), tendo concluído que a maior parte

A Comissão foi ao ponto de enumerar algumas técnicas mais frequentes para que o consumidor consiga identificar estas práticas[18].

3. As alegações ambientais falsas devem ser consideradas práticas desleais nos termos e para efeito da aplicação do Decreto-Lei n.º 57/2008, de 26 de março, que transpôs a Diretiva 2005/29/CE, relativa às práticas comerciais desleais nomeadamente os artigos 7.º, 8.º e 22.º do Regime Jurídico das Práticas Comerciais Desleais[19].

das alegações (58%) eram sobre um produto ou serviço concreto; já as restantes (42%) eram sobre a responsabilidade ambiental/corporativa geral ou sobre a política da empresa, ou de uma das suas unidades/ linhas de produção; quase 8 em cada 10 alegações (75%) incluíam alegações vagas e gerais (ou informações insuficientes) de sustentabilidade, tais como "amigo do ambiente", "verde", "amigo da natureza", "ecológico", suscetíveis de induzir em erro o consumidor médio.
A mesma tendência (40%) foi revelada numa semelhante ação promovida a nível mundial sob os auspícios da *International Consumer Protection and Enforcement Network* (ICPEN).

[18] É o caso de:
1. Falta de informação: devemos procurar dados ou números. Se a empresa apresenta alegações verdadeiras, em princípio, apresentará números e dados que permitam explicar por que razão o produto é considerado sustentável.
2. Termos vagos: atenção às expressões "produto natural" (bambu é um produto natural usado por muitas empresas, mas a forma como é extraído pode ser muitas vezes prejudicial para o ambiente), "vegan", "eco-friendly" ou "amigo do ambiente", "sustentável", "eco & bio" (são apenas gamas de produtos), "produto verde", "eco-counscious", "não tóxico", "produto reciclado" (mas não especifica quantidade. 1%?), entre outras, que não significam sustentável.
3. Selos ou rótulos de certificação falsos: devemos confirmar se tem rótulo ou selo de certificação e se este é verdadeiro. *Alegações irrelevantes:* ou seja, aquelas que resultam de imposições legais, pelo que não correspondem a qualquer vantagem sobre os demais produtos (por ex., livre de CFC, o uso de clorofluorcarbono é proibido por lei).
4. Visual verde: é importante não cair na armadilha; se a embalagem é verde, apresenta flores ou logótipos ecologicamente responsáveis sem apoio em informação relevante, o produtor não será sustentável.
5. Troca oculta: Quando a empresa rotula um produto como sustentável com base num pequeno conjunto de atributos, deixando outras caraterísticas de lado. Portanto, sugere-se confirmação dos métodos de produção e fornecedores, que muitas vezes não respeitam as normas neste domínio. Por exemplo, "Garrafa feita de 70% de plástico reciclado"; energia usada durante o processo de fabricação ou método de transporte.

[19] As entidades responsáveis pela fiscalização destas práticas são consoante a sua natureza, a ASAE ou a entidade reguladora do sector no qual ocorra a prática comercial desleal, nos setores financeiros, o Banco de Portugal, a Comissão do Mercado de Valores Mobiliários e a Autoridade de Supervisão de Seguros e Fundos de Pensões, no caso de publicidade, a Direção-Geral do Consumidor.

De salientar, porém, que deveremos aplicar este regime em conjunto com outros diplomas europeus sobre alegações ambientais, tais como o Regulamento (CE) n.º 66/2010, relativo ao rótulo ecológico da UE, que proíbe no seu art. 10.º, n.º 1, qualquer publicidade falsa ou enganosa ou a utilização de qualquer rótulo ou logótipo que possa induzir em confusão com o rótulo ecológico da UE.

Devemos referir igualmente a Diretiva 2012/27/CE, relativa à eficiência energética, o Regulamento (CE) 1222/2009, relativo à rotulagem dos pneus no que respeita à eficiência energética e a outros parâmetros essenciais, a Diretiva 2009/125/CE, relativa à criação de um quadro para definir os requisitos de conceção ecológica dos produtos relacionados com o consumo de energia, o Regulamento n.º 834/2007, relativo à produção biológica e à rotulagem dos produtos biológicos, que enumera os termos e abreviaturas (tais como «bio» e «eco») que podem ser utilizados na rotulagem, na publicidade e na documentação comercial de produtos que satisfaçam os requisitos desse regulamento.

Por outro lado, devemos interpretar este regime à luz de um conjunto de orientações sobre critérios de conformidade em matéria de alegações ambientais, que foi elaborado por um grupo multilateral sobre alegações ambientais, coordenado pela Comissão Europeia e constituído por representantes das autoridades nacionais, organizações empresariais europeias, associações de consumidores e ONG ambientais, que identificou, em 2013 (*European Consumer Summit*), diferentes desafios neste domínio e apresentou recomendações e contributos para um estudo de mercado dos consumidores sobre alegações ambientais para produtos não alimentares a nível da UE. Foi atualizado em 2016.

4. Atentemos, então, deforma sucinta, no seu regime. As alegações ambientais devem ser apresentadas de forma clara, inequívoca, exata e com informação comprovável. Uma alegação ambiental é suscetível de ser enganosa se contiver informações falsas[20] ou que possam induzir em erro, mesmo que a informação seja factualmente correta em relação a um dos elementos enunciados no n.º 1 do art. 7.º do RJPCD. As alegações ambientais

[20] Por exemplo, a apresentação de pneus de automóvel como «pneus ecológicos» e a promoção do seu desempenho ambiental e do impacto no consumo de combustível, embora os ensaios revelem resultados mistos; a utilização do termo «biodegradável» para um produto que não seja efetivamente biodegradável ou para o qual não tenham sido realizados ensaios.

são suscetíveis de ser enganosas se forem baseadas em declarações vagas e gerais de benefícios ambientais como *«amigo do ambiente», «ecológico», «sustentável»*, ou *«protege o ambiente»*.

A fundamentação de alegações vagas e gerais pode ser difícil ou mesmo impossível[21]. Ao avaliar a alegação ambiental, os principais impactos ambientais do produto ao longo do seu ciclo de vida, incluindo a sua cadeia de abastecimento, são relevantes. A alegação ambiental deve dizer respeito aos aspetos que são significativos em termos do impacto ambiental do produto.

Além disso, as alegações devem ser claras e inequívocas relativamente ao aspeto do produto ou ao ciclo de vida a que se referem.

Se um profissional fizer uma alegação ambiental salientando apenas um de vários impactos que o produto tem sobre o ambiente, a alegação é suscetível de ser enganosa[22]. Os códigos de conduta podem incluir compromissos relacionados com a proteção do ambiente ou com «comportamento ecológico». Se o profissional que assumir o compromisso de se vincular a tal código o infringir, é suscetível de proceder a uma ação enganosa. Se um profissional ou uma indústria optar por utilizar sistemas de rotulagem, símbolos ou certificados próprios para efeitos de marketing, estes rótulos devem ser aplicados apenas aos produtos/serviços ou profissionais que cumpram os critérios estabelecidos para que a sua utilização seja autorizada. Os rótulos não devem ser suscetíveis de confusão com outros sistemas de rotulagem.

O art. 9.º enumera elementos específicos que são relevantes para avaliar se uma prática comercial implica uma omissão enganosa. As alegações

[21] Um anúncio declarava «Bambu versus algodão biológico. 100% amigo do ambiente. Descubra por que motivo é melhor do que o algodão e bom para si». O autor de uma queixa afirmou que as alegações de que os produtos eram produzidos a partir de bambu e «100% amigos do ambiente» eram enganosas e questionou se poderiam ser fundamentadas. A queixa foi deferida pela autoridade para as normas publicitárias do Reino Unido (ASA), que salientou que o profissional tinha apresentado cópias de dois artigos científicos que considerava que fundamentavam as alegações. A ASA sublinhou que os artigos descreviam o fabrico de bambu a partir do seu estado bruto até à sua utilização em vestuário, mas não apresentavam provas suficientes de que o fabrico de vestuário de bambu tinha um impacto reduzido ou nulo no ambiente ou que o vestuário vendido pelo profissional era efetivamente feito de bambu.

[22] Por exemplo, um fabricante alega que o seu produto tem um consumo de água reduzido. Contudo, ao mesmo tempo, o produto consome mais energia do que um produto comparável da mesma categoria, o que aumenta significativamente o impacto ambiental global do produto.

ecológicas podem ser enganosas se forem baseadas em declarações vagas e gerais de benefícios ambientais.

Estas alegações podem ser menos suscetíveis de serem enganosas nos termos do art. 9.º se forem complementadas por especificações proeminentes ou declarações explicativas sobre o impacto ambiental do produto, por exemplo, limitando a alegação a benefícios ambientais específicos. Se os profissionais apresentarem tal informação complementar, podem assegurar que não infringem o dispositivo, ao ocultarem ou apresentarem informação substancial relacionada com as *«características principais do produto»* de *«modo pouco claro, ininteligível, ambíguo ou tardio»*.

De igual modo, uma alegação ambiental é suscetível de ser enganosa na aceção do art. 9.º, n.º 1, se for apresentada de modo pouco claro, ininteligível ou ambíguo[23].

O art. 22.º do RJPCD esclarece que qualquer alegação (incluindo alegações ambientais) deve ser baseada em provas passíveis de verificação pelas autoridades competentes. As alegações devem basear-se em provas sólidas, independentes, verificáveis e amplamente reconhecidas, que tomem em consideração conclusões e métodos científicos atualizados. O ónus da prova recai sobre o profissional, que deve dispor das provas necessárias para comprovar as alegações a partir do momento em que as utiliza ou certificar-se que estas podem ser obtidas e apresentadas a pedido.

São igualmente aplicáveis os arts. 10.º e 11.º do Código da Publicidade a respeito do princípio da veracidade e da publicidade enganosa no que tange à publicidade que não tenha como destinatários os consumidores, por força do art. 43.º.

5. A *International Consumer Protection and Enforcement Network* (ICPEN) delineou um conjunto de boas práticas para os profissionais neste domínio (*Environmental Marketing Claim Guides*).

Por outro lado é sempre de referir o exemplo das *Green Guides* da Federal Trade Commission norte-americana, que foram publicadas em 1992 e revistas várias vezes e que incluem:

1. Princípios gerais que se aplicam a todas as alegações de marketing ambientais;

[23] Não é claro se a alegação engloba todo o produto ou apenas um dos seus constituintes, o desempenho ambiental global da empresa ou apenas determinadas atividades, nem qual o impacto ambiental ou processo a que a alegação se refere.

2. Como os consumidores tendem a interpretar as alegações e como marketers podem substanciar tais alegações;

3. Como podem os marketers qualificar as suas alegações para evitar enganar os consumidores.

Estas *Green Guides* foram recentemente atualizadas, com a inclusão de novas orientações sobre o uso de certificações pelos profissionais, alegações sobre materiais e fontes de energia renováveis e declarações sobre "compensação de carbono".

Vários países da OCDE desenvolveram também *Orientações* destinadas a explicar aos profissionais como se aplicam as normas jurídicas vigentes às alegações ambientais, com o fito de alcançar a sua conformidade e boas práticas. É o caso do Reino Unido, da Dinamarca e de França.

6. No âmbito do *Plano de Ação da UE para a economia circular até 2050* (3/20202) e da *Nova Agenda para o Consumidor,* a Comissão anunciou um conjunto de medidas e, entre elas, a proposta de que os operadores económicos fundamentem as suas alegações ecológicas nos métodos de pegada digital dos produtos e das organizações, bem como outras propostas para combater o eco-branqueamento.

Neste contexto, os peritos têm traçado várias ideias e colocado várias questões sobre a melhor estratégia para garantir a tutela efetiva do consumidor contra práticas de *greenwashing* ou branqueamento ecológico, algumas delas enunciadas no *European Consumer Summit* que teve lugar no passado de 15/03/21, sob a Presidência Portuguesa, que se transcrevem:

Os operadores económicos devem realizar alegações ambientais simples, com especificidade e rigor, bem fundamentadas, sem ambiguidades e confirmáveis com informações técnicas confiáveis.

Tem-se salientado que as principais dificuldades no domínio da verificação da veracidade ou exatidão das alegações corresponde à exigência de exame técnico ou conhecimento técnico.

Principais dificuldades ao nível da aplicação da lei:

(i) falta de conhecimento especializado;

(ii) diferentes interpretações;

(iii) necessidade de maiores orientações ou melhor definição das regras.

Verifica-se assim a preocupação generalizada de criação de métodos de pegada digital dos produtos e das organizações uniformes e comuns aos

Estados-Membros que sirvam de referência, de base comum para legitimação de tais alegações ecológicas.

A Comissão trabalha com o setor empresarial no sentido de definir *standards* ou requisitos mínimos, criando uma metodologia científica comum (igual terminologia, mesma metodologia de recolha de dados, impactos ambientais relevantes, iguais *standards* mínimos)[24].[25]

[24] Product and Organisation Environmental Footprint methods (PEF/ OEF). Substantiation via PEF category rules/ OEF sector rules (if existing) or the PEF/ OEF method (if no product- or sector-specific rules).

[25] Alguns exemplos de casos de *grennwashing* citados em *Greenwashing and environmental labeling in the consumers' right to information*, Antônio Carlos Efing:

Hevron

Quando o termo *greenwashing* nem sequer existia, em 1980, a companhia do ramo de petróleo Chevron teve um dos primeiros casos da prática.

Na época, a empresa americana gastava rios de dinheiro em propaganda televisiva e anúncios gráficos para mostrar sua dedicação com os problemas ambientais.

No entanto, várias das práticas da companhia violavam atos constitucionais relacionados à limpeza do ar e da água, já que havia despejo de dejetos no meio ambiente.

Nestlé

Em 2008, a Nestlé do Canadá lançou um anúncio cujo slogan exibia os seguintes dizeres: "Água em garrafa é o produto mais ambientalmente responsável do mundo". Como consequência, foi denunciada por diversos grupos de proteção ao meio ambiente e precisou se retratar perante a sociedade.

Walmart

Em 2017, a gigantesca empresa americana Walmart pagou 1 milhão de dólares para resolver alegações de *greenwashing* contra a companhia. As denúncias davam conta de uma suposta propaganda enganosa com relação à venda de produtos baseados em plástico. De acordo com a lei do Estado da Califórnia, as empresas não podem inserir rótulos com os termos *"biodegradável"* ou *"compostável"*, já que é impreciso o tempo de degradação do produto em aterros sanitários.

Fiat

Em 2017, a empresa automobilística Fiat recebeu uma advertência do Conselho de Autorregulamentação Publicitária pela prática do *greenwashing*. O ato ocorreu após denúncias realizadas por meio da Proteste (Associação Brasileira de Defesa do Consumidor). A Fiat tinha destacado em publicidade um produto que chamou de *"pneu Superverde"*, já que que, supostamente, oferecia alta durabilidade e baixo consumo de combustível.

No entanto, a produção, uso e descarte do produto não condiziam com o que foi anunciado nas campanhas de divulgação da marca. Com isso, foi necessário alterar os anúncios publicitários para refletir a realidade das atividades.

A OBSOLESCÊNCIA PRECOCE (ESPONTÂNEA) E PLANEADA

Jorge Pegado Liz

Resumo: *Os produtos manufaturados, os utensílios e os bens destinados ao uso dos consumidores devem durar o tempo necessário e suficiente para preencherem a utilidade das funções a que se destinam. Ora, acontece que, por negligência ou dolo, certos bens postos à disposição do uso dos consumidores, qualquer que seja a forma jurídica da sua transação--venda, aluguer, leasing, etc. – duram menos do que a sua natureza e conformação que seria razoavelmente expectável que durasse e tornam-se "obsoletos" ou imprestáveis cedo demais. Várias são as causas para este fenómeno, desde as puramente psicológicas – o novo modelo, mais atrativo, que destrona o procedente –, o mero facto de que a reparação de um defeito de funcionamento fica mais cara do que comprar novo, ou porque pura e simplesmente já não existem peças para o reparar ou, por fim, a intencional fabrico de um produto conformado ab initio para durar menos do que é suposto durar. Todas estas situações são examinadas neste módulo, bem com a forma de os consumidores reagirem e de obterem compensação ou indemnização dos eventuais danos causados.*

1. De uma forma genérica, a *«obsolescência programada»* pode ser definida como *«a degradação de um material ou de um equipamento antes da sua deterioração material pelo uso»* a ponto de perder valor e utilidade por razões independentes da sua fruição ou utilização física, mas ligadas ao progresso tecnológico, à evolução dos comportamentos, à moda, *etc.*[1]

[1] O lançamento das primeiras reflexões sobre a obsolescência programada foi levado a cabo durante a minha presidência da CCMI, Comissão Consultiva para as Mutações Industriais,

Ainda de um modo muito geral e aproximado, de um ponto de vista meramente fenomenológico, pode revestir diferentes formas, de que se destacam:

a) A obsolescência programada em sentido restrito, que consiste em prever uma duração de vida reduzida para o produto, caso necessário introduzindo um dispositivo interno que determine o fim da vida do aparelho após um certo número de utilizações.
b) A obsolescência indireta, ligada geralmente à impossibilidade de reparar um produto por falta de peças adequadas ou porque a reparação se revela impossível (como no caso das pilhas soldadas ao aparelho eletrónico).
c) A obsolescência por incompatibilidade, como, p. ex., os programas informáticos que deixam de funcionar quando da atualização do sistema de exploração. Esta obsolescência está ligada à obsolescência do serviço pós-venda, que faz com que o consumidor tenda mais a comprar um novo produto do que a reparar um antigo, em parte devido ao prazo e ao preço da reparação.
d) A obsolescência psicológica, ligada às campanhas publicitárias das empresas que procuram tornar os produtos existentes obsoletos na mente dos consumidores por questão de moda ou de *status* social.

Todas estes matizes provam até que ponto é necessário definir o conceito na sua totalidade e adotar medidas diferenciadas em função dos fatores objetivos (técnicos) e dos fatores subjetivos (efeitos de moda, colocação no mercado de novos produtos, *etc.*) da obsolescência.

O que se pretende não é aumentar de modo uniforme e infinito a duração de vida de todos os produtos, mas antes pensar em termos da melhor utilização do produto.

2. A minha posição nesta matéria é simples e clara: preconizo a proibição total dos produtos ou artefactos cujos defeitos de duração sejam

em colaboração estreita com os relatores do primeiro Parecer sobre esta matéria, discutido nas instituições comunitárias, Thierry Libaert e principalmente Jean Pierre Haber que redigiram o Parecer de Iniciativa *Por um consumo mais sustentável: O ciclo de vida dos produtos industriais e informação do consumidor a bem de uma confiança restabelecida*, de 17 de outubro de 2013 (CCMI/112 CES 1904-2013_00_00). Seja-me permitido assim recorrer a este parecer, a cuja elaboração presidi, para explicitar as breves considerações sobre o tema que deixo exaradas.

intencional e dolosamente programados para antecipar o fim da sua vida útil e expectável.[2]

Consequentemente entendo que deve ser estritamente regulada a obrigação de as empresas facilitarem e promovem a reparação dos seus produtos, tornando a reparação tecnicamente possível, dando aos consumidores a possibilidade de adquirir peças sobressalentes por um número de anos compatível com a durabilidade real dos produtos após a aquisição; por último, fornecendo informação fidedigna sobre as possibilidades de reparação e a forma de as utilizar, no momento da venda.

As empresas produtoras e comercializadoras deverão ainda publicitar com verdade e garantir a duração mínima de vida ou o número de utilizações previstas dos produtos, para que o consumidor possa escolher com conhecimento de causa, a fim de encorajar a aquisição de produtos duráveis, devendo a duração de vida indicada ser controlada para evitar abusos em prejuízo do consumidor e ficando as reparações a cargo do produtor.

A informação adequada e atempada dos consumidores sobre o ciclo de vida mínimo dos produtos é, neste aspeto, fundamental, como o é a educação dos consumidores para que tenham em conta o impacto no ambiente do ponto de vista do ciclo de vida do produto, a pegada ecológica e a qualidade dos produtos.

3. A definição deste tipo de obrigações deveria ser harmonizada a nível europeu para todos os produtos consumidos no território dos Estados-Membros.

Os motivos pelos quais a União Europeia deve estatuir sobre o tema da obsolescência programada não são apenas económicos, mas também de caráter ambiental, social, de saúde pública e cultural.

a) Do ponto de vista ambiental, com um consumo anual de matérias-primas da ordem dos 60 mil milhões de toneladas, consumimos hoje em dia 50% mais recursos naturais do que há 30 anos. Um europeu, por exemplo, consome 43 kg de recursos por dia, contra 10 kg para um africano. A Organização de Cooperação e de Desenvolvimento Económicos (OCDE) calculou que, com uma taxa de crescimento anual da sua produção primária de 2%, as reservas de cobre, chumbo,

[2] É bem conhecido o caso muito falado das impressoras concebidas para deixarem de funcionar após um número específico de utilizações, ou das baterias dos automóveis que expiram dias depois de acabar a garantia.

níquel, prata, estanho e zinco não ultrapassariam 30 anos, ao passo que as de alumínio e ferro se situariam entre 60 e 80 anos. Assim, aproxima-se uma fase de escassez para um número cada vez maior de materiais. Além disso, são gerados todos os anos na Europa (dados de 2012) 10 milhões de toneladas de resíduos de equipamentos elétricos e eletrónicos, um volume deve chegar aos 25 milhões em 2050.

b) No plano social, a obsolescência programada coloca três tipos de problemas. Em primeiro lugar, numa altura de crise, os comportamentos provocados pela obsolescência programada dos bens de consumo contribuem para a dinâmica das compras a crédito e para taxas de endividamento nunca antes atingidas.

   As pessoas mais afetadas pela obsolescência são as que pertencem às categorias sociais mais desfavorecidas, que não podem pagar os preços mais elevados dos produtos sustentáveis e se contentam muitas vezes com produtos de gama baixa, mais frágeis. Em seguida, é toda a cadeia de emprego das empresas de reparação que pode ter de arcar com as repercussões negativas da obsolescência programada. Os dados do Relatório da Agência do Ambiente e das Economias de Energia (ADME) confirma esta tendência: só 44% dos aparelhos que sofrem avarias são reparados.

   Quanto aos aparelhos que estão fora da garantia, os distribuidores calculam em 20% as intervenções que levam à reparação. O estudos da ADEME revelam também uma redução significativa da atividade de reparação em França, sobretudo para os eletrodomésticos.

c) No que toca às repercussões para a saúde pública não são despiciendas e podem assumir duas formas: por um lado, as repercussões diretas da incineração para as populações vizinhas devidas à toxicidade dos componentes eletrónicos e, por outro lado, as repercussões internacionais.

   Com efeito, a falta de infraestruturas onde é possível tratar os resíduos informáticos é tal que muitos produtos, que deixam de poder ser usados, são ilegalmente exportados para zonas geográficas onde o seu depósito em aterros será menos oneroso, mas com consequências danosas para as populações locais Muitos destes resíduos tem tido como destino países do Sul, mesmo na Europa, como Portugal, onde provocam problemas de saúde pessoal e danos ambientais e tem ocasionado grandes protestos e manifestações.

d) Finalmente os impactos culturais. De acordo com alguns estudos, o ciclo de vida médio dos eletrodomésticos é de 6 a 8 anos, ao passo que era de 10 a 12 anos há 20 anos atrás. Os consumidores têm razão para se interrogar sobre a redução do ciclo de vida dos produtos numa altura em que é a inovação que é valorizada.

4. A confiança dos cidadãos europeus na sua indústria leva tempo a construir e diminui com a obsolescência. Numa altura em que quase todas as sondagens apontam para uma distanciação máxima entre os europeus e a sua indústria, é evidente que a percepção que os consumidores têm das avarias rápidas ou da impossibilidade de reparação nunca ajudará os europeus a reconciliar-se com a sua indústria.

Isso ajuda a explicar por que razão 92% dos europeus[3] querem que a duração de vida (ou de utilização) dos produtos seja objeto de divulgação e informação públicas. A competitividade das empresas europeias também passa por uma maior confiança dos consumidores nas empresas.

[3] Sondagem Eurobarómetro, «*Attitudes of Europeans towards building the single market for green products*» (Atitudes dos europeus em relação à construção do mercado único para produtos ecológicos), Comissão Europeia, Flash 367, julho de 2013.

POR UM NOVO DIREITO DE REPARAÇÃO NA UE

Jorge Pegado Liz

Resumo: *A velha fórmula latina "caveat emptor" há muito deixou de fazer parte do direito dos contratos e mesmo nos tempos do Marquês de Seabra já se admitia que os chamados vícios redibitórios, tornando a coisa transacionada como imprópria ao uso a que se destina, podia ser devolvida pelo adquirente, contra a devolução do valor pago, ou diminuir o valor contratado e, se se comprovasse que o alienante sabia do defeito antes da negociação, a devolução do valor podia ser acompanhada de uma indemnização por perdas e danos. Ao longo dos anos e mercê de uma persistente luta dos consumidores, o direito a ver os bens adquirido reparados, seja o seu vício originário ou subsequente e qualquer que seja o motivo da avaria, foi ganhando foros de cidade e passando a constar das várias declarações de direitos dos consumidores, nos catálogos nacionais dos vários países e organizações internacionais, e, finalmente obtendo congregação na ordem jurídica comunitária. Com a última Diretiva da Comissão publicada sobre este tema, este direito foi claramente reforçado e as modalidades da sua execução simplificadas em benefício dos consumidores. Aguarda-se a sua transposição e efetiva aplicação no direito interno português, pelo que se enunciam os principais pontos do seu regime jurídico.*

1. Na fórmula de Kennedy no seu célebre discurso ao Congresso dos EU, a 15 de março de 1962[1], entre os seus quatro direitos fundamentais dos consumidores, não se achava o direito à reparação[2].

[1] A reprodução na íntegra do referido discurso pode ler-se em von Hippel, *Verbraucherschutz*, pags. 281-290 onde, a primeira frase é a célebre afirmação, que ficou gravada para a História: "*Somos todos, por definição, consumidores. Estes constituem o grupo económico mais importante".* Afirmação de enorme alcance político económico e social que define bem o alcance da visão

É já em fase adiantada da elaboração pré-legislativa sobre os direitos dos consumidores, na Europa[3] , que o direito à reparação se junta ao catálogo, com outros 3 direitos de nova geração[4].

Até lá os casos relacionados com as coisas vendidas, incluindo a reparação de bens defeituosos ou a indemnização consequente, eram tratados ao nível da legislação civil comum, em sede de direito dos contratos, de responsabilidade civil e da obrigação de indemnizar, entre nós, designadamente, no art. 251.º (objeto do negócio), nos arts. 485.º, 486.º e 493.º, n.º 1 (responsabilidade civil), nos arts. 562.º e ss. (obrigação de indemnizar) e nos arts. 913.º a 922.º (venda de coisas defeituosas) do Código Civil.

Hoje, em Portugal, os principais e emblemáticos direitos do consumidor estão fundamentalmente consagrados na Constituição da República Portuguesa (art. 60.º) e na Lei de Defesa do Consumidor (Lei n.º 24/96, de 31 de julho) com as suas sucessivas emendas[5].

para o futuro de um dos maiores políticos dos EUA, ou mesmo do mundo, a marcar toda a história da protecção dos consumidores no mundo.

[2] Eram os seguintes os referidos direitos:
1. direito à segurança;
2. direito à informação;
3. direito à escolha;
4. direito a ser ouvido.

[3] Revelando enorme atraso relativamente aos EUA, o consumidor só é "descobero" na Europa em 1968, num relatório do Parlamento Europeu (Doc. 189/68, em JO, 17/69). Mas foi o Conselho da Europa, e não alguma instituição da CEE, que, a 17 de maio de 1973, com a sua Resolução 543 da Assembleia Consultiva, publicou a ainda hoje célebre Carta de Protecção do Consumidor e aí define os seus direitos, entre os quais se inclui, pela primeira vez, *"o direito da indemnização por prejuízos"*. O texto integral desta Carta pode ler-se na Colectânea "Direitos do Consumidor" Vol 1, Ed. DECO, pag. 34, elaborada em co-autoria de Manuel Athayde Ferreira e minha.

[4] Nos Programas da CEE, a partir do Programa preliminar de 14 de abril de 1975, vão sendo aditados sucessivamente s seguintes direitos:
1. direito à satisfação das necessidades básicas;
2. direito à reparação;
3. direito à educação do consumidor; e
4. direito a um ambiente saudável.

[5] A saber:
1. direito à protecção da saúde e segurança;
2. direito à qualidade dos bens ou serviços;
3. direito à protecção dos interesses económicos;
4. direito à prevenção e à reparação de prejuízos;
5. direito à formação e à educação para o consumo;

Por último, com o artigo 52.º da Constituição, a Lei n.º 83/95, de 31 de agosto, e o art. 26.º-A do CPC, os consumidores ganharam, ainda, o direito à ação popular e à representação coletiva dos seus interesses difusos, coletivos ou individuais homogéneos, em pleitos judiciais[6].

2. A UE, com a recente Diretiva (UE) 2019/771, 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[7], pretendeu dar um passo significativo para o bom funcionamento do mercado interno, garantindo simultaneamente um nível elevado de proteção dos consumidores, estabelecendo regras comuns quanto a certos requisitos relativos aos contratos de compra e venda celebrados entre o vendedor e o consumidor, em especial regras quanto à conformidade dos bens com o contrato, aos meios de ressarcimento em caso de falta de conformidade, às modalidades para o exercício desses meios e às garantias comerciais.

Trata-se de matéria há muito reclamada pelos *stakeholders*, em especial pelas organizações de consumidores e a sociedade civil organizada em geral, tendo em conta que a única diretiva existente sobre a matéria era a Diretiva 1999/44/CE do PE e do Conselho de 25 de maio de 1999 sobre certos aspetos da venda e das garantias dos bens de consumo[8], hoje totalmente desatualizada.

Aconteceu que me coube[9], nesta instância, ser o Relator do Parecer sobre a proposta da Comissão sobre a matéria, apresentada em 18 de janeiro

6. direito à informação para o consumo;
7. direito à representação e consulta;
8. direito à protecão jurídica e a uma justiça acessível e pronta.

[6] Sobre o regime *sui generis* da ação popular ver os meus livros. *Conflitos de Consumo Uma Perspectiva Comunitaria de Defes dos Consumiores,* Ed Centro de Informação Jacques Delors, 1998, pag. 96 e *Introducção ao Direito e à Politica do consumo,* Ed Noticias, 1999, pag. 252 e ss. Ver igualmente o que terá sido o primeiro texto sobre ação popular, Luis Lingnau Silveira, *"A açao popular"*, III Conferencia Consumo e Justiça Tomar Fev 96, (in BMJ n.º 448). Um tratamento muito aprofundado do tema geral da acção popular no contexto do novo processo civil, pode ver-se em Prof. Miguel Teixeira de Sousa *"Estudos sobre o Novo Processo Civl"*, Ed LEX, 1997.

[7] Em JO L136/28 de 22/05/2019.

[8] Em JO L 171 de 7 de julho de 1999.

[9] Sem surpresa, na medida em que tenho dedicado parte considerável dos meus escritos publicados a esta temática, sejam artigos, sejam conferências e colóquios, dada a sua enorme

de 2016, aliás, de duas propostas apresentadas em simultâneo, a saber: a *Proposta de diretiva do PE e do Conselho sobre certos aspetos relativos aos contratos de fornecimento de conteúdos digitais*[10] e a *Proposta de diretiva do PE 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*[11].

No que agora interessa, e porque este Parecer foi o único documento que a Comissão invocou como base de sustentação da presente Diretiva (o parecer do PE nem sequer ainda estaria publicado à data, como também é referido nos considerandos da Diretiva) se concluía, em síntese, que a regulamentação daquelas matérias em duas diretivas em vez de um único instrumento, só seria aceitável por razões de urgência e de oportunidade, que aliás se não vislumbravam.

Também considerava que não estava suficientemente justificada a opção pela chamada *"harmonização plena direcionada"*, em moda na altura, em vez de ser adotado outro método, como, por exemplo o dos *contratos-modelo certificados por uma marca comunitária* ou uma harmonização mínima em conformidade com o artigo 169 do TFUE.

E, relativamente aos aspetos regulados isoladamente na *proposta relativa aos contratos de venda de bens móveis corpóreos em linha*, considerou que seria mais correta a sua regulamentação em conjunto e no momento da revisão da Diretiva 1999/44/CE, de que representaria um dos seus capítulos, como aconselhado no quadro do exercício do REFIT relativo à Lei dos Consumidores.

Aliás, com a proposta da venda em linha de bens corpóreos, a Comissão criava dois sistemas, com tratamento diferente para a venda de bens em linha e fora de linha, o que era inaceitável.

relevância jurídica em geral e para os consumidores em particular. Ver, nomeadamente, e sem pretender ser exaustivo, *"Venda de bens: que garantias?"*, DN de 25 de julho de 2003, pag. 13, *"O Consumidor, A Diretiva sobre as Garantias na Venda de Bens e as Vias Práticas de realização dos Direitos"*, conferência proferida no Seminário relativo à Diretiva sobre as Garantias na Venda de bens de consumo e o Direito português (15 e 16 de fevereiro de 2000, Lisboa), organizado pelo Forum Justitiae e o MGI (Portugal), *"Acerca das garantias na venda de bens de consumo: Da perspetiva comunitária ao direito interno português"*, I e II partes, in Forum Justitiae (n.º 8 janeiro de 2000, pag 50 e n.º 9, março de 2000, pag. 55). Fui igualmente Relator do Relatório de Informação do CESE INT 796, de 25/11/2016, que procedeu à avaliação de impacto (balanço de qualidade) de várias Diretivas, entre as quais precisamente a Diretiva 1999/44/CE. O Parecer, muito disputado, que então relatei, foi adotado na reunião plenária de 27 de abril de 2016 por 146 votos a favor, 61 votos contra e 44 abstenções.

[10] COM(2015) 634 final – 2015/0287 (COD).

[11] COM(2015) 635 final – 2015/0288 (COD).

Para o caso, que se desaconselhava, de vir a ser confirmada a intenção da Comissão no formato apresentado, o parecer sugeria toda uma série de melhoramentos dos articulados das propostas no intuito de não rebaixar os direitos dos consumidores, garantindo efetivamente um nível elevado de proteção como exige o TFUE.

Descartando agora as considerações feitas a propósito da *Proposta de diretiva sobre certos aspetos relativos aos contratos de fornecimento de conteúdos digitais* (COM(2015) 634 final) e concentrando-nos apenas sobre a análise da *Proposta de diretiva 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), parecia evidente que a base jurídica invocada deveria ser antes o artigo 169, n.º 2, do TFUE, na medida em que estão em causa fundamentalmente a definição de direitos dos consumidores e a sua proteção e defesa e não exclusivamente a realização do mercado único.

Por outro lado ao ser escolhida uma Diretiva, em vez de um Regulamento, entendia-se que ela devia ser de harmonização mínima, segundo o modelo da atual diretiva das vendas e garantias (Diretiva 1999/44/CE), na medida em que a opção adotada conduzia a mais «fragmentação», menor segurança jurídica e duas classes de proteção, sendo certo que as «melhorias» agora introduzidas se deviam também aplicar às vendas no «mundo físico».

Por isso, a preferência expressa ia no sentido óbvio de que as regras constantes desta proposta de diretiva acompanhassem a revisão da Diretiva 1999/44/CE, no âmbito do Programa REFIT.

Nesse pressuposto, que nos parecia evidente, adiantavam-se várias sugestões a ter em conta numa revisão conjunta com a da Diretiva 1999/44/CE, que se deixavam em nota, *pro memoria*.

Foi com satisfação que se verificou que a Comissão abandonou a sua anterior proposta e resolveu, bem, tratar esta matéria na presente Diretiva em que é revista, como o CESE propunha, a Diretiva 1999/44/CE.

Lamenta-se, no entanto, que, talvez por razões de pressão e de urgência motivadas pela pandemia, a Comissão, sobre a presente proposta em concreto, não tenha obtido novo parecer do CESE nem esperado a publicação do Parecer do PE.

3. Em breve síntese, os aspetos de maior relevância que cumpre destacar na presente Diretiva referem-se a:

A) Introdução de novos e importantes conceitos ou redefinição e atualização de outros como, designadamente os de *«Funcionalidade», «Garantia comercial»,* e *«Durabilidade»*.

B) Adoção de um nível de harmonização máxima, salvo disposição expressa em contrário na própria Diretiva.

C) Definição detalhada de requisitos de conformidade a cargo do vendedor, a saber:

a) Requisitos subjetivos de conformidade (art. 6).
   1. Corresponder à descrição, ao tipo, à quantidade e à qualidade e ter a funcionalidade, a compatibilidade, a interoperabilidade e as demais características, tal como exigidas pelo contrato de compra e venda;
   2. Ser adequados a qualquer finalidade específica para a qual o consumidor os destine e que tenha sido comunicada ao vendedor o mais tardar no momento da celebração do contrato e relativamente à qual o operador tenha manifestado concordância;
   3. Ser entregues juntamente com todos os acessórios e instruções, inclusivamente de instalação, tal como estipulado no contrato de compra e venda; e
   4. Ser fornecidos com todas as atualizações, tal como estipulado no contrato de compra e venda.

b) Requisitos objetivos de conformidade
   1. Ser adequados às utilizações a que os bens do mesmo tipo normalmente se destinam, tendo em conta, sendo caso disso, o direito da União e os direitos nacionais aplicável, as normas técnicas, ou, na falta de tais normas técnicas, os códigos de conduta específicos do setor que forem aplicáveis;
   2. Se aplicável, possuir a qualidade e corresponder à descrição de uma amostra ou modelo que o vendedor tenha disponibilizado ao consumidor antes da celebração do contrato;
   3. Sendo caso disso, ser entregues juntamente com os acessórios, incluindo a embalagem, instruções de instalação ou outras instruções que o consumidor possa razoavelmente esperar receber; e
   4. Corresponder à quantidade e possuir as qualidades e outras características, inclusive no que respeita à durabilidade, funcionalidade, compatibilidade e segurança, que são habituais nos bens do mesmo tipo e que o consumidor possa razoavelmente esperar.[12]

[12] O vendedor não fica vinculado pelas declarações públicas a que se refere o n.º 1, alínea d), se demonstrar que: a) Não tinha, nem podia razoavelmente ter, conhecimento da declaração pública em causa; b) No momento da celebração do contrato, a declaração pública em causa

D) No caso dos bens com elementos digitais, o vendedor deve assegurar que o consumidor seja informado sobre as atualizações e que estas lhe sejam fornecidas, incluindo atualizações de segurança, que sejam necessárias para colocar tais bens em conformidade.

E) Qualquer falta de conformidade resultante da instalação incorreta dos bens é considerada uma falta de conformidade desses bens.

F) Por força destas obrigações o vendedor é responsável perante o consumidor por qualquer falta de conformidade que exista no momento em que os bens foram entregues e se manifeste num prazo de dois anos a contar desse momento.

Qualquer falta de conformidade que se manifeste no prazo de um ano a contar da data em que os bens foram entregues é considerada existente à data em que os bens foram entregues, a menos que se comprove o contrário ou que tal presunção seja incompatível com a natureza dos bens ou com a natureza da falta de conformidade.

G) Em caso de uma falta de conformidade, o consumidor tem direito a que os bens sejam repostos em conformidade, a beneficiar de uma redução proporcional do preço ou à rescisão do contrato,

a) Para obter a reposição dos bens em conformidade, o consumidor pode escolher entre a sua reparação e a sua substituição, a menos que o meio de ressarcimento escolhido seja impossível, ou, em comparação com outro meio de ressarcimento, imponha ao vendedor custos que sejam desproporcionados, tendo em conta todas as circunstâncias, incluindo:
   1. O valor que os bens teriam se não se verificasse a falta de conformidade;
   2. A importância da falta de conformidade; e
   3. A possibilidade de recorrer ao meio de ressarcimento alternativo sem inconvenientes significativos para o consumidor.

   No entanto, o vendedor pode recusar repor a conformidade dos bens se a reparação ou a substituição forem impossíveis ou impuserem custos ao vendedor que sejam desproporcionados, tendo em conta todas as circunstâncias,
b) O consumidor tem direito a uma redução proporcional do preço, ou à rescisão do contrato em qualquer dos seguintes casos:

tinha sido corrigida de forma igual ou comparável à forma por que tinha sido feita; ou c) A decisão de comprar os bens não poderia ter sido influenciada pela declaração pública.

1. O vendedor não efetuou a reparação ou a substituição ou o vendedor recusou repor a conformidade dos bens;
2. Verifica-se uma falta de conformidade apesar da tentativa do vendedor de repor os bens em conformidade;
3. A falta de conformidade é de natureza tão grave que justifica a imediata redução do preço ou a rescisão do contrato de compra e venda; ou
4. O vendedor declarou ou é evidente das circunstâncias que não irá repor os bens em conformidade num prazo razoável ou sem inconvenientes importantes para o consumidor.

c) O consumidor não tem direito a rescindir o contrato se a falta de conformidade for menor. O ónus da prova de que a falta de conformidade é menor recai sobre o vendedor.

d) O consumidor tem o direito de recusar o pagamento de qualquer parte remanescente do preço ou de parte do preço até que o vendedor tenha cumprido as obrigações que lhe incumbem por força da presente diretiva. Os Estados-Membros podem determinar as condições e modalidades em que o consumidor pode exercer o direito de recusar o pagamento.

H) A Reparação ou substituição dos bens devem ser efetuadas:

a) A título gratuito;

b) Num prazo razoável a contar do momento em que o vendedor tenha sido informado pelo consumidor da falta de conformidade; e

c) Sem inconveniente importante para o consumidor, tendo em conta a natureza dos bens e a finalidade a que o consumidor os destina. Sempre que a falta de conformidade deva ser sanada através da reparação ou substituição dos bens, o consumidor deve disponibilizar os bens ao vendedor. O vendedor deve receber os bens substituídos a expensas suas.

O consumidor não é obrigado a pagar pela utilização normal dos bens substituídos durante o período anterior à sua substituição.

I) A redução do preço deve ser proporcional à diminuição do valor dos bens que foram recebidos pelo consumidor, em comparação com o valor que os bens teriam se estivessem em conformidade.

J) Rescisão do contrato de compra e venda:

a) O consumidor exerce o direito de rescindir o contrato de compra e venda mediante declaração ao vendedor que comunica a decisão de pôr termo ao contrato de compra e venda.

Sempre que a falta de conformidade diga respeito a apenas uma parte dos bens entregues no âmbito do contrato de compra e venda e não exista fundamento para a rescisão do contrato de compra e venda o consumidor pode rescindir o contrato de compra e venda apenas em relação a esses bens e em relação a quaisquer outros bens que o consumidor adquiriu juntamente com os bens não conformes se não se puder razoavelmente esperar do consumidor que aceite ficar apenas com os bens conformes.

b) Sempre que o consumidor rescindir o contrato no seu conjunto ou, nem relação a alguns dos bens entregues no âmbito do contrato de compra e venda:
   1. O consumidor deve devolver os bens ao vendedor, a expensas deste; e
   2. O vendedor deve reembolsar o consumidor do preço pago pelos bens após a receção dos bens ou da prova do envio dos bens apresentada pelo consumidor.

K) Qualquer garantia comercial deve ser vinculativa para o garante nos termos das condições previstas na declaração de garantia comercial e publicidade conexa, disponibilizadas aquando ou antes da celebração do contrato.

a) Sem prejuízo de quaisquer outras disposições aplicáveis do direito da União ou do direito nacional, caso um produtor dê ao consumidor uma garantia comercial de durabilidade para determinados bens durante um determinado período tempo, o produtor é diretamente responsável perante o consumidor, durante todo o período da garantia comercial de durabilidade pela reparação ou substituição dos bens.
b) Se as condições previstas na declaração de garantia comercial forem menos vantajosas para o consumidor do que as previstas na publicidade conexa, a garantia comercial deve ser vinculativa nas condições previstas na publicidade relativa à garantia comercial, a menos que, antes da celebração do contrato, a publicidade conexa tenha sido corrigida de uma forma idêntica ou comparável àquela em que foi feita.
c) A declaração de garantia comercial deve ser prestada ao consumidor num suporte duradouro, o mais tardar no momento da entrega dos bens.
d) A declaração de garantia comercial deve ser expressa numa linguagem clara e inteligível. Deve incluir o seguinte:
   1. Uma declaração clara de que o consumidor tem direito legal a meios de ressarcimento por parte do vendedor a título gratuito

em caso de falta de conformidade dos bens e que esses meios de ressarcimento não são afetados pela garantia comercial;
2. O nome e o endereço do garante;
3. O procedimento a seguir pelo consumidor para obter a execução da garantia comercial;
4. A designação dos bens aos quais a garantia comercial se aplica; e
5. Os termos da garantia comercial.

Os Estados-Membros podem estabelecer regras sobre outros aspetos relativos às garantias comerciais que não sejam regidos pelo presente artigo, incluindo regras sobre a língua ou as línguas em que a declaração de garantia comercial deve ser disponibilizada ao consumidor.

L) Direito de regresso:

a) Caso o vendedor seja responsável perante o consumidor por uma falta de conformidade resultante de um ato ou omissão, nomeadamente a não disponibilização de atualizações de bens com elementos digitais, de uma pessoa em estádios anteriores da cadeia contratual, o vendedor deve beneficiar do direito a agir contra a pessoa ou pessoas responsáveis na cadeia contratual.
b) A pessoa responsável contra a qual o fornecedor pode exercer o direito de regresso, bem como as ações pertinentes e as condições de exercício, são determinadas pelo direito nacional.

M) Aplicação:

a) Os Estados-Membros devem assegurar a existência de meios adequados e eficazes para garantir o cumprimento do disposto na Diretiva.
b) Os meios referidos antes incluem disposições que, nos termos do direito nacional, permitem a um ou mais dos organismos indicados, tal como determinados por esse direito, solicitar que os tribunais ou as entidades administrativas competentes se pronunciem para garantir a aplicação das disposições nacionais de transposição da presente diretiva:
   1. Entidades públicas ou seus representantes;
   2. Organizações de consumidores com um interesse legítimo na defesa dos consumidores;
   3. Organizações profissionais com um interesse legítimo em agir.

N) Informação do consumidor:

Os Estados-Membros tomam medidas adequadas para assegurar que a informação sobre os direitos dos consumidores ao abrigo da presente Dire-

tiva e sobre os meios para a aplicação desses direitos esteja à disposição dos consumidores.

O) Caráter imperativo:

Salvo disposição em contrário na presente Diretiva, qualquer acordo contratual que, em detrimento do consumidor, exclua a aplicação das disposições nacionais que transpõem a presente Diretiva, constitua uma derrogação dessas disposições ou altere os efeitos destas antes de o vendedor ser alertado sobre a falta de conformidade dos bens pelo consumidor, não é vinculativo para o consumidor.

A presente Diretiva não impede o vendedor de propor ao consumidor disposições contratuais que vão além da proteção nela prevista.

P) Revogação da Diretiva 1999/44/CE:

A Diretiva 1999/44/CE é revogada com efeitos a partir de 1 de janeiro de 2022. As remissões para a diretiva revogada entendem-se feitas para a presente diretiva e são lidas de acordo com a tabela de correspondência constante do anexo.

Q) Transposição:

a) Até 1 de julho de 2021, os Estados-Membros deviam ter adoptado e publicado as disposições necessárias para dar cumprimento à presente diretiva.
b) Os Estados-Membros devem aplicar essas disposições a partir de 1 de janeiro de 2022. Os Estados-Membros comunicam à Comissão o texto das disposições de direito interno que adotarem no domínio regulado pela Diretiva.
c) As disposições da presente Diretiva não se aplicam aos contratos celebrados antes de 1 de janeiro de 2022.

R) Reexame:

Até 12 de junho de 2024, a Comissão procede ao reexame da aplicação da presente Diretiva, designadamente das disposições relativas aos meios de ressarcimento e ao ónus da prova – também no que diz respeito aos bens em segunda mão e aos bens vendidos em hasta pública – e à garantia comercial de durabilidade dada pelo produtor, e apresenta um relatório ao Parlamento Europeu, ao Conselho e ao Comité Económico e Social Europeu.

S) Entrada em vigor:

A presente diretiva entrou em vigor no vigésimo dia seguinte ao da sua publicação no Jornal Oficial da União Europeia.

T) Destinatários:

Os destinatários da presente decisão são os Estados-Membros.

4. Durante a redação deste texto, o Conselho de Ministros publicou um Comunicado em que dá a conhecer ter sido aprovado o diploma que transpõe a presente Diretiva 2019/771 para o direito interno e regula os direitos dos consumidores na compra e venda de bens, conteúdos e serviços digitais (terá, assim, feito também a transposição da Diretiva 2019/770). Ao que se sabe, pela imprensa diária, no que respeita aos bens imóveis, terá sido "aumentado para 10 anos o prazo de garantia em relação a defeitos que afetem elementos construtivos estruturais destes bens". Além do alargamento dos prazos de garantia referido (que nos bens móveis passa de dois para três anos), o Decreto-Lei terá alterado o enquadramento de novas tipologias de bens, como os conteúdos e serviços digitais e os bens de elementos digitais incorporados contribuindo para o reforço dos direitos do consumidor no ambiente digital. Ainda segundo a imprensa, o diploma, terá determinado expressamente que os prestadores de mercado em linha, quando parceiros de negócio do profissional que disponibiliza o bem, devem, a par com o profissional, satisfazer os direitos do consumidor em caso de falta de conformidade, Acontece, no entanto, que tal diploma ainda não terá sido promulgado nem publicado nesta data.

Publicada foi, entretanto, a Lei 32/2021, de 27 de maio, que veio, desgarradamente, regular o tamanho das letras das cláusulas contratuais gerais e criou uma espécie de Comissão das Cláusulas Abusivas, conferindo eficácia *erga omnes* às decisões judiciais que as declarem abusivas em ações inibitórias.

Não pode deixar de se aplaudir, porque constituía reivindicação antiga do consumidores, mas, prometida a regulamentação para 26 de julho, já estamos em meados de setembro e ainda nada consta ter sucedido, sendo certo que, em teoria, a lei entrava em vigor a 25 de agosto, mas necessitava daquela regulamentação.

ALGUMAS REFLEXÕES FINAIS À GUISA DE CONCLUSÃO

Jorge Pegado Liz

Não cabe em textos desta natureza, em que se sente a fluidez dos conceitos, a tibieza ou incerteza das normas, as diferenças ideológicas, quando não mesmo as opções políticas que lhe subjazem, e atento o seu destino académico, retirar propriamente conclusões, cuja tentativa de síntese pecaria sempre por não ser suficientemente abrangente ou se deixar contaminar por opções pessoais, que se tentaram evitar, quando não por dúvidas e incertezas de quem escreveu.

Julgo, no entanto, e atrevo-me, à guisa de conclusões, a tecer as seguintes considerações finais:

A) Praticamente todos os aspetos dos temas tratados estão em aberto, a incerteza predomina, o dissenso entre os autores e os práticos das diferentes matérias é a tónica dominante.

B) Há no entanto, a consciência de se estar num momento crítico, aquele momento angustiante que precede a decisão inadiável, a opção iminente e de não se poder falhar.

C) E toda essa carga de responsabilidade social, individual e coletiva, portadora de indisfarçável angústia, distribuída por todos os interessados, desde os teóricos académicos aos políticos decisores, aos representantes das indústrias e do comércio, aos cidadãos em geral, recai também, de forma aguda, sobre os cidadãos-consumidores – e esse foi o objeto restrito deste exercício.

D) Foi essa a tópica pedida para este trabalho – sustentabilidade e consumo, consumo sustentável, desenvolvimento sustentável, produção sus-

tentável, alterações climáticas, comportamentos ecológicos, novos modelos económicos, que mundo para amanhã, algum mundo ainda para amanhã?

E) Foi esse o caminho seguido neste trabalho – qual o papel do consumidor face a estes desafios, qual a sua responsabilidade, qual a exigência devida ao seu comportamento como consumidor, que objectivos hoje para um consumidor consciente e diligente colocado perante questões de que depende o futuro e as condições de vida das gerações futuras, senão mesmo a sobrevivência da humanidade no seu todo.

F) Assim julgo poder formular, como considerações finais, os seguintes 6 juízos:

1. Ao contrário do que alguns pretendem, mesmo a nível institucional, não é verdade que o atual quadro comunitário relativo à defesa dos consumidores seja o mais consistente e robusto na Europa dos 27, a sua efectivação nos vários Estados-Membros é manifestamente deficiente e tem sido intencionalmente minimizada e apenas mais informação, mesmo que adequada, não é a panaceia para o déficit de protecção, em particular no ambiente digital.
2. Duas questões preliminares de método é preciso ter sempre em memória e respeitam, de um lado à utilização permanente do princípio da precaução como princípio fundamental estruturante de toda a aproximação legislativa aos temas tratados, em especial nos domínios do ambiente e do digital e, simultaneamente, ao modo que há-de ser proativo e não reativo, de conceber os normativos apropriados e estritamente indispensáveis de legiferar, atitude "*de lege ferenda*" que deverá enformar toda a produção legislativa e a definição de um Direito Justo.
3. Quanto ao binómio que constitui o pano de fundo desta exposição, entendo-o como sendo o modo como os consumidores podem e devem contribuir para a neutralidade climática, a conservação dos recursos naturais e da biodiversidade, a redução da poluição na terra, na água e no ar, através de opções de consumo que minimizem o uso de recursos naturais e de produtos tóxicos, a produção de lixos e a emissão de poluentes, de modo a não prejudicar as necessidades das gerações futuras por forma a ser garante de padrões de consumo sustentáveis.
4. Resulta também deste estudo que isso só será alcançável com uma profunda mudança de paradigma na maneira de consumir, passando de um modelo rectilíneo de inspiração capitalista, "extrair, produzir,

consumir e deitar fora", para um modelo circular, baseado na "reutilização, partilha, reciclagem e recuperação".

5. A nomenclatura conceptual está ainda em formação e, por isso, variadas designações entendem alcançar os mesmos objetivos, assim se lhes chame economia da partilha, economia colaborativa, economia participativa ou da funcionalidade, tudo conceitos ainda a ser formados, com um denominador comum – o padrão de consumo atual não é sustentável, se em todo o mundo se consumisse como o europeu médio consome hoje seriam necessários três planetas Terra para satisfazer esse consumo.
6. Daí a necessidade de por termo a algumas práticas desleais e abusivas, de que se destacaram a obsolescência precoce ou programada e as falsas alegações ambientais, a urgir regulamentação repressiva eficaz e uniforme em toda a UE, de um lado, e, de outro lado, a imprescindibilidade de lançar mão de sistemas de rotulagem verde ou rotulagem ecológica certificada e harmonizada, com uma especial acuidade no rotulo energético e a urgente necessidade de dar uma nova configuração e um novo estatuto ao direito à reparação, por forma a garantir a vida útil dos produtos e bens na UE.

Lisboa, 01.10.2021

Módulo VII
A protecção dos dados pessoais

O CONCEITO DE DADOS PESSOAIS

Daniela Rodrigues de Sousa[1]

Resumo: *O conceito de dados pessoais é a pedra angular do Direito da proteção de dados. Neste artigo pretendemos fazer uma breve análise da evolução histórica deste conceito no espaço jurídico europeu. Importa ainda densificar os vários elementos que compõe o conceito e proceder à sua concretização à luz do RGPD.*

Palavras-chave: *(i) dados pessoais; (ii) RGPD; (iii) Direito da protecção de dados; (iv) direitos de personalidade.*

Sumário: 1. *Considerações gerais; 1.1. Quadro legal anterior e legislação actual em matéria de protecção de dados pessoais; 1.2. A relevância do conceito de dados pessoais;* **2.** *O conceito de dados pessoais; 2.1. Evolução histórica do conceito de dados pessoais; 2.2. Elementos do conceito de dados pessoais; 2.2.1. Qualquer informação; 2.2.2. Relativa a; 2.2.3. Pessoa singular; 2.2.4. Identificada ou identificável; Conclusões*

[1] Assistente Convidada da Faculdade de Direito de Lisboa. Investigadora do Centro Investigação de Direito Privado. Agradece-se a colaboração de Inês Sítima na revisão do texto que se publica.

1. Considerações gerais

1.1. Quadro legal anterior e legislação actual em matéria de protecção de dados pessoais

O Regulamento Geral de Protecção de Dados (doravante, RGPD)[2] é, actualmente, o diploma mais relevante em matéria de protecção de dados no ordenamento jurídico português e europeu. Este diploma introduziu importantes desenvolvimentos na protecção de dados, uma vez que densificou alguns direitos dos titulares de dados, definindo novas regras e procedimentos relativos ao tratamento, agravou os deveres dos responsáveis pelo tratamento e dos subcontratantes, reforçou as competências das autoridades de controlo e a estabeleceu a obrigatoriedade de designação de encarregados de protecção de dados[3].

Em Portugal, a protecção de dados é reconhecida como objecto de um direito fundamental no artigo 35.º da Constituição da República Portuguesa (1976). Todavia, o grande desenvolvimento da protecção de dados apenas se verifica em 1998, quando foi transposta para a ordem jurídica nacional a Directiva 95/46/CE[4]. A Directiva foi transposta pela Lei n.º 67/98, de 26 de Outubro[5]. A Lei n.º 67/98 vigorou até 2019, tendo sido revogada pela Lei n.º 58/2019, de 8 de Agosto, que veio assegurar a execução, na ordem jurídica nacional, do RGPD.

1.2. A relevância do conceito de dados pessoais

Uma análise do conceito de dado pessoal é o ponto de partida para qualquer estudo acerca das problemáticas que envolvem o Direito da protecção

[2] Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de Abril de 2016, relativo à protecção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados.

[3] Com maiores desenvolvimentos, cf. A. Barreto Menezes Cordeiro, *Direito da Proteção de Dados à luz do RGPD e da Lei n.º 58/2019,* Almedina, Coimbra, 2020, pp. 29-30; Mafalda Miranda Barbosa, "Proteção de Dados, Consentimento e Tutela do Consumidor", in *Estudos de Direito do Consumidor*, António Pinto Monteiro (dir.), Centro de Direito do Consumo, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2019, pp. 37-90 (48-55).

[4] Directiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de Outubro de 1995, relativa à protecção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados.

[5] Lei n.º 67/98, de 26 de Outubro, Lei da Protecção de Dados Pessoais, revogada pela Lei n.º 58/2019, de 8 de Agosto.

de dados. É um elemento central para uma correcta interpretação e aplicação das normas de protecção de dados, em especial do RGPD. A centralidade deste conceito explica-se primordialmente pelo papel que desempenha na delimitação do campo material de aplicação do RGPD. Com efeito, de acordo com a delimitação positiva enunciada no artigo 2.º, n.º 1 do RGPD, este é aplicável "ao tratamento de dados pessoais por meios total ou parcialmente automatizados, bem como ao tratamento por meios não automatizados de dados pessoais contido em ficheiros ou a eles destinados". Sendo que à luz do disposto no artigo 4.º, 2), por *tratamento* deve entender-se uma operação ou conjunto de operações que envolva dados pessoais ou conjuntos de dados pessoais. A definição de dados pessoais na acepção relevante para efeitos do RGPD resulta, de resto, do artigo 4.º, alínea 1)[6].

O conceito de dados pessoais é a pedra angular do Direito da protecção de dados, sendo inclusive esta denominação pouco concretizadora deste ramo jurídico[7]. Em primeiro lugar, o Direito da protecção de dados não regula todos os tratamentos de dados, mas apenas o tratamento de *dados pessoais*. Em segundo lugar, a expressão Direito da protecção de dados aponta para uma funcionalização deste ramo para a protecção da posição jurídica dos titulares dos dados e dos seus respectivos direitos[8]. Todavia, esta ideia não se apresenta totalmente verdadeira, dado que a produção legislativa surgiu essencialmente para regular o tratamento dos dados pessoais, pois sua protecção sempre seria assegurada pelas normais gerais relativas aos direitos de personalidade[9].

De acordo com o artigo, 1.º do RGPD, este diploma tem dois grandes objectivos: (i) defender os direitos e liberdades das pessoas singulares, nomeadamente o seu direito à protecção de dados[10] e (ii) promover a livre

[6] Sobre o conceito de dados pessoais, cf., com grande detalhe, Klar/Kühling, *Datenschutz-Grundverordnung BDSG Kommentar*, Kühling/Buchner (hrsg.), 3.ª ed., C.H. Beck, München, 2020, anotação ao artigo 4.º, Rn. 1-39.

[7] A. Barreto Menezes Cordeiro, *Direito da Proteção de Dados à luz do RGPD e da Lei n.º 58/2019*, Almedina, Coimbra, 2020, pp. 32-33, a expressão Direito da protecção de dados transmite uma ideia incorrecta dos seus propósitos, uma vez que parece indicar que este ramo foi criado para proteger os direitos dos titulares dos dados. Ainda assim, deve manter-se a utilização da expressão, por motivos de estabilidade linguística.

[8] A. Barreto Menezes Cordeiro, *Direito da Proteção de Dados à luz do RGPD e da Lei n.º 58/2019*, Almedina, Coimbra, 2020, p. 33.

[9] A. Barreto Menezes Cordeiro, *Direito da Proteção de Dados à luz do RGPD e da Lei n.º 58/2019*, Almedina, Coimbra, 2020, p. 33.

[10] Artigo 1.º, n.º 2 do RGPD.

circulação de dados pessoais[11]. Considerando estes objectivos, o RGPD encontra-se funcionalizado à sua prossecução, e tal implica que sejam sempre garantidos os interesses dos titulares dos dados pessoais, mas também a sua livre circulação[12]. Esta funcionalização deve manifestar-se nas relações entre os titulares e os responsáveis pelo tratamento ou subcontratantes e impõe ao intérprete-aplicador que interprete as disposições aplicáveis sempre no sentido que melhor favorecer a prossecução destes dois propósitos[13]. Assim sendo, estes dois vectores devem também ser usados numa interpretação teleológica do conceito de dados pessoais[14]. Note-se que a livre circulação apresenta-se como um dos objectivos principais do RGPD, tendo em conta a importância económica assumida pelos dados pessoais nas sociedades modernas[15]. Este objectivo é alcançado através da uniformização das normas aplicadas nos diversos Estados-Membros, proporcionando aos participantes no mercado interno clareza e segurança jurídica que favorecem o fluxo de circulação dos dados pessoais[16].

O Direito da protecção de dados pode ser dividido em duas áreas principais: a protecção dos dados pessoais e a sua segurança[17]. A primeira centra-se no tratamento de dados pessoais e na protecção dos direitos dos titulares e a segunda foca-se na garantia da integridade e regular acesso aos dados pessoais por meio de medidas técnicas e organizacionais[18]. Em qual-

[11] Artigo 1.º, n.º 3 do RGPD. Sobre esta disposição veja-se Ernst, *Datenschutz-Grundverordnung – Bundesdatenschutzgesetz*, Paal/Pauly (hrsg.), 3.ª ed., C.H. Beck, München, 2021, anotação ao artigo 1.º, Rn. 13-14, referindo que a livre circulação existe relativamente ao tratamento de dados.

[12] Note-se que estes dois objectivos podem ser conflituantes. Sobre esta problemática, veja-se Gerrit Hornung/Indra Spiecker gen. Döhmann, *Datenschutzrecht, DSGVO mit BDSG*, Simitis/ Hornung/Spiecker gen. Döhmann (hrsg.), 1.ª ed., Nomos, Baden-Baden, 2019, anotação ao artigo 1.º Rn. 25-26.

[13] A. Barreto Menezes Cordeiro, *Direito da Proteção de Dados à luz do RGPD e da Lei n.º 58/2019*, Almedina, Coimbra, 2020, p. 34.

[14] Moritz Karg, *Datenschutzrecht, DSGVO mit BDSG*, Simitis/ Hornung/Spiecker gen. Döhmann (hrsg.), 1.ª ed., Nomos, Baden-Baden, 2019, anotação ao artigo 4.º, Rn. 3.

[15] Cf. ainda o Considerando 2.

[16] Schantz, *BeckOK Datenschutzrecht*, Brink/Wolff (hrsg.), 39.ª ed., C.H. Beck, München, 2022, anotação ao artigo 1.º, Rn. 3.

[17] A. Barreto Menezes Cordeiro, *Direito da Proteção de Dados à luz do RGPD e da Lei n.º 58/2019*, Almedina, Coimbra, 2020, p. 35.

[18] Martini, *Datenschutz-Grundverordnung – Bundesdatenschutzgesetz*, Paal/Pauly (hrsg.), 3.ª ed., C.H. Beck, München, 2021, anotação ao artigo 32.º, Rn. 1b.

quer uma delas os dados pessoais surgem como principal objecto, o que reforça mais uma vez a centralidade deste conceito.

2. O conceito de dados pessoais

2.1. Evolução histórica do conceito de dados pessoais

O artigo 4.º, 1) do RGPD, começa por definir *dados pessoais* como "informação relativa a uma pessoa singular identificada ou identificável". Apesar de todas as modificações introduzidas na protecção de dados por este diploma, esta definição não se apresenta como inovadora.

As origens do conceito de dados pessoais consagrado no RGPD remontam à década de 80 do século XX e a esforços desenvolvidos pela OCDE e pelo Conselho da Europa[19].

Na sequência do desenvolvimento do tratamento automatizado de dados, que passou a permitir o processamento rápido e transfronteiriço de grandes quantidades de dados, os países membros da OCDE consideraram necessário a adopção de directrizes que permitissem evitar o perigo de possíveis violações de direitos fundamentais e minorar as disparidades entre as legislações nacionais. Pretendia igualmente evitar-se o armazenamento ilegal de dados pessoais, bem como eventuais situações de revelação não autorizada de dados. Deste modo, os países membros da OCDE consideraram necessário o desenvolvimento de directrizes destinadas a harmonizar as legislações nacionais de protecção de dados e aprovaram as denominadas *Guidelines Governing the Protection of Privacy and Transborder Flow of Personal Data*. Estas *Guidelines* foram aprovadas na forma de Recomendação do Conselho da OCDE e foram publicadas em anexo à Recomendação do Conselho de 23 de Setembro de 1980[20].

As *Guidelines Governing the Protection of Privacy and Transborder Flow of Personal Data* foram o primeiro pilar da OCDE em termos da protecção de dados e contavam com uma definição de dados pessoais no seu artigo 1.º,

[19] Sobre a evolução histórica do conceito de dados pessoais, cf. A. Barreto Menezes Cordeiro, "Dados pessoais: conceito, extensão e limites", in *Revista de Direito Civil*, III, 2018, n.º 2, pp. 297-321(299-300).

[20] As *Guidelines Governing the Protection of Privacy and Transborder Flow of Personal Data*, foram actualizadas em 2013, sendo possível consultar a versão actual das mesmas no *site* da OCDE – https://www.oecd.org/.

alínea *b)*. Neste preceito os dados pessoais eram definidos como qualquer "informação relativa a um indivíduo identificado ou identificável"[21].

Já em 1981 é aprovada no seio do Conselho da Europa a Convenção para a Protecção das Pessoas relativamente ao Tratamento Automatizado de Dados de Carácter Pessoal[22]. No seu artigo 2.º, alínea *a)*, a Convenção consagra a definição de dados de carácter pessoal, como "qualquer informação relativa a uma pessoa singular identificada ou identificável ("titular dos dados")"[23].

Estas definições foram posteriormente utilizadas pela Comunidade Europeia, na Directiva 95/46, de 24 de Outubro[24]. De acordo com o artigo 2.º, alínea *a)* da Directiva 95/46, serão dados pessoais "qualquer informação relativa a uma pessoa singular identificada ou identificável ("pessoa em causa")"[25].

Na transposição nacional da Directiva 95/46, assegurada pela Lei n.º 67/98, também a definição, apesar de ser mais completa, não se afasta das anteriormente apresentadas. De acordo com o artigo 3.º, alínea *a)*, seriam dados pessoais "qualquer informação, de qualquer natureza e independentemente do respectivo suporte, incluindo som e imagem, relativa a uma pessoa singular identificada ou identificável ("titular dos dados").

Concluímos que no seio da União Europeia se pode assinalar uma notória continuidade do conceito de dados pessoais, que remonta à década de 80 e que acabou por se consolidar no espaço jurídico europeu.

[21] Cf. artigo 1.º, alínea *b)*: *"personal data" means any information relating to an identified or identifiable individual (data subject)"*.

[22] Convenção para a Protecção das Pessoas relativamente ao Tratamento Automatizado de Dados de Carácter Pessoal, aprovada em 28 de Janeiro de 1981, em Estrasburgo. A Convenção foi assinada por Portugal em 1981, mas apenas foi ratificada em 1993. Foi aprovada para ratificação pela Resolução da Assembleia da República n.º 23/93, de 9 de Junho (rectificada pela Rectificação n.º 10/93, de 20 de Agosto, publicada no Diário da República, I Série-A, n.º 195/93) e ratificada pelo Decreto do Presidente da República n.º 21/93, de 9 de Julho.

[23] Na versão em inglês: *"personal data means any information relating to an identified or identifiable individual ("data subject")"*.

[24] Sobre a Directiva 95/46, veja-se ainda Joel A. Alves, *O Novo Modelos de Proteção de Dados Pessoais Europeu*, Almedina, Coimbra, 2021, pp. 35-39.

[25] Com uma comparação face à redacção do artigo 4.º, 1) do RGPD, cf. Alexandre Sousa Pinheiro, *Comentário ao Regulamento Geral de Proteção de Dados*, Alexandre Sousa Pinheiro (coord.), Almedina, Coimbra, 2018, anotação ao artigo 4.º, pp. 121-122.

2.2. Elementos do conceito de dados pessoais

De acordo com o disposto no artigo 4.º, 1) do RGPD, os dados pessoais são informações relativas a uma pessoa singular identificada ou identificável, que será o titular dos dados. Apesar desta definição geral, o RGPD prevê várias concretizações sectoriais do conceito de dado pessoal. Neste diploma é possível encontrar referências relativas aos dados genéticos[26], dados biométricos[27], dados relativos à saúde[28], dados relacionados com a origem racial ou étnica, opiniões políticas, crenças religiosas ou filosóficas, a filiação sindical, a vida ou orientação sexual[29] ou dados relacionados com condenações penais e infracções[30].

Porém, estas concretizações, não se afastam da definição geral que é passível de ser descomposta em quatro elementos distintos e autonomizáveis: (i) qualquer informação, (ii) relativa a (iii) uma pessoa singular (iv) identificada ou identificável.

Como resulta da própria definição, estamos perante elementos que exigem uma verificação cumulativa para que se possa concluir que uma determinada informação pode ser qualificada como um dado pessoal[31].

2.2.1. Qualquer informação

O primeiro elemento da definição corresponde à expressão "qualquer informação". Esta expressão contida no RGPD, e em todas as definições de diplomas anteriores, é indiciadora de que estamos perante um conceito de dados pessoais alargado, o que implica uma interpretação ampla da expressão[32]. De acordo com a formulação utilizada, toda e qualquer informação

[26] Cf. artigo 4.º, 13) do RGDP.

[27] Cf. artigo 4.º, 14) do RGDP.

[28] Cf. artigo 4.º, 15) do RGDP.

[29] Cf. artigo 9.º do RGDP, relativo às categorias especiais de dados pessoais.

[30] Cf. artigo 10.º do RGDP.

[31] Assim, estamos perante um conceito binário que não admite uma aplicação gradual, Moritz Karg, *Datenschutzrecht, DSGVO mit BDSG*, Simitis/ Hornung/Spiecker gen. Döhmann (hrsg.), 1.ª ed., Nomos, Baden-Baden, 2019, anotação ao artigo 4.º, Rn. 14-15.

[32] GT 29, *Parecer 6/2007 sobre o conceito de dados pessoais*, 01248/07/PT (WP 136), adoptado em 20 de Junho, p. 6; Moritz Karg, *Datenschutzrecht, DSGVO mit BDSG*, Simitis/ Hornung/ Spiecker gen. Döhmann (hrsg.), 1.ª ed., Nomos, Baden-Baden, 2019, anotação ao artigo 4.º, Rn. 3 e Rn. 25, uma vez que é a melhor maneira de garantir a protecção mais eficaz e abrangente possível para as pessoas afectadas.

é considerada relevante para efeitos de aplicação do RGPD[33], ainda que aparentemente seja vã ou insignificante. Esta noção é manifestamente mais ampla que o sentido tradicionalmente atribuído no âmbito dos direitos de personalidade, em que estão apenas incluídas informações relacionadas com a vida privada do titular[34].

Para densificar este elemento, podemos recorrer a três perspectivas distintas relacionadas com a: (i) a natureza, (ii) o conteúdo e (iii) o formato das informações[35].

Primeiramente, da perspectiva da natureza da informação, o conceito de dados pessoais inclui qualquer tipo de informações sobre uma pessoa, não sendo relevante a esfera de onde provém a informação[36]. Assim, de modo exemplificativo: a informação pode dizer respeito a elementos identificativos de uma pessoa, incluindo o nome, data de nascimento, número de cartão de cidadão ou morada; pode estar relacionada com caraterísticas físicas, como o sexo, altura, peso, cor dos olhos ou do cabelo; respeitar a considerações íntimas, abrangendo as crenças religiosas, opiniões políticas ou filosóficas; pode estar relacionada com questões profissionais ou académicas, tais como títulos, graus ou estatutos profissionais ou laborais; e até informações patrimoniais, incluindo direitos de propriedade[37].

[33] Klar/Kühling, *Datenschutz-Grundverordnung BDSG Kommentar*, Kühling/Buchner (hrsg.), 3.ª ed., C.H. Beck, München, 2020, anotação ao artigo 4.º, Rn. 9; Moritz Karg, *Datenschutzrecht, DSGVO mit BDSG*, Simitis/ Hornung/Spiecker gen. Döhmann (hrsg.), 1.ª ed., Nomos, Baden-Baden, 2019, anotação ao artigo 4.º, Rn. 22, sublinhando que não existem informações pessoais irrelevantes.

[34] A. Barreto Menezes Cordeiro, *Comentário ao Regulamento Geral de Proteção de Dados e à Lei n.º 58/2019*, A. Barreto Menezes Cordeiro (coord.), 1.ª ed., Almedina, Coimbra, 2021, anotação ao artigo 4.º, p. 81; A. Barreto Menezes Cordeiro, *Direito da Proteção de Dados à luz do RGPD e da Lei n.º 58/2019*, Almedina, Coimbra, 2020, p. 108, referindo a protecção concedida pelo artigo 80.º do CC, não coincide com a protecção conferida pelo Direito da protecção de dados, em todas as suas concretizações legislativas.

[35] Com maior detalhe, cf. GT 29, *Parecer 6/2007 sobre o conceito de dados pessoais*, 01248/07/PT (WP 136), adoptado em 20 de Junho, pp. 6-9.

[36] Moritz Karg, *Datenschutzrecht, DSGVO mit BDSG*, Simitis/ Hornung/Spiecker gen. Döhmann (hrsg.), 1.ª ed., Nomos, Baden-Baden, 2019, anotação ao artigo 4.º, Rn. 30-31, incluem-se também as informações que sejam divulgadas pelo próprio titular, por exemplo, em redes sociais ou outras plataformas de acesso geral na *internet*.

[37] A. Barreto Menezes Cordeiro, *Comentário ao Regulamento Geral de Proteção de Dados e à Lei n.º 58/2019*, A. Barreto Menezes Cordeiro (coord.), 1.ª ed., Almedina, Coimbra, 2021, anotação ao artigo 4.º, p. 81.

Deste modo, são abrangidas todas informações objectivas ou factuais, incluindo os traços físicos e características descritivas de uma pessoa, bem como informações sobre objectos desde que estes possam apresentar uma ligação a uma pessoa singular. Estão igualmente incluídas informações subjectivas, baseadas em opiniões ou avaliações[38], havendo inclusive sectores em que estas categorias de informações assumem especial relevância. A informação avaliativa desempenha um papel importante em transacções comerciais, no âmbito bancário ou dos seguros, para determinar a solvência de um cliente ou o risco de ocorrência de um sinistro[39].

A definição de dados pessoais não inclui qualquer referência à necessidade de as informações serem verídicas ou comprovadas. Assim, podemos concluir que o conceito de dados pessoais também contempla a possibilidade de as informações serem falsas, imprecisas ou até incorrectas[40]. O tipo de informação, o seu significado e as consequências do seu tratamento para o titular dos dados são irrelevantes para a sua qualificação enquanto dado pessoal[41].

Em segundo lugar, relativamente ao conteúdo, o conceito de dados pessoais é passível de abranger qualquer tipo de informação. Esta amplitude permite qualificar como dado pessoal, as informações relativas à esfera privada e familiar, mas também sobre qualquer tipo de actividade levada a cabo por uma pessoa, incluindo informações relativas às relações laborais, ou até ao seu comportamento económico e social[42].

Por último, do ponto de vista do formato ou do meio que foi utilizado para a recolha da informação é possível afirmar, mais uma vez, que estamos

[38] Schantz, *Das neue Datenschutzrecht*, Schantz/Wolff (hrsg.), 1.ª ed., C.H. Beck, München, 2017, Rn. 274.

[39] Moritz Karg, *Datenschutzrecht, DSGVO mit BDSG*, Simitis/ Hornung/Spiecker gen. Döhmann (hrsg.), 1.ª ed., Nomos, Baden-Baden, 2019, anotação ao artigo 4.º, Rn. 29.

[40] Neste sentido aponta o direito à retificação consagrado no artigo 16.º do RGPD. Neste sentido, cf. A. Barreto Menezes Cordeiro, *Comentário ao Regulamento Geral de Proteção de Dados e à Lei n.º 58/2019*, A. Barreto Menezes Cordeiro (coord.), 1.ª ed., Almedina, Coimbra, 2021, anotação ao artigo 4.º, p. 81; Schild, *BeckOK Datenschutzrecht*, Brink/Wolff (hrsg.), 39.ª ed., C.H. Beck, München, 2022, anotação ao artigo 4.º, Rn. 21c.

[41] Moritz Karg, *Datenschutzrecht, DSGVO mit BDSG*, Simitis/ Hornung/Spiecker gen. Döhmann (hrsg.), 1.ª ed., Nomos, Baden-Baden, 2019, anotação ao artigo 4.º, Rn. 29.

[42] GT 29, *Parecer 6/2007 sobre o conceito de dados pessoais*, 01248/07/PT (WP 136), adoptado em 20 de Junho, p. 7, estão incluídas todas as informações sobre pessoas singulares, independentemente do seu estatuto ou papel (consumidor, paciente, empregado, cliente, etc.).

perante um elemento de grande amplitude. O conceito de dados pessoais inclui qualquer informação disponível em qualquer formato, seja ele alfabético, numérico, gráfico, fotográfico ou acústico[43]. O que importa é que estejamos perante um formato que seja susceptível de conter e representar informações sobre uma pessoa singular. Também não é relevante o formato em que a informação está armazenada, podendo ser, a título exemplificativo, em papel, na memória de um computador, em vídeo, numa cassete, *pen* ou até CDs[44].

2.2.2. Relativa a

O segundo elemento que compõe a definição de dados pessoais é um requisito relacional. Para ser considerado um dado pessoal a informação em causa tem de ser relativa a uma pessoa singular. Numa primeira abordagem, mais simplista, poderemos dizer que uma informação é relativa a uma pessoa sempre que a informação seja sobre essa mesma pessoa. Em muitas situações, a relação entre a informação e uma pessoa pode ser estabelecida de forma simples. Todavia, nem sempre se afigura tarefa fácil averiguar se uma determinada informação diz respeito a uma pessoa, havendo casos em que essa possível relação já não se apresenta como óbvia.

Em certos casos, mais duvidosos, as informações não surgem como dizendo respeito a pessoas, mas sim a objectos, processos ou até a eventos. Portanto, é necessário analisar se ainda assim se consegue estabelecer algum tipo de relação com uma pessoa singular, mesmo que de forma indirecta[45]. Se essa ligação surgir a informação passa a ser tratada como um dado pessoal.

Tem-se entendido que uma informação pode ser considerada relativa a uma pessoa desde que se verifique: (i) um elemento de conteúdo, (ii) um elemento de finalidade ou (iii) um elemento de resultado[46].

[43] GT 29, *Parecer 6/2007 sobre o conceito de dados pessoais*, 01248/07/PT (WP 136), adoptado em 20 de Junho, p. 8.

[44] GT 29, *Parecer 6/2007 sobre o conceito de dados pessoais*, 01248/07/PT (WP 136), adoptado em 20 de Junho, pp. 8-9.

[45] GT 29, *Parecer 6/2007 sobre o conceito de dados pessoais*, 01248/07/PT (WP 136), adoptado em 20 de Junho, pp. 9-10.

[46] Esta é a sistematização proposta pelo GT 29. Cf. GT 29, *Parecer 6/2007 sobre o conceito de dados pessoais*, 01248/07/PT (WP 136), adoptado em 20 de Junho, pp. 10-11.

O elemento de conteúdo é o mais fácil de identificar e está sempre presente nos casos em que está em causa uma informação sobre uma determinada pessoa, independentemente de qualquer objectivo por parte do responsável pelo tratamento ou de um terceiro, e do impacto dessa informação na pessoa em questão[47]. Nestes casos é o próprio indivíduo que é objecto de análise. Atente-se nos seguintes exemplos: se as informações em causa forem resultados de umas análises clínicas, a pessoa visada será o doente; se estiver em causa a avaliação profissional de um trabalhador, será ele o visado; no caso do registo criminal, o cidadão em causa.

Pode admitir-se que a relação entre a informação e a pessoa singular derive de um elemento de finalidade. Nestes casos a relação está especificamente ligada à finalidade do tratamento, que se pode destinar a avaliar, tratar de uma determinada forma ou influenciar o comportamento ou estatuto de uma pessoa[48]. São vários os exemplos que podem ser indicados, que resultam do labor da jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia (doravante TJUE). Entre os exemplos, podem ser indicadas as retribuições pagas por certas entidades[49], o historial das entradas e saídas de um determinado país[50] ou os dados que constem de um registo de tempos de trabalho[51].

Por fim, a relação com uma pessoa específica pode surgir devido a um elemento de resultado. Nestes casos, apesar de estarem ausentes elementos de conteúdo ou finalidade, os dados podem ser considerados relativos a uma pessoa porque é provável que o seu tratamento tenha impacto nos seus direitos e interesses. Considera-se que existe um elemento de resultado mesmo que a informação não incida sobre uma pessoa (elemento de conteúdo) ou não vise avaliá-la ou influenciá-la (elemento de finalidade),

[47] GT 29, *Parecer 6/2007 sobre o conceito de dados pessoais*, 01248/07/PT (WP 136), adoptado em 20 de Junho, p. 11.

[48] Moritz Karg, *Datenschutzrecht, DSGVO mit BDSG*, Simitis/ Hornung/Spiecker gen. Döhmann (hrsg.), 1.ª ed., Nomos, Baden-Baden, 2019, anotação ao artigo 4.º, Rn. 35, este elemento é particularmente relevante nas informações que são recolhidas para a criação de perfis.

[49] Ac. do TJUE, de 20-Mai.-2003, Processo C-465/00, C-138/01 e C-139/01 – ECLI:EU:C:2003:294 (*Osterreichischer Rundfunk*).

[50] Ac. do TJUE, de 16-Dez.-2008, Processo C-524/06– ECLI:EU:C:2008:724 (*Huber*).

[51] Ac. do TJUE, de 30-Mai.-2013, Processo C-342/12– ECLI:EU:C:2013:355 (*Worten*).

mas quando em abstracto o permite fazer[52]. Note-se, contudo, que o impacto do tratamento não tem de ser significativo para o titular[53].

Para existir uma relação entre os dados e a pessoa singular, os três elementos analisados não têm de se verificar cumulativamente, sendo condições alternativas. Todavia, a verificação do pressuposto relacional deve ser feita com alguma cautela e de forma casuística. Deve ter-se em consideração que é possível que uma informação seja simultaneamente relativa a várias pessoas, considerando até os diferentes elementos presentes[54].

2.2.3. Pessoal singular

De acordo com a definição do artigo 4.º, 1) do RGPD, a informação deve ser relativa a uma pessoa singular, que é denominada *titular dos dados*. Este requisito surge em harmonia com o âmbito de aplicação do RGPD. De acordo com o disposto no artigo 1.º, n.º 1 do RGPD, o mesmo apenas se aplica quando o tratamento seja referente a dados pessoais de pessoas singulares, ficando excluída a sua aplicação ao tratamento de dados referentes a pessoas colectivas[55/56]. Deste modo, o conceito de dado pessoal, à partida, não abrange dados de pessoas colectivas, incluindo a sua denominação, forma jurídica, e até os seus contactos[57]. A exclusão das pessoas colectivas

[52] Veja-se o exemplo apresentado pelo GT 29: uma empresa de táxis instala um sistema de localização GPS nos seus automóveis para uma melhor gestão da sua frota. Os dados recolhidos não se destinam a avaliar o desempenho dos motoristas, mas em abstracto permitiriam fazê-lo. Cf. GT 29, *Parecer 6/2007 sobre o conceito de dados pessoais*, 01248/07/PT (WP 136), adoptado em 20 de Junho, pp. 11-12.

[53] GT 29, *Parecer 6/2007 sobre o conceito de dados pessoais*, 01248/07/PT (WP 136), adoptado em 20 de Junho, p. 11.

[54] GT 29, *Parecer 6/2007 sobre o conceito de dados pessoais*, 01248/07/PT (WP 136), adoptado em 20 de Junho, p. 12; Moritz Karg, *Datenschutzrecht, DSGVO mit BDSG*, Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmann (hrsg.), 1.ª ed., Nomos, Baden-Baden, 2019, anotação ao artigo 4.º, Rn. 37.

[55] Schild, *BeckOK Datenschutzrecht*, Brink/Wolff (hrsg.), 39.ª ed., C.H. Beck, München, 2022, anotação ao artigo 4.º, Rn. 5; Sanjay Sharma, *Data Privacy and GDPR Handbook*, Wiley, New Jersey, 2020, p. 47.

[56] São igualmente excluídas as demais realidades jurídicas não subjectiváveis, como as coisas e os animais, A. Barreto Menezes Cordeiro, *Comentário ao Regulamento Geral de Proteção de Dados e à Lei n.º 58/2019*, A. Barreto Menezes Cordeiro (coord.), 1.ª ed., Almedina, Coimbra, 2021, anotação ao artigo 4.º, p. 82;

[57] Cf. Considerando 14 e artigo 1.º, n.º 1 do RGPD. Todavia, é possível que a informação diga directa ou indirectamente respeito a pessoas singulares, e nesses casos já será merecedora

não é isenta de críticas[58/59], todavia este âmbito de aplicação encontra justificação nos próprios objectivos do RGPD e da protecção dados: defender os direitos e liberdades fundamentais das pessoas singulares[60].

Este requisito subjetivo não é isento de dificuldades, uma vez que é preciso determinar o que se entende por informação relativa a uma pessoa singular. No âmbito civil é frequente o recurso ao conceito de personalidade jurídica para justificar a protecção dos indivíduos[61]. A ligação entre a tutela dos dados pessoais e a personalidade jurídica permite, desde já, apontar para duas categorias de dados pessoais cuja protecção pode gerar dúvidas: os dados relativos a pessoas já falecidas e os dados relativos a nascituros.

O conceito de dados pessoais não abrange os dados de pessoas já falecidas, uma vez que não podem ser consideradas pessoas singulares, em virtude da cessação a sua personalidade jurídica[62]. Todavia, pode equacionar-se a possibilidade de os dados de pessoas falecidas beneficiarem de alguma

de protecção. Na jurisprudência, veja-se o Ac. do TJUE, de 9-Nov.-2010, Processo C-92/09 e C-93/09– ECLI:EU:C:2010:662 (*Schecke)*, 53-54.

58 A. Barreto Menezes Cordeiro, "Dados pessoais: conceito, extensão e limites", in *Revista de Direito Civil*, III, 2018, n.º 2, pp. 297-321(306-307); Gola, *Datenschutz-Grundverordnung – GS-GVO (EU) 2016/679 Kommentar*, Gola (hrsg.), 2.ª ed., C.H. Beck, München, 2018, anotação ao artigo 4.º, Rn. 23, a recondução do direito à autodeterminação informacional aos direitos de personalidade pode permitir a invocação de regimes jurídicos vigentes de forma a garantir a protecção das pessoas colectivas.

59 Perante a vigência da Directiva 95/46, o TJUE entendeu que não havia impedimentos a que os Estado-Membros alargassem o seu âmbito de aplicação às pessoas colectivas, desde que tal não fosse contrário a outras normas de Direito comunitário. Alguns Estados-Membros (v.g. a Itália, a Áustria ou o Luxemburgo) optaram, assim, por alargar a aplicação de algumas disposições das legislações nacionais ao tratamento de dados de pessoas colectivas. Sobre este ponto, veja-se ainda Schild, *BeckOK Datenschutzrecht*, Brink/Wolff (hrsg.), 39.ª ed., C.H. Beck, München, 2022, anotação ao artigo 4.º, Rn. 8, defendendo que também relativamente ao RGPD existe a possibilidade de alargamento do seu âmbito de aplicação.

60 Cf. artigo 1.º, n.º 2 do RGPD.

61 António Menezes Cordeiro/A. Barreto Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil*, IV, 5.ª ed., Almedina, Coimbra, 2019, pp. 327-370; António Menezes Cordeiro, *Código Civil Comentado*, Parte I, António Menezes Cordeiro (coord.), Almedina, Coimbra, 2020, anotação ao artigo 66.º, pp. 243-251.

62 Cf. artigo 68.º, n.º 1 do CC. Sobre este preceito, veja-se ainda António Menezes Cordeiro, *Código Civil Comentado*, Parte I, António Menezes Cordeiro (coord.), Almedina, Coimbra, 2020, anotação ao artigo 68.º, pp. 254-261.

protecção indirecta[63]. Basta pensar na hipótese de informações sobre pessoas vivas conterem igualmente referências a pessoas já falecidas[64].

O RGPD não consagrou normas quanto ao tratamento dos dados de pessoas falecidas, mas o legislador europeu atribuiu competências aos Estados-Membros para legislarem internamente sobre esta questão[65]. No ordenamento jurídico nacional essa possibilidade encontra-se concretizada no artigo 17.º da Lei de Execução[66].

Nos termos do artigo 17.º, n.º 1 da Lei de Execução, são merecedores de tutela jurídica os dados das pessoas falecidas que se: (i) integrem na categoria de dados especiais, do artigo 9.º, n.º 1 do RGPD, (ii) reportem à intimidade da vida privada, (iii) reportem à imagem[67] e (iv) os dados relativos às comunicações previstos no artigo 9.º, n.º 2 do RGPD[68]. De acordo com o n.º 2 do referido preceito, os direitos previstos no RGPD relativos aos dados de pessoas falecidas, nomeadamente os direitos de acesso, rectificação e apagamento são exercidos, por quem a pessoa falecida tiver designado para o efeito ou na sua falta, pelos respectivos herdeiros[69]. De acordo com

[63] O GT 29 indica pelo menos três casos em que tal pode suceder: (i) o responsável pelo tratamento sujeita todas as informações ao mesmo procedimento, não averiguando se a pessoa já faleceu; (ii) as informações contêm referências a pessoas ainda vivas; (iii) a informação sobre pessoas já falecidas pode estar sujeita a um protecção específica atribuída por um grupo de regras para além da legislação sobre protecção de dados (v.g. o sigilo médico). Sobre este ponto, veja-se ainda Schild, *BeckOK Datenschutzrecht*, Brink/Wolff (hrsg.), 39.ª ed., C.H. Beck, München, 2022, anotação ao artigo 4.º, Rn. 11-12.

[64] GT 29, *Parecer 6/2007 sobre o conceito de dados pessoais*, 01248/07/PT (WP 136), adoptado em 20 de Junho, pp. 23, veja-se o seguinte exemplo: A, já falecida, sofria de hemofilia – esta informação indica que o seu filho B também sofre da mesma doença, uma vez que está ligada ao gene contido no cromossoma X.

[65] Cf. Considerando 27.

[66] Lei n.º 58/2019, de 8 de Agosto.

[67] A. Barreto Menezes Cordeiro, *Direito da Proteção de Dados à luz do RGPD e da Lei n.º 58/2019*, Almedina, Coimbra, 2020, pp. 115-116, tecendo algumas críticas a este elenco, por não existir qualquer referência ao direito ao nome, à voz ou à palavra, não havendo, assim, uma correspondência com o catálogo dos direitos de personalidade.

[68] A. Barreto Menezes Cordeiro, *Comentário ao Regulamento Geral de Proteção de Dados e à Lei n.º 58/2019*, A. Barreto Menezes Cordeiro (coord.), 1.ª ed., Almedina, Coimbra, 2021, anotação ao artigo 17.º da Lei de Execução, p. 594, esta referência geral algumas dúvidas interpretativas, mas à luz de uma interpretação conforme ao RGPD, deve entender-se que se aplica apenas aos dados sensíveis.

[69] O elenco de direitos é meramente exemplificativo, abrangendo todos os direitos previstos no RGPD, A. Barreto Menezes Cordeiro, *Direito da Proteção de Dados à luz do RGPD e da Lei n.º 58/2019*, Almedina, Coimbra, 2020, pp. 118-119.

o artigo 17.º, n.º 3, os titulares dos dados podem limitar o exercício dos direitos, podendo abranger apenas alguns direitos ou até excluindo alguns herdeiros do seu exercício. À margem do universo das normas da protecção de dados pessoais, importa ainda fazer referência ao artigo 71.º, n.º 1 do Código Civil (doravante CC), que estabelece que os direitos de personalidade gozam igualmente de protecção após a morte do respectivo titular, e à criminalização das ofensas à memória de pessoa falecida, consagrada no artigo 185.º do Código Penal[70].

No texto do RGPD e nos Considerandos não se encontra qualquer referência à possibilidade de aplicação do diploma ao tratamento de dados pessoais de nascituros[71]. Parece poder entender-se, que também esta decisão foi confiada aos legisladores nacionais[72]. Não é um tema de somenos importância, uma vez que são vários os exemplos de informações que podem ser recolhidas, tais como ecografias e análises do líquido amniótico[73]. Contudo, a resposta a esta questão depende de uma tomada de posição sobre um dos problemas jurídicos mais controversos, a atribuição (ou não) de personalidade jurídica aos nascituros. Esta opção está dependente do posicionamento dos sistemas jurídicos nacionais acerca da protecção e direitos dos nascituros.

[70] A. Barreto Menezes Cordeiro, *Direito da Proteção de Dados à luz do RGPD e da Lei n.º 58/2019*, Almedina, Coimbra, 2020, p. 118. Sobre o artigo 71.º, veja-se ainda António Menezes Cordeiro, *Código Civil Comentado*, Parte I, António Menezes Cordeiro (coord.), Almedina, Coimbra, 2020, anotação ao artigo 71.º, p. 295, esclarecendo que a tutela *post mortem* é a protecção concedida ao direito que os familiares têm de exigir o respeito pelo descanso e pela memória dos seus mortos.

[71] Moritz Karg, *Datenschutzrecht, DSGVO mit BDSG*, Simitis/ Hornung/Spiecker gen. Döhmann (hrsg.), 1.ª ed., Nomos, Baden-Baden, 2019, anotação ao artigo 4.º, Rn. 40-41, referindo que essa falta de exclusão expressa pode ser indiciadora da possibilidade de aplicação do RGPD aos dados de nascituros.

[72] GT 29, *Parecer 6/2007 sobre o conceito de dados pessoais*, 01248/07/PT (WP 136), adoptado em 20 de Junho, p. 24.

[73] O GT 29 assinala que a questão pode ser particularmente relevante nos casos de embriões congelados, GT 29, *Parecer 6/2007 sobre o conceito de dados pessoais*, 01248/07/PT (WP 136), adoptado em 20 de Junho, p. 24. As novas tecnologias vieram prolongar a possibilidade de o estado de nascituro se prolongar para além de uma gravidez normal, precisamente através da congelação de embriões. Havendo aqui um período mais longo, justifica-se que as informações genéticas e médicas sejam alvo de protecção, Schild, *BeckOK Datenschutzrecht*, Brink/Wolff (hrsg.), 39.ª ed., C.H. Beck, München, 2022, anotação ao artigo 4.º, Rn. 10.

2.2.4. Identificada ou identificável

Finalmente, a informação tem que ser relativa a uma pessoa identificada ou identificável. O artigo 4.º, 1) do RGPD clarifica que uma pessoa é considerada identificável quando possa ser identificada directamente ou indirectamente, em especial por referência a um elemento identificador. Os elementos identificadores podem ser muito variados, incluindo um nome, um número de identificação, dados de localização, identificadores *online* ou ainda características especiais que exprimam condições físicas, fisiológicas ou genéticas[74].

Primeiramente, surge a expressão identificada cujo preenchimento tem sido alcançado através do termo directamente[75]. Uma pessoa poderá ser identificada directamente, sempre que a informação permita, de forma inequívoca, identificar essa pessoa sem que seja necessário o recurso a dados adicionais[76]. Isto é, quando uma pessoa singular, entre um grupo de pessoas, pode ser distinta das demais. A identificação geralmente é obtida através de informações especiais que têm uma relação privilegiada e próxima com a pessoa – são conhecidos como identificadores[77]. Os elementos identificadores podem ser suficientes para uma identificação directa da pessoa, mas tal irá sempre depender do contexto[78]. O nome será o identificador directo mais comum, mas nem sempre se mostra suficiente, podendo existir situações em que tem que ser combinado com outras infor-

[74] Schild, *BeckOK Datenschutzrecht*, Brink/Wolff (hrsg.), 39.ª ed., C.H. Beck, München, 2022, anotação ao artigo 4.º, Rn. 14.

[75] Schild, *BeckOK Datenschutzrecht*, Brink/Wolff (hrsg.), 39.ª ed., C.H. Beck, München, 2022, anotação ao artigo 4.º, Rn. 16; A. Barreto Menezes Cordeiro, *Comentário ao Regulamento Geral de Proteção de Dados e à Lei n.º 58/2019*, A. Barreto Menezes Cordeiro (coord.), 1.ª ed., Almedina, Coimbra, 2021, anotação ao artigo 4.º, p. 83;

[76] Ziebarth, *Europäische Datenschutzagrundverordnung Handkommentar*, Sydow (hrsg.), 2.ª ed., Nomos, Baden-Baden, 2018, anotação ao artigo 4.º, Rn. 23; Moritz Karg, *Datenschutzrecht, DSGVO mit BDSG*, Simitis/ Hornung/Spiecker gen. Döhmann (hrsg.), 1.ª ed., Nomos, Baden-Baden, 2019, anotação ao artigo 4.º, Rn. 49.

[77] GT 29, *Parecer 6/2007 sobre o conceito de dados pessoais*, 01248/07/PT (WP 136), adoptado em 20 de Junho, p. 13, por exemplo, sinais exteriores relativos ao físico da pessoa (altura, cor do cabelo, vestuário), ou uma característica da pessoa que não pode ser vista de forma imediata (profissão, função, nome).

[78] GT 29, *Parecer 6/2007 sobre o conceito de dados pessoais*, 01248/07/PT (WP 136), adoptado em 20 de Junho, p. 13, um nome ou um apelido pode não ser suficiente para identificar alguém se o contexto for a população inteira de um país, mas já será suficiente no caso de um aluno numa sala de aula.

mações, como a data de nascimento, o nome dos progenitores, a morada ou até uma fotografia[79].

Relativamente à segunda possibilidade, uma pessoa é identificável sempre que haja uma probabilidade razoável de o responsável pelo tratamento ou terceiros, conseguirem identificar a identidade do titular, através da conjugação com outras informações adicionais[80]. Esta categoria é particularmente relevante no caso das combinações únicas, em que o identificador não é suficiente para isolar a identidade de uma pessoa, mas combinado com outras informações permite distinguir alguém de forma conclusiva[81]. Esta possibilidade ganha uma relevância acrescida, considerando o crescente potencial de avaliação das tecnologias de informação e comunicação que permite cada vez mais a individualização de alguém utilizando as mais diversas informações, muitas das vezes até anónimas ou puramente factuais[82].

O Considerando 26 esclarece que, para determinar se uma pessoa é identificável, é necessário considerar todos os meios susceptíveis de ser razoavelmente utilizados para proceder a essa identificação. Tal significa que uma mera possibilidade hipotética de distinguir o indivíduo não é suficiente para concluir que essa pessoa é identificável[83].

Para determinar se a identificabilidade do indivíduo é, ou não, possível, há que considerar três variáveis: (i) o critério da razoabilidade, (ii) os factores a considerar e (iii) a relevância da informação detida por terceiros[84].

[79] GT 29, *Parecer 6/2007 sobre o conceito de dados pessoais*, 01248/07/PT (WP 136), adoptado em 20 de Junho, p. 13. Veja-se igualmente, Schild, *BeckOK Datenschutzrecht*, Brink/Wolff (hrsg.), 39.ª ed., C.H. Beck, München, 2022, anotação ao artigo 4.º, Rn. 16.

[80] Cf. Considerando 26. Esta hipótese é particularmente relevante tendo em conta as possibilidades técnicas que os modernos sistemas informáticos oferecem, facilitando assim a conjugação de informações. Neste sentido, veja-se Ernst, *Datenschutz-Grundverordnung – Bundesdatenschutzgesetz*, Paal/Pauly (hrsg.), 3.ª ed., C.H. Beck, München, 2021, anotação ao artigo 4.º, Rn. 9.

[81] GT 29, *Parecer 6/2007 sobre o conceito de dados pessoais*, 01248/07/PT (WP 136), adoptado em 20 de Junho, pp. 14-15, note-se que a possibilidade de identificar alguém não implica necessariamente descobrir o seu nome.

[82] Moritz Karg, *Datenschutzrecht, DSGVO mit BDSG*, Simitis/ Hornung/Spiecker gen. Döhmann (hrsg.), 1.ª ed., Nomos, Baden-Baden, 2019, anotação ao artigo 4.º, Rn. 53; Sanjay Sharma, *Data Privacy and GDPR Handbook*, Wiley, New Jersey, 2020, p. 47; Paul Voigt/Axel von dem Bussche, *The EU General Data Protection Regulation (GDPR)*, Springer, 2017, p. 13.

[83] Schild, *BeckOK Datenschutzrecht*, Brink/Wolff (hrsg.), 39.ª ed., C.H. Beck, München, 2022, anotação ao artigo 4.º, Rn. 18.

[84] A. Barreto Menezes Cordeiro, *Comentário ao Regulamento Geral de Proteção de Dados e à Lei n.º 58/2019*, A. Barreto Menezes Cordeiro (coord.), 1.ª ed., Almedina, Coimbra, 2021, anotação ao artigo 4.º, p. 83.

O critério da razoabilidade diz respeito à identificabilidade do titular[85]. Deste modo, deve ser feita uma apreciação probabilística para determinar se no contexto concreto é expectável que através da conjugação com outros elementos o responsável pelo tratamento ou um terceiro consigam apurar a identidade do titular. A assunção de um critério de razoabilidade é um reflexo da impossibilidade fáctica de garantir a anonimidade absoluta dos dados recolhidos[86].

Os factores a considerar estão exemplificativamente indicados no Considerando 26 do RGPD. São factores objectivos, os custos e o tempo necessário para a identificação, tendo em conta a tecnologia disponível à data do tratamento, e a evolução tecnológica, e as demais informações disponíveis, ainda que estas sejam livremente disponibilizadas pelo seu titular[87]. Tem-se entendido que basta que a tecnologia ou as informações estejam disponíveis para a generalidade das pessoas e não especificamente para o responsável pelo tratamento[88]. Estamos perante uma variável dinâmica, que pode depender do estado de desenvolvimento da tecnologia no momento do tratamento e as possibilidades de evolução durante o período para o qual os dados serão tratados ou armazenados[89].

Por último, cabe ponderar a relevância das informações detidas por terceiros. É pacífico que a pessoa será identificável sempre que o responsável pelo tratamento dos dados possa aceder a informação adicional que, conjugada com a informação que já possui, permita a identificação do titular dos dados. Contudo, não é clara qual a relevância ou irrelevância dos

[85] Ziebarth, *Europäische Datenschutzagrundverordnung Handkommentar*, Sydow (hrsg.), 2.ª ed., Nomos, Baden-Baden, 2018, anotação ao artigo 4.º, Rn. 23.

[86] A. Barreto Menezes Cordeiro, *Direito da Proteção de Dados à luz do RGPD e da Lei n.º 58/2019*, Almedina, Coimbra, 2020, p. 123.

[87] A. Barreto Menezes Cordeiro, *Comentário ao Regulamento Geral de Proteção de Dados e à Lei n.º 58/2019*, A. Barreto Menezes Cordeiro (coord.), 1.ª ed., Almedina, Coimbra, 2021, anotação ao artigo 4.º, p. 83, refere que devem ser consideradas as informações obtidas de forma ilícita, desde que possam contribuir para a identificação do titular.

[88] Ernst, *Datenschutz-Grundverordnung – Bundesdatenschutzgesetz*, Paal/Pauly (hrsg.), 3.ª ed., C.H. Beck, München, 2021, anotação ao artigo 4.º, Rn. 11, é suficiente que as informações adicionais sejam acessíveis e alcançáveis, ainda que tal exija algum esforço por parte do responsável pelo tratamento.

[89] GT 29, *Parecer 6/2007 sobre o conceito de dados pessoais*, 01248/07/PT (WP 136), adoptado em 20 de Junho, pp. 15-16, porventura se os dados forem armazenados durante um período de 10 anos, o responsável pelo tratamento deverá considerar a possibilidade de a identificação surgir e nessa altura tornarem-se dados pessoais.

conhecimentos detidos por terceiros, existindo duas principais teses que se confrontam: (i) a teoria relativa e a (ii) teoria objectiva[90].

A teoria relativa (ou subjectiva)[91] circunscreve a análise da razoabilidade aos meios e conhecimentos detidos pelo responsável pelo tratamento, enquanto a teoria objectiva (ou absoluta)[92] preconiza uma análise abstracta que considere os meios e os conhecimentos detidos pelo responsável e também por terceiros.

O TJUE já teve oportunidade de se pronunciar sobre esta questão no acórdão *Breyer*[93]. Nesta decisão o TJUE reconheceu a relevância jurídica dos conhecimentos e dos meios detidos por terceiros. Neste acórdão o TJUE reconheceu que para uma informação ser qualificada como dado pessoal, não será necessário que essa informação permita, por si só, identificar a pessoa em causa e considerou os IPs dinâmicos[94] como dados pessoais, na medida em que o prestador de serviços de meios de comunicação em linha possa dispor de meios legais que lhe permitam a identificação da pessoa em causa, graças às informações suplementares que o fornecedor de acesso à *internet* dessa pessoa disponha[95]. O entendimento do TJUE não se reconduz claramente a uma das teses anteriormente enunciadas: por um lado rejeita a teoria relativa, mas simultaneamente parece, igualmente, rejeitar a teoria objectiva no seu estado mais puro[96].

No RGPD a menção aos conhecimentos detidos por terceiros, surge no Considerando 26, onde se pode ler que "*(...) importa considerar todos os meios suscetíveis de ser razoavelmente utilizados, tais como a seleção, quer pelo responsável*

[90] Sobre este ponto, veja-se com maior detalhe A. Barreto Menezes Cordeiro, *Direito da Proteção de Dados à luz do RGPD e da Lei n.º 58/2019*, Almedina, Coimbra, 2020, pp. 126-129.

[91] Moritz Karg, *Datenschutzrecht, DSGVO mit BDSG*, Simitis/ Hornung/Spiecker gen. Döhmann (hrsg.), 1.ª ed., Nomos, Baden-Baden, 2019, anotação ao artigo 4.º, Rn. 59.

[92] Moritz Karg, *Datenschutzrecht, DSGVO mit BDSG*, Simitis/ Hornung/Spiecker gen. Döhmann (hrsg.), 1.ª ed., Nomos, Baden-Baden, 2019, anotação ao artigo 4.º, Rn. 58.

[93] Ac. do TJUE, de 19-Out.-2016, Processo C-582/14– ECLI:EU:C:2016:779 (*Breyer*).

[94] Ac. do TJUE, de 19-Out.-2016, Processo C-582/14– ECLI:EU:C:2016:779 (*Breyer*), 36-37, os IPS dinâmicos, correspondem a endereços provisórios que são atribuídos aquando de cada conexão à *internet* e substituídos nas conexões posteriores.

[95] Ac. do TJUE, de 19-Out.-2016, Processo C-582/14– ECLI:EU:C:2016:779 (*Breyer*), 44-48.

[96] Ziebarth, *Europäische Datenschutzagrundverordnung Handkommentar*, Sydow (hrsg.), 2.ª ed., Nomos, Baden-Baden, 2018, anotação ao artigo 4.º, Rn. 37; A. Barreto Menezes Cordeiro, *Direito da Proteção de Dados à luz do RGPD e da Lei n.º 58/2019*, Almedina, Coimbra, 2020, p. 129; Moritz Karg, *Datenschutzrecht, DSGVO mit BDSG*, Simitis/ Hornung/Spiecker gen. Döhmann (hrsg.), 1.ª ed., Nomos, Baden-Baden, 2019, anotação ao artigo 4.º, Rn. 60-61.

pelo tratamento quer por outra pessoa, para identificar direta ou indiretamente a pessoa singular". Esta referência parece indicar que devem ser considerados os meios detidos por terceiros, mas apenas aqueles que possam ser razoavelmente utilizados[97].

Assim, podemos concluir que o titular dos dados será identificável: (i) se qualquer pessoa tiver os meios necessários para aceder a mais informação, em especial se essa informação for pública, (ii) se o responsável pelo tratamento tiver os meios necessários para aceder a mais informação, e (iii) se um terceiro concreto tiver os meios necessários para aceder a mais informação[98].

Surge uma última questão relacionada ainda com os conhecimentos ou meios detidos por terceiros: como pode o responsável pelo tratamento, ou as respectivas entidades de controlo, ter conhecimento dos meios detidos por cada terceiro? Tem-se sido defendido que do ponto de vista do responsável, apenas será possível que este seja responsabilizado, se para o declaratário normal e atendendo aos pormenores do caso concreto, fosse expectável que o terceiro tivesse à sua disposição os meios necessários para desvendar a identidade dos titulares anónimos, por ele detidos[99].

Independentemente da tese sustentada existem algumas situações que reúnem o consenso da doutrina, relativamente aos conhecimentos detidos por terceiros, nomeadamente as hipóteses de informações disponibilizadas ao público em geral e os casos em que o responsável pelo tratamento transmitir informações a terceiros que detenham especiais conhecimentos ou meios, independentemente de trabalharem ou não com ele[100].

As normas do RGPD e os princípios da protecção de dados não se destinam a proteger dados que sejam anónimos, ou seja, que não digam respeito a uma pessoa singular identificada ou identificável, ou a dados pessoais que

[97] A. Barreto Menezes Cordeiro, *Direito da Proteção de Dados à luz do RGPD e da Lei n.º 58/2019*, Almedina, Coimbra, 2020, pp. 130-131, afasta-se do entendimento proposto pelo TJUE, que abrange apenas os lícitos.

[98] A. Barreto Menezes Cordeiro, *Comentário ao Regulamento Geral de Proteção de Dados e à Lei n.º 58/2019*, A. Barreto Menezes Cordeiro (coord.), 1.ª ed., Almedina, Coimbra, 2021, anotação ao artigo 4.º, p. 84.

[99] A. Barreto Menezes Cordeiro, *Direito da Proteção de Dados à luz do RGPD e da Lei n.º 58/2019*, Almedina, Coimbra, 2020, p. 131, referindo que estamos perante um critério de boa-fé subjectiva ética.

[100] A. Barreto Menezes Cordeiro, *Direito da Proteção de Dados à luz do RGPD e da Lei n.º 58/2019*, Almedina, Coimbra, 2020, p. 127; Paul Voigt/Axel von dem Bussche, *The EU General Data Protection Regulation (GDPR)*, Springer, 2017, p. 12.

tenham sido anonimizados e o titular já não possa ser identificado[101]. Deste modo fica excluído do âmbito do RGPD os tratamento de dados anónimos, incluindo para fins estatísticos ou de investigação[102].

Conclusões

O conceito de dados pessoais é um elemento central na aplicação do RGPD e consequentemente na garantia da protecção dos direitos e liberdades fundamentais dos seus titulares. Além disso, é este conceito que permite definir o âmbito de aplicação material do RGPD.

A origem da definição de dados pessoais, consagrada actualmente no RGPD, remonta aos anos 80 e resulta de uma notória continuidade dos elementos que compõem este conceito, no âmbito Direito comunitário e no espaço jurídico europeu.

Os dados pessoais são qualquer informação relativa a uma pessoa singular identificada ou identificável. Esta definição pode ser decomposta em quatro elementos essenciais, de verificação cumulativa: (i) qualquer informação, (ii) relativa a (iii) uma pessoa singular, (iv) identificada ou identificável. Estes elementos estão relacionados entre si e determinam, mediante a sua verificação, que uma informação seja qualificada como dados pessoais.

O primeiro elemento apela a uma interpretação ampla de informação, sendo assim indiciadora de que estamos perante um conceito de contornos bastante amplos. Abrange todos os tipos de informação, independentemente da sua natureza objectiva ou subjectiva, do seu conteúdo e do formato ou do meio que foi utilizado para a sua recolha ou armazenamento.

O segundo elemento corresponde a um elemento relacional, na medida em que a informação tem que ter uma ligação a uma pessoa singular.

[101] Schild, *BeckOK Datenschutzrecht*, Brink/Wolff (hrsg.), 39.ª ed., C.H. Beck, München, 2022, anotação ao artigo 4.º, Rn. 15. Sobre o regime jurídico dos dados pessoais anonimizados no âmbito do RGPD, cf. Augusto Cesar Torbay, *"A anonimização enquanto mecanismo de proteção de dados pessoais à luz da atua conjuntura legislativa europeia"*, in *Anuário da Proteção de Dados*, Graça Canto Moniz/Francisco Pereira Coutinho (coord.), Cedis, Lisboa, 2020, pp. 49-79 (52-57).

[102] Considerando 26. Assinalando que o RGPD não prevê no seu corpo uma definição de dados anónimos, nem de dados factuais, cf. Moritz Karg, *Datenschutzrecht, DSGVO mit BDSG*, Simitis/ Hornung/Spiecker gen. Döhmann (hrsg.), 1.ª ed., Nomos, Baden-Baden, 2019, anotação ao artigo 4.º, Rn. 19-21. Os dados factuais podem ser definidos pela ideia de que correspondem a conteúdo meramente informacional, que não se refere a uma pessoa, mas sim a objectos.

A informação pode ser considerada relativa uma pessoa singular sempre que se verifique um elemento de conteúdo, de finalidade ou de resultado. Para existir uma relação entre os dados e a pessoa singular, os três elementos analisados não têm de se verificar cumulativamente e é possível que a informação diga respeito a mais do que uma pessoa.

O terceiro elemento determina o âmbito subjectivo. De acordo com este requisito, os dados têm que respeitar a uma pessoa singular, o titular dos dados. Contudo, existem algumas situações duvidosas e algo controversas, nomeadamente os dados de pessoas colectivas, os dados de pessoas já falecidas e os dados dos nascituros.

Por fim, o quarto elemento corresponde à possibilidade de a pessoa singular ser identificada ou identificável. A problemática deste elemento gira em torno da possibilidade de identificabilidade de alguém, em especial dos meios de podem ser razoavelmente utilizados pelo responsável pelo tratamento e nos conhecimentos detidos por terceiros que permitam identificar uma pessoa de forma inequívoca.

A PROTECÇÃO DE DADOS PESSOAIS DO CONSUMIDOR

Daniela Rodrigues de Sousa[1]

Resumo: *A protecção de dados e a protecção do consumidor são duas áreas essenciais em qualquer sociedade moderna. Nas relações de consumo torna-se cada vez mais evidente a necessidade de acautelar os dados dos consumidores e as grandes vantagens que estes podem representar para os fornecedores de bens e serviços. Assim, justifica-se uma análise das principais normas que garantem a protecção dos dados pessoais do consumidor.*

Palavras-chave: *(i) dados pessoais; (ii) RGPD; (iii) direito da protecção do consumidor; (iv) tratamento de dados pessoais.*

Sumário: *Introdução;* § **1.** *A tutela do consumidor; 1.1 Noções preliminares do Direito do consumo – o quadro legal em vigor; 1.2. Notas gerais sobre a LDC; 1.2.1 Âmbito de aplicação da LDC e o conceito de consumidor; 1.3. Quadro geral da protecção do consumidor na LDC e a protecção dos dados pessoais do consumidor;* § **2.** *A protecção de dados pessoais do consumidor; 2.1. Quadro legal anterior e legislação actual – em especial o RGPD; 2.2. Âmbitos de aplicação do RGPD e as relações de consumo; 2.2.1. Âmbito de aplicação material; 2.2.2. Âmbito de aplicação territorial; 2.3. Tratamento de dados pessoais do consumidor; 2.4. Fundamentos de licitude do tratamento de dados pessoais; 2.4.1. Consentimento – artigo 6.º, n.º 1, alínea a) do RGPD; 2.4.2. Execução do contrato e diligências pré-contratuais – artigo 6.º, n.º 1, alínea b) do RGPD; 2.5. Tratamentos subsequentes e o princípio da limitação das finalidades – artigo 5.º, n.º 1, alínea b) e artigo 6.º, n.º 4 do RGPD;*

[1] Assistente Convidada da Faculdade de Direito de Lisboa. Investigadora do Centro Investigação de Direito Privado.

2.5.1. Limitação das finalidades; 2.5.2. Tratamentos subsequentes; 2.6. Outros diplomas relacionados com a protecção de dados pessoais do consumidor. Conclusão.

Introdução

O Direito da protecção de dados e a tutela do consumidor são duas temáticas fulcrais na sociedade moderna e global da actualidade. Apesar da crescente importância destas duas áreas, a sua génese remonta à década de 60, época em que se começaram a identificar os riscos do tratamento automatizado de dados para a privacidade dos indivíduos e simultaneamente a notar a necessidade de tutela dos consumidores[2].

Os consumidores são expostos a práticas e formas de comunicação e tratamento que podem comportar riscos para a sua privacidade e em especial para a protecção dos seus dados. O tratamento automatizado dos dados e a introdução da inteligência artificial no processo permite que o mesmo seja feito em grandes escalas e de forma mais intensa, resultando em maiores perigos para os seus titulares, designadamente fenómenos de discriminação e limitação de escolha[3].

A isto, acresce a assimetria informacional e a crescente tendência para encarar os dados pessoais como bens que podem ser objecto de transações, uma vez que possuem um valor económico considerável. Os dados pessoais dos consumidores permitem o acesso a informações que são importantes para as empresas uma vez que podem ser úteis para realizar análises

[2] Quanto à génese do Direito do consumo, cf. José Engrácia Antunes, *Direito do Consumo* (reimpressão), Almedina, Coimbra, 2021, pp. 12-13; Relativamente ao Direito da protecção de dados, cf. A. Barreto Menezes Cordeiro, *Direito da Proteção de Dados à luz do RGPD e da Lei n.º 58/2019*, Almedina, Coimbra, 2020, pp. 37 e ss.; Joel. A Alves, *O Novo Modelos de Proteção de Dados Pessoais Europeu*, Almedina, Coimbra, 2021, pp. 23 e ss. notando que as primeiras tentativas de regulação apenas surgem na década de 70.

[3] Sobre estes perigos cf. Mafalda Miranda Barbosa, "Proteção de Dados, Consentimento e Tutela do Consumidor", in *Estudos de Direito do Consumidor*, António Pinto Monteiro (dir.), Centro de Direito do Consumo, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2019, pp. 37-90 (38-40). A Autora refere concretamente três problemas: (i) *boxing*, que se caracteriza pela publicidade ser adaptada ao perfil do consumidor, limitando a sua escolha; (ii) comportamentos discriminadores, tais como o método do *adaptative pricing*, que corresponde à variação de preços em função do perfil do consumidor e (iii) a problemática das comunicações não solicitadas, também denominada *spam*. Sobre esta última problemática veja-se, em especial, Luís Menezes Leitão, "A distribuição de mensagens de correio electrónico indesejadas (SPAM)", in *Direito da Sociedade da Informação*, Vol. IV, Associação Portuguesa do Direito Intelectual, Coimbra Editora, Coimbra, 2003, pp. 191-212.

de mercado, definir o público-alvo e fundamentar a adopção de estratégias que permitam maximizar os lucros.

Neste artigo pretendemos tecer algumas reflexões acerca da relação que se estabelece entre o Direito da protecção de dados e a tutela do consumidor, especialmente no que concerne à protecção dos dados pessoais do consumidor. Para tal, vamos estruturar o nosso escrito em duas partes: uma primeira dedicada à tutela do consumidor e uma segunda onde cuidaremos da matéria da protecção de dados pessoais, em especial as questões particularmente relacionadas com as relações de consumo.

Não pretendemos elaborar uma análise exaustiva das matérias abordadas, mas sim demonstrar algumas conexões que se podem estabelecer entre a tutela do consumidor e o Direito da protecção de dados. Procuraremos apresentar os traços gerais da tutela do consumidor, bem como do regime actualmente em vigor relativo à protecção de dados pessoais, fazendo especial menção a algumas normas que evidenciam uma maior ligação às relações de consumo.

§1. A tutela do consumidor

1.1. Noções preliminares do Direito do consumo – o quadro legal em vigor

A génese do Direito do consumo remonta aos anos 60, tendo origem em movimentos espontâneos de organização social dos consumidores nos Estado Unidos da América, tendo posteriormente levado à intervenção dos poderes públicos no sentido de garantir a consagração de mecanismos de tutela para o consumidor[4].

As relações entre os vários agentes do mercado sofreram transformações significativas com a surgimento das designadas sociedades de consumo, verificando-se um desequilíbrio entre aqueles que produzem e distribuem os produtos e os seus destinatários finais[5]. O funcionamento do mercado,

[4] José Engrácia Antunes, *Direito do Consumo* (reimpressão), Almedina, Coimbra, 2021, pp. 12-13, assinalando a importância da mensagem do Presidente John F. Kennedy, dirigida ao Congresso norte-americano, em 15 de Março de 1962, em que reconheceu o carácter universal da protecção dos direitos dos consumidores, tais como os direitos à segurança, à protecção dos seus interesses económicos, à informação e à escolha.

[5] José Engrácia Antunes, *Direito do Consumo* (reimpressão), Almedina, Coimbra, 2021, p.12, realçando que tal sucede, uma vez que estamos perante um universo de trocas massi-

nestes termos, revelou paulatinamente a necessidade de protecção do consumidor por este se encontrar numa posição mais débil face aos distribuidores e produtores e pela insuficiência dos quadros legais tradicionais para garantir a sua tutela[6].

A grande maioria dos ordenamentos jurídicos modernos possui, actualmente, normas e diplomas que visam garantir a tutela do consumidor[7], sendo inclusive uma das prioridades da política legislativa no seio da União Europeia[8].

Em Portugal, a génese do Direito do consumidor remonta aos anos 80 mas o diploma que actualmente assume destaque é a Lei de Defesa do Consumidor (doravante LDC)[9], não olvidando que estamos perante maté-

ficadas e de uma pluralidade quase interminável de bens e serviços que são disponibilizados aos consumidores. A par disso, existem sofisticadas técnicas de *marketing* e venda, aliadas a uma contratação feita através de cláusulas padronizadas, cuja compreensão escapa muitas vezes aos consumidores sendo estes incapazes de avaliar a qualidade dos produtos e serviços ou as demais condições de negociação.

[6] José Engrácia Antunes, *Direito do Consumo* (reimpressão), Almedina, Coimbra, 2021, pp. 12-13.

[7] Veja-se, a título de exemplo, a *Ley Genereal para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, de 16 de Novembro de 2007 (Espanha), o *Code de la Consommation*, de 1 de Julho de 2016 (França), *The Consumers Rights Act,* de 2015 (Reino Unido), o *Codice del Consumo*, de 2005 (Itália) e ainda o reconhecimento da figura do consumidor no §13 do BGB. Com indicação das leis destinadas à protecção do consumidor, cf. José Engrácia Antunes, *Direito do Consumo* (reimpressão), Almedina, Coimbra, 2021, pp. 13-14, e em especial sobre as fontes nacionais, europeias e internacionais, pp. 16-25.

[8] Veja-se, a título de exemplo, a Nova Agenda do Consumidor, aprovada a 13 de Novembro de 2020, COM(2020) 696 final, onde se reflectem preocupações relacionadas com a pandemia de COVID-19 e o seu impacto nas relações de consumo e na protecção dos direitos e interesses dos consumidores. A protecção do consumidor encontra a sua base jurídica nos artigos 4.º, n.º 2 alínea *f)*, 12.º, 114.º e 169.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, bem como no artigo 38.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. Sobre as fontes europeias do Direito do consumo, veja-se José Engrácia Antunes, *Direito do Consumo* (reimpressão), Almedina, Coimbra, 2021, pp. 21-23 e em especial Ana M. Guerra Martins, "Direito Comunitário do Consumo", in *Estudos do Instituto de Direito do Consumo*, Vol. I, Luís Menezes Leitão (coord.), Almedina, Coimbra, 2002, pp. 63-91.

[9] Lei n.º 24/96, de 31 de Julho, que estabelece o regime legal aplicável à defesa dos consumidores e revogou a Lei n.º 29/81, de 22 de Agosto, com as últimas alterações introduzidas pela Lei n.º 63/2019, de 16 de Agosto. Acerca da evolução histórica do Direito do consumo em Portugal, cf. José Engrácia Antunes, *Direito do Consumo* (reimpressão), Almedina, Coimbra, 2021, pp.15-20, Carlos Ferreira de Almeida, Os Direitos dos Consumidores, Almedina, Coimbra, 1982, pp. 39-43.

ria que goza da protecção constitucional e se insere na temática dos direitos fundamentais[10].

Ademais à LDC, encontramos no ordenamento jurídico nacional um vasto conjunto de legislação dispersa dedicada ao Direito do consumo[11]. Não cabe no âmbito deste estudo uma análise pormenorizada destes diplomas, mas revela-se conveniente traçarmos as coordenadas gerais da protecção do consumidor que resultam da LDC.

1.2. Notas gerais sobre a LDC

A LDC possui uma estrutura relativamente simples, principiando por uma noção de consumidor (artigo 3.º) e pela consagração dos seus direitos (artigos 3.º a 15.º) com carácter injuntivo (artigo 16.º), dispondo ainda sobre as instituições de promoção e tutela dos direitos do consumidor (artigos 17.º a 22.º). A doutrina tem entendido que a LDC constitui uma trave-mestra da política do consumo, devendo ser encarada como uma lei-quadro ou lei de bases, onde estão consagrados os princípios gerais destinados à protecção do consumidor, mas que carece de regulamentação posterior[12]. Não obstante, também encontramos na LDC normas de aplicação directa e imediata. Antes de encetarmos uma breve análise do catálogo geral dos direitos do consumidor, é imprescindível delimitar o âmbito de aplicação subjectivo da LDC, e em especial densificar o conceito de consumidor.

1.2.1. Âmbito de aplicação da LDC e o conceito de consumidor

A densificação do conceito de consumidor é o ponto de partida para a definição do âmbito de aplicação da LDC e de algumas normas de Direito do consumo. A noção de consumidor não é isenta de algumas indefinições a nível legislativo, jurisprudencial e doutrinal[13]. Como veremos de seguida,

[10] Cf. artigo 60.º da Constituição da República Portuguesa.

[11] Com indicações legislativas, sublinhando que esta será quantitativamente a fonte mais relevante do Direito do consumo, José Engrácia Antunes, *Direito do Consumo* (reimpressão), Almedina, Coimbra, 2021, pp.18-19.

[12] Neste sentido, José Engrácia Antunes, *Direito do Consumo* (reimpressão), Almedina, Coimbra, 2021, pp.18 e 76-78; Elionora Cardoso, *Lei de Defesa do Consumidor –Comentada e Anotada*, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, anotação ao artigo 1.º, p. 20. Na jurisprudência veja-se o Ac. do STJ, de 17-Out.-2019, Processo n.º 1066/14.1T8PDL.L1.S1 (Oliveira Abreu), referindo-se à LDC como lei-quadro que regula os actos de consumo.

[13] José Engrácia Antunes, *Direito do Consumo* (reimpressão), Almedina, Coimbra, 2021, p. 46.

o preceito essencial para a densificação deste conceito é o artigo 2.º, n.º 1 da LDC, mas a par dessa definição é possível encontrarmos noções sectoriais do conceito de consumidor em leis especiais de Direito do consumo a nível nacional, europeu e até mesmo internacional[14/15]. O conceito de consumidor tem ainda sido densificado pelo labor da jurisprudência[16]. Estes dados permitem afirmar que não é possível encontrarmos uma noção jurídica unitária e universal de consumidor, sendo um conceito funcional, que reflecte os critérios de apreensão e relevância próprios dos sectores ou diplomas que reclamam a sua aplicação[17]. Não obstante, para encetar a nossa análise, tomaremos como ponto de partida a definição de consumidor consagrada na LDC.

De acordo com o disposto no artigo 2.º, n.º 1 da LDC, "considera-se consumidor todo aquele a quem sejam fornecidos bens, prestados serviços ou transmitidos quaisquer direitos, destinados a uso não profissional, por pessoa que exerça com carácter profissional uma atividade económica que vise a obtenção de benefícios". Esta definição difere, ligeiramente, da constante na legislação pretérita[18].

Considerando a actual definição constante do artigo 2.º, n.º 1 da LDC, é possível decompor o conceito de consumidor em quatro elementos:

[14] Cf. a título exemplificativo as definições constantes: do artigo 4.º, n.º 1, alínea *a)* do DL n.º 133/2009, de 2 de Junho, referente aos contratos de crédito a consumidores; artigo 3.º, alínea *a)* do DL n.º 57/2008, de 26 de Março, referente às práticas comerciais desleais; artigo 3.º, alínea *d)* da Lei n.º 144/2015, de 8 de Setembro, que estabelece o enquadramento jurídico dos mecanismos de resolução extrajudicial de litígios de consumo; artigo 2.º da Directiva 2011/83/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, relativa aos direitos dos consumidores.

[15] José Engrácia Antunes, *Direito do Consumo* (reimpressão), Almedina, Coimbra, 2021, pp. 47-49.

[16] Na jurisprudência, cf. Ac. do TRL, de 22-Mai.-2018, Processo n.º 13213/15.1T8LSB.L2-1 (Isabel Fonseca) ou Ac. do STJ, de 3-Mar.-2017, Processo n.º 212/11.1T2AVR-B.P1.S1 (Júlio Gomes), onde se sublinha que *" o conceito de consumidor não é unívoco, podendo, mesmo do ponto de vista do direito, serem-lhe atribuídos diferentes sentidos."*

[17] Assim, José Engrácia Antunes, *Direito do Consumo* (reimpressão), Almedina, Coimbra, 2021, p. 49.

[18] Cf. artigo 2.º da Lei n.º 29/81, de 22 de Agosto: *"(Definição de consumidor) Para os efeitos da presente lei, considera-se consumidor todo aquele a quem sejam fornecidos bens ou serviços destinados ao seu uso privado por pessoa singular ou colectiva que exerça, com carácter profissional, uma actividade económica."* Para uma análise desta definição, veja-se Carlos Ferreira de Almeida, *Os Direitos dos Consumidores*, Almedina, Coimbra, 1982, pp. 221-223.

(i) elemento subjectivo activo, (ii) elemento subjectivo passivo, (iii) elemento objectivo e (iv) elemento teleológico[19].

Principiando pelo elemento subjectivo activo, este corresponde à pessoa a quem sejam fornecidos bens, prestados serviços ou transmitidos direitos para uso não profissional[20]. Em sentido amplo, podemos dizer que será consumidor todo aquele que adquire ou utiliza determinados bem ou serviços. Não obstante, a LDC consagrou uma noção restrita de consumidor, atendendo ao destino dos bens ou serviços que são adquiridos, devendo estes destinar-se a uso não profissional. Para efeitos da aplicação da LDC, apenas releva aquele que pode ser considerado consumidor final, ou seja, o indivíduo que adquire bens ou serviços para uso privado, visando a satisfação das suas necessidades pessoais, familiares ou domésticas. Não integram o conceito de consumidor aqueles que adquirem bens ou serviços que se destinem a satisfazer necessidades empresariais ou profissionais.

Cumpre assinalar que na grande maioria das situações o consumidor será uma pessoa singular. Tal encontra-se intrinsecamente ligado à característica que enunciámos anteriormente, o uso privado dos bens o serviços direccionado para a satisfação de necessidades pessoais ou familiares. Mas poderá o consumidor ser uma pessoa colectiva? Esta questão tem colhido respostas divergentes por parte da doutrina e jurisprudência nacionais.

O legislador nacional não adoptou uma opção expressa, uma vez que a LDC se limita a fazer referência a " todo aquele a quem sejam fornecidos bens, prestados serviços ou transmitidos direitos", não indicando de forma clara o âmbito de aplicação subjectivo do diploma. Contudo, a restrição do conceito de consumidor ao domínio das pessoas físicas parece ser um traço característico do Direito europeu do consumidor e da generalidade das legislações[21], pelo que parte da doutrina nacional defende que as pessoas

[19] José Engrácia Antunes, *Direito do Consumo* (reimpressão), Almedina, Coimbra, 2021, p. 47. De modo ligeiramente distinto, veja-se David Falcão, *Lições de Direito do Consumo*, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2020, referindo-se ao elemento subjectivo passivo como elemento relacional, pp. 17 e 24.

[20] A referência à transmissão de direitos não constava da redação anterior à LDC.

[21] Cf., por exemplo, o artigo 2.º, n.º 1 da Directiva 2011/83/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de Outubro, relativa aos direitos dos consumidores, onde se refere expressamente que o consumidor é uma pessoa singular. Com uma definição semelhante, veja-se ainda, o artigo 2.º, *b)* da Directiva 93/13/CEE do Conselho, de 5 de Abril, relativa às cláusulas abusivas nos contratos celebrados com consumidores, o artigo 2.º, *e)* da Directiva 2000/31/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 8 de Junho, relativa ao comércio electrónico. A noção restrita de consumidor às pessoas singulares também já foi confir-

colectivas não podem integrar a noção de consumidor[22]. De modo diverso, alguns autores sustentam que as pessoas colectivas também podem revestir a qualidade de consumidor[23].

Relativamente à problemática que nos ocupa, a protecção de dados pessoais, esta discussão mostra-se pouco relevante. Como veremos de seguida, as pessoas colectivas não são abrangidas pelo âmbito de aplicação do Regulamento Geral de Protecção de Dados (doravante RGPD)[24].

1.3. Quadro geral da protecção do consumidor na LDC e a protecção dos dados pessoais do consumidor

A LDC estabelece mecanismos de protecção do consumidor que podem ser agrupados em duas categorias principais: os meios de tutela substantivos e os meios de tutela processuais[25]. Os primeiros consagram direitos de natureza substantiva onde podemos incluir: (i) o direito à qualidade dos bens e serviços, (ii) o direito à protecção da saúde e da segurança física, (iii) o direito à formação e à educação para o consumo, (iv) o direito à informação e (v) o direito à protecção dos interesses económicos. Todavia, a efectividade destes direitos está dependente da consagração de mecanismos processuais adequados que lhe confiram possibilidade de aplicação prática. Assim, a LDC consagra ainda (i) o direito à prevenção e à reparação de danos e (ii) o direito à protecção jurídica e ao acesso à justiça.

Curiosamente, no elenco de direitos do consumidor constante da LDC não se vislumbra qualquer menção à matéria da protecção de dados. Ao contrário do que sucede noutros ordenamentos jurídicos, o legislador

mada pelo TJUE, a propósito da Diretiva 93/13/CEE, no Ac. do TJUE 22-Nov.-2001, proc. C-541/99 e C-542/99 (*Cape SnC v. Idealservice Sr*), 16-17. Nas legislações estrangeiras também há referências expressas ao consumidor apenas como pessoa singular, v.g., o §13 do BGB, o artigo 1.º do *Code de la Consommation* e o artigo 3.º, n.º 1, alínea *a)* do *Codice del Consumo*.

[22] Neste sentido, Teresa Almeida, *Lei de Defesa do Consumidor – Anotada*, Instituto do Consumidor, Lisboa, 1997, anotação ao artigo 2.º, p. 28.

[23] Assim, Jorge Morais Carvalho, *Manual de Direito do Consumo*, 4.ª ed., Almedina, Coimbra, 2017, p. 24; Jorge Pegado Liz, *Introdução ao Direito e à Política do Consumo*, Notícias Editorial, Lisboa, 1999, pp. 186-187 e p. 218; Elionora Cardoso, *Lei de Defesa do Consumidor –Comentada e Anotada*, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, anotação ao artigo 2.º, pp. 25-26. Com uma posição intermédia, José Engrácia Antunes, *Direito do Consumo* (reimpressão), Almedina, Coimbra, 2021, pp. 70-71.

[24] Cf. artigo 1.º, n.º 1 do RGPD.

[25] José Engrácia Antunes, *Direito do Consumo* (reimpressão), Almedina, Coimbra, 2021, pp. 82-83.

português não dedicou qualquer preceito da LDC à protecção de dados do consumidor, sendo essa matéria reservada para os diplomas especificamente dedicados a esse ramo jurídico. Esta opção suscita desde logo a necessidade de analisar quais as normas em vigor em matéria de protecção de dados, questionar a sua aplicação e eventuais especificidades relativamente às relações com consumidores.

A este ponto dedicaremos a segunda parte do nosso escrito.

§2. A protecção de dados pessoais do consumidor

2.1. Quadro legal anterior e legislação actual – em especial o RGPD

Em Portugal a protecção de dados é reconhecida como um direito fundamental, desde 1976, no artigo 35.º da Constituição da República Portuguesa. Todavia, o grande desenvolvimento da protecção de dados apenas se verifica em 1998, quando foi transposta para a ordem jurídica nacional a Directiva 95/46/CE[26]. A Directiva foi transposta pela Lei n.º 67/98, de 26 de Outubro[27]. A Lei n.º 67/98 vigorou até 2019, tendo sido revogada pela Lei n.º 58/2019, de 8 de Agosto, que veio assegurar a execução, na ordem jurídica nacional, do RGPD.

O RGPD é, actualmente, o principal diploma em matéria de protecção de dados no ordenamento jurídico nacional e europeu. Este diploma introduziu importantes desenvolvimentos na protecção de dados. Densificou alguns direitos dos titulares de dados, definindo novas regras e procedimentos relativos ao tratamento de dados, agravou os deveres dos responsáveis pelo tratamento e dos subcontratantes, reforçou as competências das autoridades de controlo e a estabeleceu a obrigatoriedade de designação de encarregados de protecção de dados[28].

[26] Directiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de Outubro, relativa à protecção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados.

[27] Lei n.º 67/98, de 26 de Outubro, Lei da Protecção de Dados Pessoais, revogada pela Lei n.º 58/2019, de 8 de Agosto.

[28] Com maiores desenvolvimentos, cf. A. Barreto Menezes Cordeiro, *Direito da Proteção de Dados à luz do RGPD e da Lei n.º 58/2019*, Almedina, Coimbra, 2020, pp. 29-30; Mafalda Miranda Barbosa, "Proteção de Dados, Consentimento e Tutela do Consumidor", in *Estudos de Direito do Consumidor*, António Pinto Monteiro (dir.), Centro de Direito do Consumo, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2019, pp. 37-90 (48-55).

2.2. Âmbitos de aplicação do RGPD e as relações de consumo

O RGPD tem um âmbito de aplicação muito amplo. Significa isto que será igualmente o primordial instrumento na protecção dos dados pessoais do consumidor. Como veremos de seguida, as relações de consumo estão plenamente abrangidas pelo âmbito de aplicação material do RGPD.

Quanto ao âmbito de aplicação territorial, cumpre também fazer uma análise muito sucinta que nos permita demonstrar que existem algumas particularidades relacionadas com a aplicação do RGPD nos casos em que o responsável pelo tratamento não possua estabelecimento no território da União Europeia.

2.2.1. Âmbito de aplicação material

De acordo com a delimitação positiva enunciada no artigo 2.º, n.º 1 do RGPD, este é aplicável "ao tratamento de dados pessoais por meios total ou parcialmente automatizados, bem como ao tratamento por meios não automatizados de dados pessoais contido em ficheiros ou a eles destinados". De acordo com o artigo 4.º, 2) do RGPD, o tratamento traduz-se numa operação que envolva dados pessoais, tal como definidos pelo artigo 4.º, 1) do RGPD[29].

A aplicação do RGPD respeita o princípio da neutralidade tecnológica, podendo o tratamento ser efectuado por meios automatizados ou não automatizados[30]. O RGPD não apresenta nenhuma definição para os conceitos mencionados. Assim, devem ser entendidos como meios automatizados, todos os meios que se traduzam na utilização de equipamentos de processamento de dados[31]. Por sua vez, devem ser entendidos como meios não automatizados todas as operações que envolvam um tratamento manual, sem recurso aos referidos equipamentos. Todavia, o tratamento por meios

[29] Sobre o conceito de dados pessoais, cf., com grande detalhe, Klar/Kühling, *Datenschutz-Grundverordnung BDSG Kommentar*, Kühling/Buchner (hrsg.), 3.ª ed., C.H. Beck, München, 2020, anotação ao artigo 4.º, Rn. 1-39.

[30] Cf. Considerando 15. Veja-se, também, Alexandre Sousa Pinheiro, *Comentário ao Regulamento Geral de Proteção de Dados*, Alexandre Sousa Pinheiro (coord.), Almedina, Coimbra, 2018, anotação ao artigo 2.º, p. 101.

[31] Kühling/Raab, *Datenschutz-Grundverordnung BDSG Kommentar*, Kühling/Buchner (hrsg.), 3.ª ed., C.H. Beck, München, 2020, anotação ao artigo 2.º, Rn. 15.

não automatizados apenas está sujeito à aplicação do RGPD quando os dados estejam contidos em ficheiros ou a eles destinados[32].

Por sua vez, o artigo 2.º, n.º 2 do RGPD, nas suas várias alíneas, refere expressamente as operações de tratamento de dados que escapam ao escopo do RGPD[33]. Nenhuma das excepções se mostra particularmente relevante no que respeita ao objecto do nosso estudo. Referimos apenas que, de acordo com o artigo. 2.º, n.º 2, alínea *c)*, o RGPD não é aplicável sempre que o tratamento seja efectuado por pessoas singulares no exercício de actividades exclusivamente pessoais ou domésticas[34]. Assim, o RGPD não é aplicável quando estejam em causa actividades pessoais que apenas servem o auto-desenvolvimento ou exercício da liberdade do responsável num contexto privado ou actividades familiares[35]. Esta excepção visa alcançar um equilíbrio entre os direitos fundamentais do responsável pelo tratamento e dos titulares dos dados[36].

[32] Sobre a definição de ficheiros: A. Barreto Menezes Cordeiro, *Comentário ao Regulamento Geral de Proteção de Dados e à Lei n.º 58/2019*, A. Barreto Menezes Cordeiro (coord.), 1.ª ed., Almedina, Coimbra, 2021, anotação ao artigo 4.º, p. 88.

[33] Detalhadamente sobre estas excepções, cf. Zerdick, *Datenschutz-Grundverordnung Komentar*, Ehmann/ Selmayr (hrsg.), 2.ª ed., C.H. Beck, München, 2018, anotação ao artigo 2.º, Rn. 4-16; Kühling/Raab, *Datenschutz-Grundverordnung BDSG Kommentar*, Kühling/ Buchner (hrsg.), 3.ª ed., C.H. Beck, München, 2020, anotação ao artigo 2.º, Rn. 21-30; Schmidt, Kommentar DSGVI-BDSG, Taeger/Gabel (hrsg.), 3.ª ed., R&W, Frankfurt am Main, 2019, anotação ao artigo 2.º, Rn. 14-24.

[34] A proibição estende-se também aos casos em que o tratamento seja feito por várias pessoas singulares: A. Barreto Menezes Cordeiro, *Comentário ao Regulamento Geral de Proteção de Dados e à Lei n.º 58/2019*, A. Barreto Menezes Cordeiro (coord.), 1.ª ed., Almedina, Coimbra, 2021, anotação ao artigo 2.º, p. 68-69. Note-se que esta excepção nunca tem aplicação quando se tratam de pessoas colectivas.

[35] Gola, *Datenschutz-Grundverordnung – GS-GVO (EU) 2016/679* Kommentar, Gola (hrsg.), 2.ª ed., C.H. Beck, München, 2018, anotação ao artigo 2.º, Rn. 19, v.g., actividades de lazer, férias, consumo privado ou desporto, incluindo também a gestão económica do agregado familiar. Com vários exemplos, cf., também Alexander Rossnagel, *Datenschutzrecht, DSGVO mit BDSG*, Simitis/ Hornung/Spiecker gen. Döhmann (hrsg.), 1.ª ed., Nomos, Baden-Baden, 2019, anotação ao artigo 2.º, Rn. 31.

[36] Alexander Rossnagel, *Datenschutzrecht, DSGVO mit BDSG*, Simitis/ Hornung/ Spiecker gen. Döhmann (hrsg.), 1.ª ed., Nomos, Baden-Baden, 2019, anotação ao artigo 2.º, Rn. 23-25; Daniel Ennöckl, *Europäische Datenschutzagrundverordnung Handkommentar*, Sydow (hrsg.), 2.ª ed., Nomos, Baden-Baden, 2018, anotação ao artigo 2.º, Rn. 12, sublinhando que esta excepção apenas se aplica no caso de o responsável ser uma pessoa singular.

Concluímos que o RGPD é aplicável a todas as relações de consumo, sem qualquer restrição, uma vez que se aplica integralmente a qualquer actividade profissional ou comercial ainda que exercida por pessoas singulares, mesmo que não seja geradora de lucro efectivo[37]. De notar, contudo, que o RGPD apenas se aplica quando o tratamento seja referente a dados pessoais de pessoas singulares, ficando excluída a sua aplicação ao tratamento de dados pessoais referentes a pessoas colectivas[38].

O artigo 2.º, n.º 4 do RGPD acrescenta ainda que a aplicação do Regulamento não prejudica a aplicação da Directiva 2000/31/CE, relativa ao comércio electrónico, em especial as normas relativas à responsabilidade dos prestadores intermediários de serviços[39].

2.2.2. Âmbito de aplicação territorial

O âmbito de aplicação territorial do RGPD é definido pelo disposto no seu artigo 3.º, com recurso a vários critérios. Relativamente a este âmbito também não existem particularidades face ao tema que é objecto do nosso escrito, todavia importa tecer umas breves considerações. O artigo 3.º, n.º 1 estabelece que o RGPD é aplicável ao tratamento de dados pessoais efectuado pelos responsáveis ou subcontratantes que possuam estabelecimento no território da União, sendo este o primeiro critério[40]. Porém, o RGPD não apresenta uma definição de estabelecimento, sendo necessário cons-

[37] Cf. Considerando 18. Veja-se ainda, Zerdick, *Datenschutz-Grundverordnung Komentar*, Ehmann/ Selmayr (hrsg.), 2.ª ed., C.H. Beck, München, 2018, anotação ao artigo 2.º, Rn. 11; Ernst, *Datenschutz-Grundverordnung – Bundesdatenschutzgesetz*, Paal/Pauly (hrsg.), 3.ª ed., C.H. Beck, München, 2021, anotação ao artigo 2.º, Rn. 19. Note-se que o RGPD também não se aplica sempre que seja o próprio titular dos dados a proceder ao tratamento: Alexander Rossnagel, *Datenschutzrecht, DSGVO mit BDSG*, Simitis/ Hornung/Spiecker gen. Döhmann (hrsg.), 1.ª ed., Nomos, Baden-Baden, 2019, anotação ao artigo 2.º, Rn. 18.

[38] Cf. Considerando 14 e artigo 1.º, n.º 1 do RGPD.

[39] Cf. artigos 12.º a 15.º da Directiva 2000/31/CE. Esta Directiva destina-se a ajudar a garantir o bom funcionamento do mercado, garantindo a livre circulação dos serviços da sociedade de informação entre os Estados-Membros e estabelecendo em certos casos isenções de responsabilidade dos prestadores de serviços da sociedade de informação. Sublinhando que deveria existir uma maior ligação entre ambos os diplomas e não apenas uma aplicação paralela, que é passível de gerar contradições, cf. Bäcker, *BeckOK Datenschutzrecht*, Brink/Wolff (hrsg.), 36.ª ed., C.H. Beck, München, 2021, anotação ao artigo 2.º, Rn. 34.

[40] Sobre o conceito de estabelecimento, cf. Zerdick, *Datenschutz-Grundverordnung Komentar*, Ehmann/ Selmayr (hrsg.), 2.ª ed., C.H. Beck, München, 2018, anotação ao artigo 3.º, Rn. 9-12.

truir este conceito à luz dos Considerandos e da jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia (doravante TJUE).

O conceito de estabelecimento, pressupõe o exercício efectivo e real de uma actividade, com base numa instalação estável e que as operações de tratamento ocorram no contexto do exercício dessa actividade[41]. Estes três elementos devem verificar-se cumulativamente e dependem de uma análise casuística face às circunstâncias de cada responsável ou subcontratante.

Quanto ao primeiro elemento, a efectividade do exercício de uma actividade, bastará que se verifique um actividade ligeira por parte do responsável[42]. O segundo elemento é a estabilidade da instalação: esta não depende do registo da pessoa colectiva num Estado-Membro, sendo inclusive irrelevante a sua forma jurídica[43]. O último elemento é aquele que gera maiores dificuldades interpretativas. Contudo, podemos afirmar que o tratamento deve ocorrer no contexto das actividades do estabelecimento, não sendo determinante que o tratamento seja efectuado pelo estabelecimento situado no território da União. Importante para a densificação deste elemento tem sido a jurisprudência do TJUE[44].

Por último, o Regulamento também não exige que o titular dos dados seja um cidadão europeu e é aplicável quer o tratamento dos dados ocorra ou não no território da União[45], desde que exista um estabelecimento nos termos *supra* enunciados.

Não obstante, a aplicação do RGPD pode abarcar operações de tratamento de dados feitas por responsáveis que não possuam estabelecimento na União, ou seja fora das circunstâncias referidas no artigo 3.º, n.º 1 do RGPD[46]. Para tal basta que os dados pessoais sejam respeitantes a titulares

[41] O conceito de estabelecimento deve ser densificado à luz dos Considerandos 22 e 36 a 38 do RGPD. Sobre os elementos do conceito de estabelecimento, veja-se, com detalhe, Klar, *Datenschutz-Grundverordnung BDSG Kommentar*, Kühling/Buchner (hrsg.), 3.ª ed., C.H. Beck, München, 2020, anotação ao artigo 3.º, Rn. 40-53.

[42] De acordo com o Ac. do TJUE 1-Out.-2015, proc. C-230/14 ECLI:EU:C:2015:639 (*Weltimmo*), 28-31, o conceito de estabelecimento abrange qualquer actividade real e efectiva, ainda que mínima, exercida através de uma instalação estável.

[43] Cf. Considerando 22.

[44] Foi determinante o Ac. do TJUE 13-Mai.-2014, proc. C-131/12 – ECLI:EU:C:2014:317 (*Google Spain*), 52 e 55-56.

[45] Cf. ainda o Considerando 2 e 22

[46] Cf. artigo 3.º, n.º 2 do RGPD. Sobre este ponto, cf., Zerdick, *Datenschutz-Grundverordnung Komentar*, Ehmann/ Selmayr (hrsg.), 2.ª ed., C.H. Beck, München, 2018, anotação ao artigo 3.º, Rn. 2 e 14, referindo que o RGPD consagrou o princípio do mercado ("*Marktortprinzip*");

que se encontrem no território da União e que as actividades de tratamento estejam relacionadas com: (i) a oferta de bens e serviços, independentemente da exigência de pagamento ou (ii) controlo do comportamento dos titulares dos dados, desde que esse comportamento tenha lugar na União[47]. Devem ser entendidos como titulares do dados todas as pessoas singulares que se encontrem no território da União, incluindo residentes, temporários ou permanentes, turistas, trabalhadores temporários, apátridas e quaisquer outros sujeitos[48].

A possibilidade de extensão da aplicação do RGPD a estas hipóteses decorre da necessidade de acautelar a protecção dos dados pessoais dos titulares mesmo quando contratam ou são alvo de controlo por empresas não europeias[49].

Relativamente ao tema que nos ocupa, é de realçar a importância da aplicação do RGPD nos casos em que sejam oferecidos bens ou serviços, independentemente da realização de uma contraprestação por parte dos titulares, e o tratamento esteja relacionado com essa oferta. Incluem-se, assim, as simples ofertas e os convites a contratar, contando que o responsável pelo tratamento tenha efectivamente intenções de oferecer bens ou

Klar, *Datenschutz-Grundverordnung BDSG Kommentar*, Kühling/Buchner (hrsg.), 3.ª ed., C.H. Beck, München, 2020, anotação ao artigo 3.º, Rn. 23-25. Tecendo críticas a este princípio, veja-se Schmidt, *Kommentar DSGVI-BDSG*, Taeger/Gabel (hrsg.), 3.ª ed., R&W, Frankfurt am Main, 2019, anotação ao artigo 3.º, Rn. 30-31, referindo que o seu conteúdo não é suficientemente profundo, é passível de gerar conflitos de aplicação de lei e há um défice de execução relativamente aos responsáveis que se encontram em países terceiros.

47 A. Barreto Menezes Cordeiro, *Direito da Proteção de Dados à luz do RGPD e da Lei n.º 58/2019*, Almedina, Coimbra, 2020, p. 95, referindo que deveria ser desconsiderada a expressão utilizada pela versão portuguesa inicial do artigo 3.º, n.º 2 do RGPD – residentes – por violação da *ratio* do preceito. Esta expressão foi substituída pela expressão "titulares que se encontrem no território da União" através da Retificação de 23 de Maio de 2018.

48 Zerdick, *Datenschutz-Grundverordnung Komentar*, Ehmann/Selmayr (hrsg.), 2.ª ed., C.H. Beck, München, 2018, anotação ao artigo 3.º, Rn. 17. Veja-se, ainda, Klar, *Datenschutz-Grundverordnung BDSG Kommentar*, Kühling/Buchner (hrsg.), 3.ª ed., C.H. Beck, München, 2020, anotação ao artigo 3.º, Rn. 64, referindo que o elemento determinante é o local onde o titular se encontra ao tempo do tratamento; Gerrit Hornung, *Datenschutzrecht, DSGVO mit BDSG,* Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmann (hrsg.), 1.ª ed., Nomos, Baden-Baden, 2019, anotação ao artigo 3.º, Rn. 41-42, notando que não existe um período mínimo de estadia, bastando que o titular se encontre no território da União ao momento da operação de tratamento.

49 A. Barreto Menezes Cordeiro, *Direito da Proteção de Dados à luz do RGPD e da Lei n.º 58/2019*, Almedina, Coimbra, 2020, p. 95.

serviços aos titulares dos dados[50]. Essa intenção pode ser averiguada através de múltiplos factores, tais como: a utilização de uma língua ou de uma moeda de uso corrente num ou mais Estados-Membros, a possibilidade de encomendar bens ou serviços nessa língua ou até a referência a clientes ou a utilizadores que se encontrem na União[51/52].

Como referimos anteriormente, não é necessário que o titular dos dados efectue uma contraprestação. Esta referência é importante considerando que, actualmente, muitos fornecedores de bens e serviços optam por modelos de negócio cujo financiamento assenta sobretudo em actos de publicidade[53].

Estão abrangidas todas as operações de tratamento que estejam relacionadas com a oferta de bens e serviços, incluindo as relacionadas apenas com fins publicitários ou com a divulgação de informação referente aos bens ou serviços, mesmo que não se venha a estabelecer qualquer relação contratual[54]. O conceito de bens e serviços não é definido pelo RGPD, mas tem-se entendido que pode ser reconduzido à noção de bens corpóreos e incorpóreos que podem ser objecto de transacções comerciais e realização de prestações[55]. Esta referência aos bens ou serviços coincide em parte com

[50] A. Barreto Menezes Cordeiro, *Direito da Proteção de Dados à luz do RGPD e da Lei n.º 58/2019,* Almedina, Coimbra, 2020, p. 97 e Zerdick, *Datenschutz-Grundverordnung Komentar*, Ehmann/Selmayr (hrsg.), 2.ª ed., C.H. Beck, München, 2018, anotação ao artigo 3.º, Rn. 19. Sobre esta problemática veja-se, também, o Ac. do TJUE 7-Dez.-2010, proc. C-585/08 e C-144/09 (*Pammer vs. Alpenhof*), 75-77, e em especial sobre os indícios que permitem determinar se uma actividade é dirigida ao Estado-Membro em que o consumidor está domiciliado, 80-84. Cf., ainda, o disposto no Considerando 23.

[51] Cf. Considerando 23. Os factores indicados no Considerando 23 não são exaustivos: Klar, *Datenschutz-Grundverordnung BDSG Kommentar*, Kühling/Buchner (hrsg.), 3.ª ed., C.H. Beck, München, 2020, anotação ao artigo 3.º, Rn. 84.

[52] A. Barreto Menezes Cordeiro, *Comentário ao Regulamento Geral de Proteção de Dados e à Lei n.º 58/2019,* A. Barreto Menezes Cordeiro (coord.), 1.ª ed., Almedina, Coimbra, 2021, anotação ao artigo 3.º, p. 74, estamos perante um exercício interpretativo objectivo não focado na intenção subjectiva dos responsáveis.

[53] Gerrit Hornung, *Datenschutzrecht, DSGVO mit BDSG,* Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmann (hrsg.), 1.ª ed., Nomos, Baden-Baden, 2019, anotação ao artigo 3.º, Rn. 49; Schmidt, Kommentar DSGVI-BDSG, Taeger/Gabel (hrsg.), 3.ª ed., R&W, Frankfurt am Main, 2019, anotação ao artigo 3.º, Rn. 23.

[54] Klar, *Datenschutz-Grundverordnung BDSG Kommentar*, Kühling/Buchner (hrsg.), 3.ª ed., C.H. Beck, München, 2020, anotação ao artigo 3.º, Rn. 69, referindo que se incluem todas as operações de tratamento relacionadas com a oferta de bens e serviços, ainda que de forma indirecta.

[55] Klar, *Datenschutz-Grundverordnung BDSG Kommentar*, Kühling/Buchner (hrsg.), 3.ª ed., C.H. Beck, München, 2020, anotação ao artigo 3.º, Rn. 74-76: v.g., mercadorias, fontes de

o elemento objectivo que define o âmbito de aplicação da LDC. Porém, o âmbito de aplicação da LDC parece ser mais amplo, sendo feita referência não só ao fornecimento de bens e prestação de serviços, mas também à transmissão de direitos[56].

Quanto ao critério presente no artigo 3.º, n.º 2, alínea *b)* do RGPD, o mesmo pressupõe que o comportamento dos titulares pode ser seguido, na *internet*, e que os dados podem ser potencialmente sujeitos a tratamentos de definição de perfil. A definição de perfil visa a tomada de decisões relativas ao titular ou a análise ou previsão dos seus comportamentos e atitudes[57]. De acordo com o artigo 4.º, 4) do RGPD, a definição de perfis caracteriza-se por ser um tratamento automatizado de dados pessoais, com o propósito de avaliar e prever certos aspectos dos titulares[58]. O tratamento dos dados é feito com recurso a processos algorítmicos, ou similares, visando a análise ou previsão de vários aspectos relacionados com o titular de dados, tais como o seu desempenho profissional, situação económica, saúde, preferências pessoais, interesses, fiabilidade, comportamentos, localização ou deslocações. Este ponto também se mostra particularmente relevante no âmbito das relações de consumo, sendo frequente a definição de perfil do consumidor, uma vez que não raras as vezes a definição de perfis é feita com objectivo de optimizar os meios publicitários. A publicidade comportamental caracteriza-se precisamente por práticas que envolvem a individualização dos consumidores, através da definição de perfis, para que lhes possam ser direccionadas mensagens específicas de produtos ou serviços que sejam mais adequados às suas necessidades ou interesses[59].

energia, animais, sementes ou resíduos. Como exemplos de serviços, v.g., serviços de marcações de viagens, de *streaming* de vídeos ou serviços de *cloud*.

[56] Sobre este ponto, cf. José Engrácia Antunes, *Direito do Consumo* (reimpressão), Almedina, Coimbra, 2021, pp. 63-65, em particular a referência à transmissão de direitos, que poderá abranger direitos reais de habitação periódica, direitos de arrendamento, direitos sobre instrumentos financeiros, cessões de créditos ou de posições contratuais, licenças de utilização, etc.

[57] Cf. Considerando 24.

[58] A definição de perfis distingue-se das decisões automatizadas, previstas no artigo 22.º do RGPD. As decisões automatizadas podem ser realizadas com ou sem a definição de perfis e correspondem à capacidade de tomar decisões através de meios tecnológicos e sem intervenção humana. Sobre esta problemática, cf. GT 29, *Orientações sobre as decisões individuais automatizadas e a definição de perfis para efeitos do Regulamento (UE) 2016/679*, 17/PT (WP 251).

[59] Sobre a publicidade comportamental, em especial sobre a sua regulação, cf. GT 29, *Opinion 2/2010 on online behavioural advertising*, 0090/10/EM (WP 171), adoptado 22 de Junho

Para existir controlo do titular dos dados tem que se verificar um comportamento activo por parte do responsável pelo tratamento, no sentido de existir uma observação de forma deliberada e consciente[60]. O controlo pressupõe ainda que o titular seja seguido com alguma intensidade, não relevando se o perfil do mesmo é efectivamente traçado[61]. Bastará que seja possível (em abstracto) a sua definição através dos dados tratados, não sendo relevante a intenção, nem a finalidade, subjacente ao controlo por parte do responsável[62]. O exemplo paradigmático do controlo exercido através da *internet* são os *cookies*[63], os *social media plugins* ou serviços de localização. Note-se que apesar de o controlo dos titulares ser preferencialmente exercido através da *internet*, nada exclui a aplicação da norma na hipótese de estarmos perante situações em que o controlo é exercido através de outros meios[64]. No que concerne à protecção dos dados pessoais do consumidor, os *cookies* são dignos de menção uma vez que representam um perigo acrescido para os titulares, considerando a informação que recolhem e a possibilidade da sua exploração económica, em especial para efeitos publicitários[65].

de 2010. O GT 29 sublinha a necessidade de articulação com o disposto no artigo 5.º, n.º 3 da Directiva 2002/58/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de Julho, relativa à privacidade e às comunicações electrónicas.

[60] Piltz, *Datenschutz-Grundverordnung – GS-GVO (EU) 2016/679 Kommentar*, Gola (hrsg.), 2.ª ed., C.H. Beck, München, 2018, anotação ao artigo 3.º, Rn. 32, refere que quando os dados sejam obtidos de forma não intencional, não será aplicável o disposto no artigo 3.º, n.º 2, alínea *b)* do RGPD.

[61] Está subjacente uma ideia de monitorização, Zerdick, *Datenschutz-Grundverordnung Komentar*, Ehmann/Selmayr (hrsg.), 2.ª ed., C.H. Beck, München, 2018, anotação ao artigo 3.º, Rn. 20 e Klar, *Datenschutz-Grundverordnung BDSG Kommentar*, Kühling/Buchner (hrsg.), 3.ª ed., C.H. Beck, München, 2020, anotação ao artigo 3.º, Rn. 95, referindo que deve ser feita com alguma intensidade, excluindo-se acções pontuais.

[62] Klar, *Datenschutz-Grundverordnung BDSG Kommentar*, Kühling/Buchner (hrsg.), 3.ª ed., C.H. Beck, München, 2020, anotação ao artigo 3.º, Rn. 97 e Ernst, *Datenschutz-Grundverordnung – Bundesdatenschutzgesetz*, Paal/Pauly (hrsg.), 3.ª ed., C.H. Beck, München, 2021, anotação ao artigo 3.º, Rn. 20.

[63] Sobre os *cookies* e a problemática do consentimento, cf. Catarina Silva, "A utilização de cookies e a (in)suficiência dos requisitos aplicáveis ao consentimento", in *Anuário da Proteção de Dados*, Francisco Pereira Coutinho/Graça Canto Moniz (coord.), CEDIS, Lisboa, 2021, pp. 9-36.

[64] Schmidt, *Kommentar DSGVI-BDSG*, Taeger/Gabel (hrsg.), 3.ª ed., R&W, Frankfurt am Main, 2019, anotação ao artigo 3.º, Rn. 28, referindo, por exemplo, a utilização de *drones* de reconhecimento e até de satélites.

[65] Cf. Luís Menezes Leitão, "Os testemunhos de conexão: *cookies*", in *Homenagem da Faculdade de Direito de Lisboa ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles, 90 anos*, António Menezes

Uma nota final para o último critério que possibilita a aplicação do RGPD extraterritorialmente. O Regulamento é aplicável sempre que seja aplicado, no local onde se encontra o titular, o Direito de um Estado-Membro[66].

2.3. Tratamento de dados pessoais do consumidor

Como realçámos no início deste escrito, o nosso objectivo é cruzar a tutela do consumidor com a protecção de dados pessoais. Observámos que a LDC não possui quaisquer normas referentes à protecção de dados pessoais do consumidor, mas que o âmbito de aplicação do RGPD é passível de abarcar as relações de consumo, havendo deste modo uma confluência das duas matérias.

O titular de dados pessoais pode assumir-se simultaneamente como consumidor, numa relação de consumo descrita nos termos que analisámos anteriormente. Por ocasião desta relação, o consumidor pode ver-se na contingência de ter de fornecer os seus dados pessoais à contraparte que assumirá, assim, a qualidade de responsável pelo tratamento. A problemática da protecção de dados pessoais do consumidor surge moldada pelas modernas relações de consumo que se caracterizam pela sua complexidade devido à crescente utilização de formas de contratualização através da *internet*, globalizadas e em grandes escalas.

Relativamente ao tratamento de dados pessoais do consumidor, existem múltiplos pontos susceptíveis de ser aprofundados. Considerando a extensão limitada desde escrito vamos eleger apenas alguns. Afigura-se útil uma análise focada nos fundamentos de licitude do tratamento com maior relevância para as relações de consumo.

2.4. Fundamentos de licitude do tratamento de dados pessoais

De acordo com o princípio da licitude, consagrado no artigo 5.º, n.º 1 , alínea *a)* do RGPD os dados apenas podem ser objecto de um tratamento que seja lícito[67]. O tratamento apenas será considerado lícito se existir

Cordeiro/Luís Menezes Leitão/Januário da Costa Gomes (coord.), Almedina, Coimbra, 2007, pp. 763-774 (765); Rute Couto, "A privacidade dos consumidores", in *Solicitadoria e Ação Executiva. Estudos*, n.º 1, Câmara dos Solicitadores, Lisboa, 2013, pp. 97-190 (106-107).

[66] Cf. artigo 3.º, n.º 3 e Considerando 25, referindo, por exemplo, missões diplomáticas ou postos consulares.

[67] Devem ser igualmente observados os restantes princípios consagrados no artigo 5.º do RGPD. Com uma breve síntese, relativa aos princípios consagrados no artigo 5.º do RGPD,

consentimento do titular ou se se verificar algumas das restantes condições elencadas no artigo 6.º do RGPD: se o tratamento for necessário para a execução de um contrato no qual o titular dos dados é parte ou para diligências pré-contratuais a seu pedido; se o tratamento for necessário para cumprimento de uma obrigação jurídica a que o responsável pelo tratamento esteja sujeito; se o tratamento for necessário para a defesa dos interesses vitais do titular dos dados ou de outra pessoa singular; ou se o tratamento for necessário ao exercício de funções de interesse público ou ao exercício da autoridade pública de que está investido o responsável pelo tratamento.

Os responsáveis pelo tratamento devem invocar um dos fundamentos previstos no artigo 6.º do RGPD antes de encetar operações de tratamento de dados pessoais. Cada operação de tratamento deve obedecer a uma finalidade específica que não pode ser coberta por vários fundamentos de legitimidade[68]. É importante ter presente que, teoricamente, a mesma situação pode convocar mais do que um fundamento de licitude elencado no artigo 6.º do RGPD. Sublinha-se, contudo, que cada um dos fundamentos se orienta para uma finalidade concreta, pelo que a sua escolha para legitimar uma operação de tratamento de dados deve ser circunscrita a essa mesma finalidade. Esta nota assume particular relevância quando o fundamento invocado não é o consentimento do titular, uma vez que este pode ser necessário para tratamentos suplementares que se afastem da finalidade original[69].

De acordo com o artigo 13.º, n.º 1, alínea *c)* e o artigo 14.º, n.º 1, alínea *c)* do RGPD, o titular dos dados deve ser informado pelo responsável pelo tratamento acerca do fundamento que legitima o tratamento dos dados.

Tendo presente que o foco do nosso estudo são as relações de consumo, dedicaremos a nossa atenção a dois fundamentos: (i) o consentimento e (ii) o tratamento de dados necessário para a execução de um contrato no qual o titular dos dados seja parte ou para diligências pré-contratuais a seu pedido.

cf. Joel. A Alves, *O Novo Modelos de Proteção de Dados Pessoais Europeu*, Almedina, Coimbra, 2021, pp. 56-60.

[68] Albers/Veit, *BeckOK Datenschutzrecht*, Brink/Wolff (hrsg.), 36.ª ed., C.H. Beck, München, 2021, anotação ao artigo 6.º, Rn. 27.

[69] Mafalda Miranda Barbosa, "Proteção de Dados, Consentimento e Tutela do Consumidor", in *Estudos de Direito do Consumidor*, António Pinto Monteiro (dir.), Centro de Direito do Consumo, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2019, pp. 37-90 (62-63).

Antes de concluir justifica-se ainda uma breve análise à possibilidade de realização de tratamentos subsequentes.

2.4.1. Consentimento – artigo 6.º, n.º 1, alínea *a)* do RGPD

O consentimento traduz-se na autorização que o titular do direito dá para que possa existir uma interferência no seu direito[70]. É o fundamento de licitude de tratamento de dados com maior relevo no sistema jurídico europeu[71]. É objecto de consagração autónoma no artigo 8.º, n.º 2 da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia e no artigo 6.º, n.º 1, alínea *a)* do RGPD. Encontramos ainda disposições especialmente aplicáveis ao consentimento no artigo 7.º (condições aplicáveis ao consentimento), no artigo 8.º (consentimento dado por crianças), no artigo 9.º, n.º 2, alíneas *c)* e *d)* (tratamento de categorias de dados especiais) e no artigo 22.º, n.º 2, alínea *c)* (decisões individuais automatizadas, incluindo definição de perfis). Acrescem também várias referências ao consentimento a propósito dos direitos dos titulares dos dados[72].

O consentimento é uma das condições de licitude que suscita maiores dificuldades sendo merecedor de um desenvolvimento que o presente estudo não pode comportar. Não obstante, faremos o esforço de focar as questões que evidenciam uma maior ligação com o tópico que norteia toda a nossa análise, as relações de consumo e a protecção dos dados pessoais do consumidor. Assim, é relevante observarmos pelo menos o que se entende por consentimento, como dever ser dado e em especial a sua relação com a limitação das finalidades e a possibilidade de acoplamento relacionada com a execução de um contrato, consagrada no artigo 7.º, n.º 4 do RGPD.

A definição de consentimento surge no artigo 4.º, 11) do RGPD, como uma manifestação de vontade, livre, específica e informada[73], pela qual

[70] Com algumas notas sobre o consentimento em geral, cf. Mafalda Miranda Barbosa, "Proteção de Dados, Consentimento e Tutela do Consumidor", in *Estudos de Direito do Consumidor*, António Pinto Monteiro (dir.), Centro de Direito do Consumo, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2019, pp. 37-90 (56-61).

[71] Buchner/Petri, *Datenschutz-Grundverordnung BDSG Kommentar*, Kühling/Buchner (hrsg.), 3.ª ed., C.H. Beck, München, 2020, anotação ao artigo 6.º, Rn. 17, uma vez que é a expressão da autodeterminação informacional.

[72] Cf. Capítulo III do RGPD, em especial os artigos 13.º, n.º 2 alínea *c)*, 14.º, n.º 2 alínea *d)*, artigo 17.º, n.º 1, alínea *b)* e 18.º, n.º 2.

[73] A. Barreto Menezes Cordeiro, *Direito da Proteção de Dados à luz do RGPD e da Lei n.º 58/2019*, Almedina, Coimbra, 2020, p. 171, referindo que a expressão "explícita" apenas

o titular dos dados aceita, mediante declaração ou acto positivo inequívoco, que os dados pessoais que lhe dizem respeito sejam objecto de tratamento. Note-se que, apesar de não ser expressamente referido no RGPD, o consentimento do titular deve surgir num momento prévio ao início do tratamento[74/75].

De modo a densificar o conceito de consentimento, e considerando a definição plasmada no artigo 4.º, 11) do RGPD, mostra-se necessário determinar o que é: *a) uma manifestação de vontade*, *b) livre*, *c) específica* e *d) informada*.

a) uma manifestação de vontade

A manifestação de vontade corresponde ao primeiro requisito da figura do consentimento e pode decompor-se em dois elementos que surgem interligados: a vontade humana e uma declaração de vontade, correspondendo esta última à exteriorização da primeira[76]. Exige-se ainda que o titular dos dados esteja consciente de que está a manifestar um vontade que é legalmente significativa[77].

figura na versão portuguesa do RGPD, não estando presente noutras versões, uma vez que foi retirada da versão final do RGPD. O requisito da explicitude está reservado a consentimentos relativos ao tratamento de dados pessoais especiais, artigo 9.º, n.º 2, alínea *a)* e assumindo também alguma relevância no âmbito do direito da portabilidade, artigo 20.º, n.º 1, alínea *a)* e do tratamento automatizado, artigo 22.º, n.º 2 , alínea *c)*. Cf. ainda Albers/Veit, *BeckOK Datenschutzrecht*, Brink/Wolff (hrsg.), 36.ª ed., C.H. Beck, München, 2021, anotação ao artigo 6.º, Rn. 24.

[74] Assim, Ingold, *Europäische Datenschutzagrundverordnung Handkommentar*, Sydow (hrsg.), 2.ª ed., Nomos, Baden-Baden, 2018, anotação ao artigo 7.º, Rn. 17; Mafalda Miranda Barbosa, "Proteção de Dados, Consentimento e Tutela do Consumidor", in *Estudos de Direito do Consumidor*, António Pinto Monteiro (dir.), Centro de Direito do Consumo, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2019, pp. 37-90 (65-66); Klement, *Datenschutzrecht, DSGVO mit BDSG*, Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmann (hrsg.), 1.ª ed., Nomos, Baden-Baden, 2019, anotação ao artigo 7.º, Rn. 9.

[75] Kühling/Buchner, *Datenschutz-Grundverordnung BDSG Kommentar*, Kühling/Buchner (hrsg.), 3.ª ed., C.H. Beck, München, 2020, anotação ao artigo 7.º, Rn. 30, notando que o consentimento não tem uma data de validade, mas que deve ser tida em conta a alteração dos factos subjacentes e as condições de tratamento uma vez que poderão sofrer alterações. Nessas hipóteses o consentimento deixará de ser válido.

[76] Neste sentido, A. Barreto Menezes Cordeiro, *Direito da Proteção de Dados à luz do RGPD e da Lei n.º 58/2019*, Almedina, Coimbra, 2020, pp. 172-173.

[77] Kühling/Buchner, *Datenschutz-Grundverordnung BDSG Kommentar*, Kühling/Buchner (hrsg.), 3.ª ed., C.H. Beck, München, 2020, anotação ao artigo 7.º, Rn. 56.

b) uma manifestação de vontade livre

Em segundo lugar, a manifestação de vontade deve ser livre, não sendo válida se o titular dos dados não possuir uma escolha verdadeira ou livre, ou não puder recusar nem retirar o consentimento sem ser prejudicado[78]. Logo, ficam excluídas todas as situações em que o titular dos dados seja coagido ou outras situações em que a sua vontade seja condicionada, tais como a influência indevida e outras circunstâncias em que inexista uma verdadeira liberdade por parte do titular. Considera-se que haverá ausência de liberdade por parte do titular sempre que outros factores influam na sua decisão, tais como um tempo limitado de decisão, a existência de contraprestações excessivas ou desproporcionais, situações de fragilidade ou necessidade ou ainda prejuízo na hipótese de recusa do consentimento[79]. A referência ao prejuízo para o titular deve ser interpretada de forma restritiva, não sendo uma mera desvantagem, mas correspondendo a consequências graves para o titular que não se identificam com meros inconvenientes[80].

A influência indevida (*undue influence*) é uma figura trabalhada no âmbito dos sistemas de *Common Law*, não encontrando por isso grandes desenvolvimentos no sistema jurídico nacional[81]. Esta figura surge associada primordialmente a relações formais em que se verifica uma ascendência de uma parte sobre outra, susceptíveis de influenciar a vontade do titular. O RGPD não se mostra indiferente a esta possibilidade, sendo referido no

[78] Cf. Considerando 42. Veja-se, também, Comité Europeu para a Protecção de Dados, *Diretrizes 05/2020 relativas ao consentimento na aceção do Regulamento 2016/679*, adoptadas a 4 de Maio, pp. 14-15, o ónus de demonstrar que o consentimento foi dado de livre vontade recai sobre o responsável pelo tratamento.

[79] A. Barreto Menezes Cordeiro, *Direito da Proteção de Dados à luz do RGPD e da Lei n.º 58/2019*, Almedina, Coimbra, 2020, p. 175. De modo semelhante, cf., ainda, Mafalda Miranda Barbosa, "Proteção de Dados, Consentimento e Tutela do Consumidor", in *Estudos de Direito do Consumidor*, António Pinto Monteiro (dir.), Centro de Direito do Consumo, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2019, pp. 37-90 (76).

[80] Assim, Schulz, *Datenschutz-Grundverordnung – GS-GVO (EU) 2016/679 Kommentar*, Gola (hrsg.), 2.ª ed., C.H. Beck, München, 2018, anotação ao artigo 7.º, Rn. 29, com um exemplo ilustrativo: se um cliente não prestou o consentimento necessário para aderir a um cartão de cliente que dá acesso a determinados descontos, tal não equivale a um prejuízo ou uma desvantagem.

[81] Com uma breve descrição desta figura, cf. A. Barreto Menezes Cordeiro, *Direito da Proteção de Dados à luz do RGPD e da Lei n.º 58/2019*, Almedina, Coimbra, 2020, pp. 174-175, em especial sobre a distinção de duas modalidades, *presumed undue influence* e *actual undue influence*.

Considerando 43 a possibilidade de existência de um desequilíbrio manifesto entre o titular dos dados e o responsável pelo tratamento. De notar que o conceito de desequilíbrio manifesto não está definido no RGPD e ainda não foi densificado pela jurisprudência do TJUE. No Considerando 43, o conceito de desequilíbrio manifesto surge associado às autoridades públicas, não sendo feita mais nenhuma referência. As autoridades públicas deverão recorrer primordialmente a outros fundamentos jurídicos para legitimar o tratamento dos dados, mas tal não significa que a utilização do consentimento esteja totalmente excluída[82].

O desequilíbrio de poder não é exclusivo das autoridades públicas, sendo também possível verificar-se noutras situações[83]. Tem-se entendido que podem ser reconduzidas a este conceito relações onde se verifiquem assimetrias de poder, tais como as que envolvem trabalhadores, consumidores, ou arrendatários[84]. Nas relações que envolvem consumidores, serão particularmente relevantes os casos de fornecimento de serviços públicos essenciais, sector bancário e companhias de seguros ou até prestadores de serviços financeiros ou da área da saúde[85].

No entanto, esta interpretação deve ser feita com grandes cautelas, não sendo aceite uma exclusão geral da possibilidade de consentimento em todas as relações mencionadas, pelo menos de modo abstracto[86]. Deve ser feita um avaliação casuística que permita perceber se no caso concreto a

[82] Comité Europeu para a Protecção de Dados, *Diretrizes 05/2020 relativas ao consentimento na aceção do Regulamento 2016/679*, adoptadas 4 de Maio, p. 9. Cf. ainda, Schantz, *Datenschutzrecht, DSGVO mit BDSG*, Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmann (hrsg.), 1.ª ed., Nomos, Baden-Baden, 2019, anotação ao artigo 6.º, Rn. 13-14, sublinhando que o consentimento é o principal instrumento para estruturar relações entre particulares, mas, quando estão envolvidas autoridades públicas existirá um manifesto desequilíbrio tendo em conta a dependência que o cidadão pode ter relativamente ao Estado.

[83] Comité Europeu para a Protecção de Dados, *Diretrizes 05/2020 relativas ao consentimento na aceção do Regulamento 2016/679*, adoptadas a 4 de Maio, p. 11.

[84] Stemmer, *BeckOK Datenschutzrecht*, Brink/Wolff (hrsg.), 36.ª ed., C.H. Beck, München, 2021, anotação ao artigo 7.º, Rn. 50.

[85] Ingold, *Europäische Datenschutzagrundverordnung Handkommentar*, Sydow (hrsg.), 2.ª ed., Nomos, Baden-Baden, 2018, anotação ao artigo 7.º, Rn. 27.

[86] Klement, *Datenschutzrecht, DSGVO mit BDSG*, Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmann (hrsg.), 1.ª ed., Nomos, Baden-Baden, 2019, anotação ao artigo 7.º, Rn. 65; Ingold, *Europäische Datenschutzagrundverordnung Handkommentar*, Sydow (hrsg.), 2.ª ed., Nomos, Baden-Baden, 2018, anotação ao artigo 7.º, Rn. 27-28, reforçando a necessidade de uma avaliação casuística.

distribuição desigual de poder afectou o consentimento do titular[87]. O consentimento será considerado eficaz, se apesar da disparidade que se verifica entre o responsável e o titular, o tratamento for do interesse do titular e este não sofrer quaisquer desvantagens se recusar[88]. Pode ainda questionar-se se existe alguma dependência dos produtos ou serviços disponibilizados, incluindo a possibilidade de o responsável deter uma posição monopolista no mercado[89].

Além da referência às situações de desequilíbrio manifesto, o Considerando 43 elenca mais duas situações em que se presume que o consentimento não é prestado de forma livre: (i) sempre que não possa ser prestado separadamente para diferentes operações de tratamento[90] e (ii) se a execução de um contrato, depender do consentimento do titular, ainda que este não se mostre necessário à execução do contrato – também designada como proibição de acoplamento.

Em primeiro lugar, quando surgem interligadas várias operações de tratamento com finalidades distintas, o consentimento deve ser obtido de forma separada para cada uma delas, de modo a garantir que a vontade do titular não é condicionada. Como veremos posteriormente, esta granularidade está ligada ao requisito da especificidade.

A proibição de acoplamento é particularmente relevante no âmbito das relações de consumo. O artigo 7.º, n.º 4 do RGPD refere que ao avaliar se o consentimento foi dado livremente, há que verificar se a execução de um contrato (incluindo a prestação de um serviço), foi subordinada ao consentimento para o tratamento de dados pessoais não necessário para a execução do contrato[91]. Este preceito deve ser conjugado com disposto no artigo 6.º, n.º 1, alínea *b)* do RGPD que estabelece que o tratamento de dados é

[87] Stemmer, *BeckOK Datenschutzrecht*, Brink/Wolff (hrsg.), 36.ª ed., C.H. Beck, München, 2021, anotação ao artigo 7.º, Rn. 50.

[88] Stemmer, *BeckOK Datenschutzrecht*, Brink/Wolff (hrsg.), 36.ª ed., C.H. Beck, München, 2021, anotação ao artigo 7.º, Rn. 50.

[89] Kühling/Buchner, *Datenschutz-Grundverordnung BDSG Kommentar*, Kühling/Buchner (hrsg.), 3.ª ed., C.H. Beck, München, 2020, anotação ao artigo 7.º, Rn. 44.

[90] Cf. ainda o disposto no Considerando 32, que clarifica que na hipótese de o tratamento abranger vários fins, o consentimento deve ser dado relativamente a todos. Veja-se ainda o disposto no artigo 7.º, n.º 2 do RGPD, que acrescenta que nos casos em que o consentimento seja dado no contexto de uma declaração escrita que diga respeito a outros assuntos, o pedido deve ser apresentado de forma distinta.

[91] No decurso das negociações do RGPD, a Proposta do Parlamento continha uma proibição directa, dispondo que a execução de um contrato nunca poderia ser condicionada ao con-

lícito sempre que seja necessário para a execução de um contrato no qual o titular dos dados seja parte[92]. Significa isto que, sempre que o tratamento de dados não se mostre necessário para a execução do contrato, deve ser feita uma análise casuística para avaliar a validade do consentimento acoplado[93]. O que se pretende é assegurar que a finalidade do tratamento dos dados não surge camuflada nem agregada à execução de um contrato para o qual o tratamento desses dados não se mostre necessário[94]. De modo a determinar se estamos perante uma situação de acoplamento é necessário definir qual o âmbito do contrato e quais os dados necessários para a sua execução[95].

Através de alguns elementos interpretativos é possível avaliar a validade do consentimento, começando sempre por uma análise do contrato e dos serviços prestados. Tende a considerar-se que o consentimento será válido se o tratamento dos dados for do interesse do titular[96] ou se o responsável oferecer duas modalidades equivalentes do mesmo serviço, com ou sem o consentimento[97]. De modo distinto, julga-se que o consentimento deverá ser tido como inválido se as finalidades do tratamento forem excessivas ou inapropriadas ou se o responsável pelo tratamento ocupar uma posição de monopólio[98].

sentimento para o tratamento de dados que não fosse necessário para a execução do contrato ou a prestação do serviço.

92 Cf. *infra* 2.4.2.

93 Sublinhando a natureza da avaliação casuística, cf. Heckmann/Paschke, *Datenschutz-Grundverordnung Komentar*, Ehmann/Selmayr (hrsg.), 2.ª ed., C.H. Beck, München, 2018, anotação ao artigo 7.º, Rn. 97.

94 Comité Europeu para a Protecção de Dados, *Diretrizes 05/2020 relativas ao consentimento na aceção do Regulamento 2016/679*, adoptadas a 4-Mai.-2020, p. 11, reforçando que os dois fundamentos, o consentimento e o contrato, não devem fundir-se nem misturar-se.

95 Comité Europeu para a Protecção de Dados, *Diretrizes 05/2020 relativas ao consentimento na aceção do Regulamento 2016/679*, adoptadas a 4 de Maio, p. 11, referindo que esta expressão deve ser interpretada de forma restritiva, tal como foi sublinhado pelo GT 29. Isto significa que tem de existir uma relação directa e objectiva entre o tratamento dos dados e a finalidade da execução do contrato, p. 12.

96 Stemmer, *BeckOK Datenschutzrecht*, Brink/Wolff (hrsg.), 36.ª ed., C.H. Beck, München, 2021, anotação ao artigo 7.º, Rn. 46.

97 Ingold, *Europäische Datenschutzagrundverordnung Handkommentar*, Sydow (hrsg.), 2.ª ed., Nomos, Baden-Baden, 2018, anotação ao artigo 7.º, Rn. 33.

98 Klement, *Datenschutzrecht, DSGVO mit BDSG*, Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmann (hrsg.), 1.ª ed., Nomos, Baden-Baden, 2019, anotação ao artigo 7.º, Rn. 62, referindo situações

Esta condicionalidade torna o consentimento inválido, ainda que não de forma definitiva ou absoluta, uma vez que estamos perante uma presunção[99]. Todavia, o ónus da prova no artigo 7.º, n.º 4 do RGPD, recai sobre o responsável do tratamento que deve demonstrar que o titular deu o seu consentimento de livre vontade[100]. Acrescente-se, ainda, que o desrespeito pelo proibição de acoplamento prejudica a validade do consentimento mas não afecta a validade do contrato celebrado[101].

O consentimento acoplado mostra-se particularmente relevante nos negócios *online* gratuitos, uma vez que apesar de não ser necessário para a utilização do serviço é indispensável para a existência dos negócios, uma vez que só desta forma se tornam rentáveis[102]. Alguma doutrina tem defendido que nestas hipóteses o consentimento deve ser considerado parte integrante do contrato não sendo aplicável o disposto no artigo 7.º, n.º 4 do RGPD[103]. Esta interpretação permitirá que não se prejudique a oferta de serviços gratuitos e um consequente aumento dos serviços pagos, com prejuízo para os consumidores.

Uma última referência à possibilidade de o titular retirar o seu consentimento a qualquer momento, de acordo com o disposto no artigo 7.º, n.º 3 do RGPD. A existência desta possibilidade também se mostrar essencial para considerar que o consentimento foi dado de forma livre[104].

de monopólio legais ou factuais, ou pelo menos situações em que o responsável detém um poder de mercado considerável relativamente a serviços de interesse económico geral.

[99] Neste sentido cf. A. Barreto Menezes Cordeiro, *Direito da Proteção de Dados à luz do RGPD e da Lei n.º 58/2019*, Almedina, Coimbra, 2020, p. 179.

[100] Cf. artigo 7.º, n.º 1 do RGPD.

[101] Taeger, *Kommentar DSGVI-BDSG*, Taeger/Gabel (hrsg.), 3.ª ed., R&W, Frankfurt am Main, 2019, anotação ao artigo 7.º, Rn. 95.

[102] A. Barreto Menezes Cordeiro, *Direito da Proteção de Dados à luz do RGPD e da Lei n.º 58/2019*, Almedina, Coimbra, 2020, p. 180.

[103] Heckmann/Paschke, *Datenschutz-Grundverordnung Komentar*, Ehmann/Selmayr (hrsg.), 2.ª ed., C.H. Beck, München, 2018, anotação ao artigo 7.º, Rn. 96; Frenzel, *Datenschutz--Grundverordnung – Bundesdatenschutzgesetz*, Paal/Pauly (hrsg.), 3.ª ed., C.H. Beck, München, 2021, anotação ao artigo 7.º, Rn. 21; Schulz, *Datenschutz-Grundverordnung – GS-GVO (EU) 2016/679 Kommentar*, Gola (hrsg.), 2.ª ed., C.H. Beck, München, 2018, anotação ao artigo 7.º, Rn. 30, todavia terá de ser claro que o serviço apenas pode ser oferecido e economicamente viável quando feito nessas condições, mantendo-se o interesse do consumidor. Nestes casos o tratamento é válido uma vez que ocorre no âmbito de uma troca contratual sinalagmática.

[104] Neste sentido, Heberlein, *Datenschutz-Grundverordnung Komentar*, Ehmann/Selmayr (hrsg.), 2.ª ed., C.H. Beck, München, 2018, anotação ao artigo 6.º, Rn. 7.

c) uma manifestação de vontade específica

Como terceiro requisito surge a necessidade de a vontade ser específica. Este requisito destina-se a garantir que o titular dá o seu consentimento conhecendo as finalidades do tratamento dos dados, sendo respeitado o controlo pelo utilizador e assegurada a transparência. Dito isto, podemos afirmar que este requisito surge intrinsecamente ligado à necessidade de a manifestação ser também informada. De acordo com as Directrizes do Comité Europeu para a Protecção de Dados, a especificidade é cumprida pelo responsável através de três dimensões[105]: (i) especificação em função da finalidade como salvaguarda contra o desvirtuamento da função, (ii) granularidade nos pedidos de consentimento e (iii) separação clara entre as informações relacionadas com a obtenção de consentimento para actividade de tratamento de dados e informações sobre outras questões.

A primeira vertente está ligada ao princípio da limitação das finalidades consagrado no artigo 5.º, n.º 1, alínea *b)* do RGPD. A necessidade de consentimento específico em conjunção com a limitação das finalidades do tratamento permite que não exista um alargamento imprevisto das finalidades para os quais os dados foram inicialmente recolhidos com o acordo do titular[106]. O titular deve ser especificamente informado acerca da finalidade prevista para a utilização dos dados, podendo abranger várias operações de tratamento, desde que todas sirvam essa mesma finalidade[107]. O tratamento para finalidades distintas implica que o responsável obtenha um novo consentimento por parte do titular dos dados. A segunda vertente, a granularidade nos pedidos, implica que o responsável, que pretende obter consentimento para o tratamento de várias finalidades, ofereça a possibilidade de adesão separada de modo a permitir que o consentimento dado pelo titular seja específico em relação a cada uma delas, devendo estas surgir clara-

[105] Cf. Comité Europeu para a Protecção de Dados, *Diretrizes 05/2020 relativas ao consentimento na aceção do Regulamento 2016/679*, adoptadas a 4 de Maio, pp. 15 e ss.. Acrescente-se que as referidas Directrizes desenvolvem e completam os pareceres emitidos anteriormente pelo GT 29 com referências ao consentimento, em especial o seu *Parecer 15/2011 sobre a definição de consentimento*, 001197/11/PT (WP 187) adoptado a 13 de Julho.

[106] A diluição progressiva das finalidades, também conhecida como desvirtuamento da função, é um risco para os titulares dos dados, Comité Europeu para a Protecção de Dados, *Diretrizes 05/2020 relativas ao consentimento na aceção do Regulamento 2016/679*, adoptadas a 4 de Maio, p. 16.

[107] Comité Europeu para a Protecção de Dados, *Diretrizes 05/2020 relativas ao consentimento na aceção do Regulamento 2016/679*, adoptadas a 4 de Maio, p. 16.

mente identificadas e autonomizadas. Por último, o responsável deve fornecer, com cada um dos pedidos de consentimento, informações específicas acerca dos dados que serão tratados para cada finalidade[108].

Este requisito afasta a possibilidade de serem solicitados pedidos de consentimento gerais. No entanto, deve ser traçada uma distinção entre a possibilidade de pedidos de consentimento para finalidades múltiplas e o acréscimo subsequente de uma finalidade que não estava inicialmente prevista. Na última hipótese será necessário que o titular preste um novo consentimento[109].

d) uma manifestação de vontade informada

Este requisito está intrinsecamente ligado ao requisito prévio[110]. Como observámos anteriormente, uma manifestação de vontade apenas pode ser específica se for disponibilizada ao titular toda a informação necessária. A necessidade de o consentimento ser informado surge também relacionada com princípio da transparência e estreitamente ligada aos princípios da lealdade e da licitude, consagrados no artigo 5.º, n.º 1, alínea *a)* do RGPD. O Comité Europeu para a Protecção de Dados, entende que existem requisitos mínimos de conteúdo para que o consentimento seja informado: (i) a identidade do responsável pelo tratamento, (ii) a finalidade de cada uma das operações de tratamento em relação às quais se pretende obter consentimento, (iii) o tipo de dados que serão recolhidos e tratados, (iv) a existência do direito de retirar o consentimento, (v) informações acerca da utilização dos dados para decisões automatizadas em conformidade com o artigo 22.º, n.º 2, alínea *c)* do RGPD, quando pertinente e (vi) sobre os possíveis riscos de transferência de dados devido à inexis-

[108] Comité Europeu para a Protecção de Dados, *Diretrizes 05/2020 relativas ao consentimento na aceção do Regulamento 2016/679*, adoptadas a 4 de Maio, p. 17.

[109] Klement, *Datenschutzrecht, DSGVO mit BDSG*, Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmann (hrsg.), 1.ª ed., Nomos, Baden-Baden, 2019, anotação ao artigo 7.º, Rn. 6; Kühling/Buchner, *Datenschutz-Grundverordnung BDSG Kommentar*, Kühling/Buchner (hrsg.), 3.ª ed., C.H. Beck, München, 2020, anotação ao artigo 7.º, Rn. 62.

[110] Mafalda Miranda Barbosa, "Proteção de Dados, Consentimento e Tutela do Consumidor", in *Estudos de Direito do Consumidor*, António Pinto Monteiro (dir.), Centro de Direito do Consumo, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2019, pp. 37-90 (73-74), acrescenta que a informação é também necessária para que o consentimento seja prestado de forma livre, uma vez que tal apenas sucede se o titular compreender o âmbito e a dimensão do consentimento que está a prestar.

tência de uma decisão de adequação e de garantias adequadas, tal como previsto no artigo 46.º do RGPD[111].

A forma como as informações devem ser prestadas não está definida no RGPD, devendo o responsável pelo tratamento procurar a forma mais adequada para o fazer, considerando as especificidades de cada caso e garantindo que a informação prestada é clara e disponibilizada em linguagem informal, de modo a ser perceptível pelo titular. A informação prestada deve ser passível de ser compreendida pelo consumidor médio, sem qualquer formação jurídica especial[112]. Acrescente-se, também, que a informação a prestar deve ser justificável considerando o escopo do negócio, não devendo ser excessivamente detalhada[113/114].

No artigo 7.º, n.º 2 do RGPD, encontramos ainda menção à necessidade de os pedidos de consentimento serem apresentados de forma que claramente os distinga de outros assuntos, de modo inteligível e com fácil acesso, numa linguagem clara e simples. Esta disposição deve ser conjugada com o disposto no artigo 5.º da Directiva 93/13/ CEE[115], que estabelece que as cláusulas inseridas em contratos com consumidores devem ser redigidas de forma clara e compreensível e em caso de dúvida prevalecerá a interpretação mais favorável ao consumidor.

O responsável pelo tratamento deve atender ainda aos deveres de informação que constam dos artigos 13.º e 14.º do RGPD, bem como eventuais disposições especiais, nomeadamente as que sejam impostas por diplomas de Direito do consumo e que sejam aplicáveis no caso concreto.

[111] Comité Europeu para a Protecção de Dados, *Diretrizes 05/2020 relativas ao consentimento na aceção do Regulamento 2016/679*, adoptadas a 4 de Maio, pp. 17-18. Com a enumeração de requisitos ligeiramente distintos, veja-se A. Barreto Menezes Cordeiro, *Direito da Proteção de Dados à luz do RGPD e da Lei n.º 58/2019*, Almedina, Coimbra, 2020, p. 183.

[112] Kühling/Buchner, *Datenschutz-Grundverordnung BDSG Kommentar*, Kühling/Buchner (hrsg.), 3.ª ed., C.H. Beck, München, 2020, anotação ao artigo 7.º, Rn. 60.

[113] Kühling/Buchner, *Datenschutz-Grundverordnung BDSG Kommentar*, Kühling/Buchner (hrsg.), 3.ª ed., C.H. Beck, München, 2020, anotação ao artigo 7.º, Rn. 60-61, sublinhando que a apresentação da informação também deve ser adequada considerando o meio de comunicação utilizado.

[114] Tamará Cheles, "Os desafios dos consumidores na era da Big Data", in *Anuário da Proteção de Dados*, Francisco Pereira Coutinho/Graça Canto Moniz (coord.), CEDIS, Lisboa, 2021, pp. 155-176, (166), defendendo que os termos e condições devem alinhar-se com o grau de oneração do contrato em questão e apelando à figura do consumidor-médio enquanto bitola.

[115] Directiva 93/13/CEE do Conselho, de 5 de Abril, relativa às cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores.

d) uma manifestação de vontade inequívoca

O consentimento deve ser dado mediante uma declaração ou um acto positivo inequívoco. O RGPD não define uma forma específica, mas o consentimento deve sempre ser dado de forma inequívoca, seja por escrito ou oralmente e de forma expressa ou tácita[116]. Note-se que o consentimento tácito não se confunde com o mero silêncio ou inactividade por parte do titular dos dados, mas deve ser manifestado através de comportamentos concludentes[117/118].

O consentimento não se confunde com a manifestação de vontade em si, mas deve corresponder a uma manifestação de vontade que reúna todos requisitos *supra* analisados. Note-se que não há uma resposta unívoca quanto à natureza do jurídica do consentimento, não devendo este ser encarado apenas como uma manifestação de vontade. O consentimento pode por vezes ser encarado como um bem (ou um activo), uma vez que pode ser transaccionado como parte integrante de um contrato, assumindo inclusive a natureza de contraprestação de serviços gratuitos[119].

[116] Cf. Considerando 32 e, com grande detalhe, Comité Europeu para a Protecção de Dados, *Diretrizes 05/2020 relativas ao consentimento na aceção do Regulamento 2016/679*, adoptadas a 4 de Maio, pp. 20-23. Veja-se, ainda, Alexandre Sousa Pinheiro, *Comentário ao Regulamento Geral de Proteção de Dados*, Alexandre Sousa Pinheiro (coord.), Almedina, Coimbra, 2018, anotação ao artigo. 4.º, 11), p. 169, referindo que, relativamente à forma de obtenção da declaração escrita ou oral do titular, o RGPD não deve ser interpretado de modo a colocar em crise os comportamentos sociais habituais.

[117] A. Barreto Menezes Cordeiro, *Comentário ao Regulamento Geral de Proteção de Dados e à Lei n.º 58/2019*, A. Barreto Menezes Cordeiro (coord.), 1.ª ed., Almedina, Coimbra, 2021, anotação ao artigo 4.º, pp. 92-93, com exemplos de comportamentos concludentes que se traduzem num consentimento tácito. Sobre o consentimento tácito, cf. ainda Mafalda Miranda Barbosa, "Proteção de Dados, Consentimento e Tutela do Consumidor", in *Estudos de Direito do Consumidor*, António Pinto Monteiro (dir.), Centro de Direito do Consumo, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2019, pp. 37-90 (66-71), reforçando a admissibilidade de comportamentos concludentes, desde que inequívocos e explícitos (69).

[118] O GT 29 sublinhava que as simples omissões não seriam suficientes, cf. GT 29, *Parecer 15/2011 sobre a definição de consentimento*, 001197/11/PT (WP 187), pp. 13-14. Cf. ainda, Mafalda Miranda Barbosa, "Proteção de Dados, Consentimento e Tutela do Consumidor", in *Estudos de Direito do Consumidor*, António Pinto Monteiro (dir.), Centro de Direito do Consumo, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2019, pp. 37-90 (71), a Autora refere que a distinção verdadeiramente relevante não será entre declarações expressas e tácitas, mas sim entre comportamentos positivos inequívocos e omissões silentes.

[119] Assim, Schantz, *Datenschutzrecht, DSGVO mit BDSG*, Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmann (hrsg.), 1.ª ed., Nomos, Baden-Baden, 2019, anotação ao artigo 6.º, Rn. 6; A.

Como foi anteriormente referido, uma situação pode convocar mais do que um fundamento de licitude devendo o responsável eleger um deles antes da actividade de tratamento considerando a finalidade específica da operação de tratamento. Se o responsável optar pelo consentimento deve respeitar essa escolha e interromper a operação de tratamento se o titular retirar o seu consentimento. Não são admitidas escolhas retroactivas de outros fundamentos jurídicos se o consentimento for revogado ou se verificarem problemas relacionados com a sua validade[120].

2.4.2. Execução do contrato e diligências pré-contratuais – artigo 6.º, n.º 1, alínea *b)* do RGPD

De acordo com o disposto no artigo 6.º, n.º 1, alínea *b)* do RGPD, o tratamento de dados é lícito se for necessário para a execução de um contrato no qual o titular dos dados é parte ou para diligências pré-contratuais a seu pedido. O que justifica a licitude do tratamento é a necessidade desse tratamento dos dados para garantir o cumprimentos dos objectivos visados pelo contrato ou em alternativa no âmbito de diligências pré-contratuais. Não seria viável assumir que os negócios jurídicos, assentes na autonomia privada, pudessem ser validamente celebrados e executados sem o tratamento de dados. A relação jurídica que se estabelece entre os contraentes depende da troca de informações relativas às partes de forma que o contrato possa servir os seus propósitos. Contudo, o fundamento para tratamento dos dados pode ainda ser reconduzido à vontade do seu titular[121]. O tratamento está dependente de uma decisão livre e consciente por parte do titular em celebrar um contrato ou participar em diligências pré-contratuais[122].

Barreto Menezes Cordeiro, *Direito da Proteção de Dados à luz do RGPD e da Lei n.º 58/2019*, Almedina, Coimbra, 2020, p. 173.

[120] Comité Europeu para a Protecção de Dados, *Diretrizes 05/2020 relativas ao consentimento na aceção do Regulamento 2016/679*, adoptadas a 4 de Maio, p. 29. Cf. ainda, Buchner/Petri, *Datenschutz-Grundverordnung BDSG Kommentar*, Kühling/Buchner (hrsg.), 3.ª ed., C.H. Beck, München, 2020, anotação ao artigo 6.º, Rn. 23.

[121] Schantz, *Datenschutzrecht, DSGVO mit BDSG*, Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmann (hrsg.), 1.ª ed., Nomos, Baden-Baden, 2019, anotação ao artigo 6.º, Rn. 15, estruturalmente este fundamento aproxima-se do consentimento do titular dos dados; Philipp Reimer, *Europäische Datenschutzagrundverordnung Handkommentar*, Sydow (hrsg.), 2.ª ed., Nomos, Baden-Baden, 2018, anotação ao artigo 6.º, Rn. 29.

[122] Buchner/Petri, *Datenschutz-Grundverordnung BDSG Kommentar*, Kühling/Buchner (hrsg.), 3.ª ed., C.H. Beck, München, 2020, anotação ao artigo 6.º, Rn. 26.

Aliás, pode até acrescentar-se que o alcance e os limites do tratamento também são modelados pelo titular, no âmbito da sua liberdade contratual expressa através da determinação do conteúdo do contrato e a forma de contratar[123].

É inegável que a celebração de contratos, em especial nas relações com consumidores, implica a troca ou partilha de dados entre as partes. A partilha de dados torna-se indispensável quer estejamos perante as formas de contratação tradicionais, ou os meios de contratação mais modernos, com recurso à *sites* do vendedor, *apps* ou outras plataformas electrónicas semelhantes. A alternativa seriam transações anónimas sempre feitas em dinheiro[124].

Este fundamento procura garantir um equilíbrio entre os interesses dos titulares e a liberdade de empresa garantida pelo artigo 16.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia.

O artigo 6.º, n.º 1, alínea *b)* do RGPD, alude em primeiro lugar ao tratamento de dados quando esteja em causa a execução de um contrato. A referência a um contrato não suscita dificuldades interpretativas significativas, identificando-se vulgarmente como um encontro de duas ou mais vontades. Todavia, a sua aplicação não é isenta de dificuldades no que toca às relações paracontratuais[125]. Neste âmbito incluem-se as hipóteses de *culpa in contrahendo*, insubsistência do contrato, protecção de terceiros, *culpa post pactum finitum* e a responsabilidade pela confiança[126]. Estas hipóteses parecem escapar à letra do artigo 6.º, n.º 1, alínea *b)* do RGPD, na medida em que não podem ser reconduzidas à noção de contrato[127]. Cumpre também questionar se esta alínea pode ser aplicada aos negócios jurídicos unilaterais. A res-

[123] De forma semelhante, Schulz, *Datenschutz-Grundverordnung – GS-GVO (EU) 2016/679 Kommentar*, Gola (hrsg.), 2.ª ed., C.H. Beck, München, 2018, anotação ao artigo 6.º, Rn. 27.

[124] Taeger, *Kommentar DSGVI-BDSG*, Taeger/Gabel (hrsg.), 3.ª ed., R&W, Frankfurt am Main, 2019, anotação ao artigo 6.º, Rn. 52-54, o tratamento é permitido porque se coaduna com os interesses do titular havendo assim uma permissão, ainda que tácita.

[125] Ou na expressão alemã "*vertragsähnlichen Vertrauensverhältnissen*", relações de confiança que se aproximam de relações contratuais.

[126] A. Barreto Menezes Cordeiro, *Direito da Proteção de Dados à luz do RGPD e da Lei n.º 58/2019*, Almedina, Coimbra, 2020, p. 209: estamos perante situações em que não reúnem os elementos necessários para estarmos perante um contrato, mas que geram deveres de natureza contratual.

[127] A. Barreto Menezes Cordeiro, *Direito da Proteção de Dados à luz do RGPD e da Lei n.º 58/2019*, Almedina, Coimbra, 2020, p. 209, afastando a aplicação do artigo 6.º, n.º 1, alínea *b)* do RGPD, mas invocando uma eventual aplicação do fundamento constante do artigo 6.º, n.º 1, alínea *c)* do RGPD.

posta parece ser positiva sempre que o negócio seja celebrado pelo próprio titular dos dados[128].

É importante notar que a celebração de um contrato pode implicar, na grande maioria das vezes, o fornecimento de dados das partes contratantes, mas também pode implicar o fornecimento dos dados de terceiros. Os dados de terceiros não podem ser licitamente tratados com fundamento no artigo 6.º, n.º 1, alínea *b)* do RGPD, uma vez que não se verifica a existência de uma decisão de contratar por parte do titular dos dados (terceiro), não se justificando a sua inclusão neste fundamento[129]. Conclui-se que o titular dos dados tem de ser sempre parte no contrato para que este fundamento seja invocado.

A referência à execução do contrato deve ser interpretada de forma ampla, abrangendo não só o cumprimento dos deveres principais e deveres secundários, bem como o tratamento de dados pessoais após o termo do contrato[130].

Como característica deste fundamento surge a referência à necessidade, uma vez que o fundamento em análise não permite o tratamento de todos os dados, ainda que tenham alguma ligação ao contrato em questão[131]. O conceito de necessidade tem um significado independente no direito da União, devendo reflectir os objectivos da lei em matéria de protecção de dados[132].

O tratamento dos dados apenas é lícito sempre que seja necessário, ou seja quando existe uma relação directa entre o tratamento dos dados e o cumprimentos das obrigações contratuais. Estas devem ser determinadas de forma clara e inequívoca, de modo a avaliar se o tratamento dos dados está efectivamente ligado ao seu cumprimento[133]. Esta avaliação deve ser

[128] Buchner/Petri, *Datenschutz-Grundverordnung BDSG Kommentar*, Kühling/Buchner (hrsg.), 3.ª ed., C.H. Beck, München, 2020, anotação ao artigo 6.º, Rn. 28.

[129] Buchner/Petri, *Datenschutz-Grundverordnung BDSG Kommentar*, Kühling/Buchner (hrsg.), 3.ª ed., C.H. Beck, München, 2020, anotação ao artigo 6.º, Rn. 32a.

[130] Buchner/Petri, *Datenschutz-Grundverordnung BDSG Kommentar*, Kühling/Buchner (hrsg.), 3.ª ed., C.H. Beck, München, 2020, anotação ao artigo 6.º, Rn 33.

[131] AVV. Frederica Resta, *GDPR e Normativa Privacy Comentario*, Giovanni Maria Riccio/Guido Scorza/Ernesto Belisario (cura), 1.ª ed., Wolters Kluwer, Itália, 2018, anotação ao artigo 6.º, p. 70, referindo que quando se trata deste fundamento o princípio da necessidade deve ser aplicado com máximo rigor.

[132] Ac. do TJUE 1-Dez.-2008, proc. C-524/06 ECLI:EU:C:2008:724 (*Huber*), 52.

[133] Buchner/Petri, *Datenschutz-Grundverordnung BDSG Kommentar*, Kühling/Buchner (hrsg.), 3.ª ed., C.H. Beck, München, 2020, anotação ao artigo 6.º, Rn. 40, referindo, como exemplo, a compra de uma *smart TV*. A compra de uma *smart TV* pode implicar o forneci-

feita casuisticamente considerando as circunstâncias do contrato e a natureza das obrigações assumidas pelo responsável. A avaliação deve, ainda, ser feita de forma combinada, entre o objectivo prosseguido e da sua menor intrusão em comparação com outras opções que permitam atingir o mesmo objectivo.

A necessidade não se confunde com a conveniência para o responsável ou com possibilidade de fornecer ao titular um serviço mais vantajoso ou mais personalizado. Nos casos em que o titular fornece mais dados de modo a obter um serviço mais adequado às suas necessidades o fundamento que legitima o tratamento é o consentimento, nos termos da alínea *a)*[134]. O tratamento apenas se considera como necessário sempre que não exista uma alternativa menos intrusiva para o titular dos dados[135].

O critério da necessidade justifica o tratamento dos dados do titular que se mostrem imprescindíveis para a execução do contrato. Nestes dados, frequentemente, poderão incluir-se informações relativas às formas de pagamento, moradas, nomes de usuário ou até o nome do cliente[136]. As informações sobre a idade do titular também podem ser necessárias para avaliar se o bem ou serviço pode ser adquirido sem qualquer restrição[137].

É importante mencionar que o tratamento de dados para fins publicitários se afasta do cumprimento do contrato[138]. A criação de perfis de cliente

mento de vários dados, considerando que possibilita a oferta de múltiplos serviços. Contudo, o núcleo essencial das obrigações contratuais pode resumir-se à aquisição do aparelho. Deste modo, o tratamento de dados apenas será necessário na medida em que apresente uma ligação ao cumprimento desta obrigação.

[134] Buchner/Petri, *Datenschutz-Grundverordnung BDSG Kommentar*, Kühling/Buchner (hrsg.), 3.ª ed., C.H. Beck, München, 2020, anotação ao artigo 6.º, Rn. 43.

[135] Frenzel, *Datenschutz-Grundverordnung – Bundesdatenschutzgesetz*, Paal/Pauly (hrsg.), 3.ª ed., C.H. Beck, München, 2021, anotação ao artigo 6.º, Rn. 14.

[136] Schantz, *Datenschutzrecht, DSGVO mit BDSG*, Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmann (hrsg.), 1.ª ed., Nomos, Baden-Baden, 2019, anotação ao artigo 6.º, Rn. 34-36; Philipp Reimer, *Europäische Datenschutzagrundverordnung Handkommentar*, Sydow (hrsg.), 2.ª ed., Nomos, Baden-Baden, 2018, anotação ao artigo 6.º, Rn. 20.

[137] Buchner/Petri, *Datenschutz-Grundverordnung BDSG Kommentar*, Kühling/Buchner (hrsg.), 3.ª ed., C.H. Beck, München, 2020, anotação ao artigo 6.º, Rn. 63, sublinhando que poderá ser apenas necessária a indicação do ano de nascimento.

[138] Comité Europeu para a Protecção de Dados, *Diretrizes 2/2019 sobre o tratamento de dados pessoais ao abrigo do artigo 6.º, n.º 1 alínea b), do RGPD no contexto da prestação de serviços em linha dos titulares dos dados,* versão 2.0, de 8 de Outubro, pp. 15-16, em especial no que toca à publicidade comportamental em linha, mesmo nas hipóteses em que essa publicidade financia indirectamente a prestação do serviço.

não está ligada ao cumprimento de nenhuma obrigação contratual específica[139]. As práticas mais recentes têm assentado em sistemas de fidelização de clientes que se afastam dos moldes tradicionais. Estes sistemas modernos operam através da criação de perfis dos clientes e com base nesses perfis praticam um *marketing* individualizado[140]. Porém, para que estas práticas possam ser consideradas lícitas deve ser sempre prestado consentimento por parte do titular dos dados.

Outro ponto gerador de algumas dificuldades são as ofertas *online* em que o titular fornece os seus dados de modo a beneficiar de um serviço aparentemente gratuito. Nestes casos, a partilha dos dados acaba por funcionar como contrapartida. Parece que a alínea *b)* não deve ser aplicada nestas situações, uma vez que se destina a permitir o tratamento de dados que se mostre necessário à execução do contrato e não quando o tratamento dos dados é objecto do próprio contrato. O tratamento de dados como forma de pagamento deve assentar no consentimento do titular dos dados[141].

Para concluir, cabe ainda referir que este fundamento apenas se aplica ao que for necessário para a execução de um contrato, não se aplicando automaticamente a todas as outras acções desencadeadas pelo incumprimento ou outras vicissitudes. A garantia contratual pode fazer parte da execução de um contrato, pelo que a conservação de certos dados por um determinado período após a conclusão da troca de bens ou serviços pode ser necessária[142]. Ainda assim, é de afastar este fundamento quando a conservação dos dados apenas se destina a facilitar transacções futuras[143].

Em segundo lugar, no artigo 6.º, n.º 1, alínea *b)* do RGPD é referido que o tratamento de dados pessoais é lícito sempre que se mostre necessário para a realização de diligências pré-contratuais, a pedido do titular dos

[139] Schantz, *Datenschutzrecht, DSGVO mit BDSG*, Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmann (hrsg.), 1.ª ed., Nomos, Baden-Baden, 2019, anotação ao artigo 6.º, Rn. 31 e 64.

[140] Com maior detalhe, cf. Buchner/Petri, *Datenschutz-Grundverordnung BDSG Kommentar*, Kühling/Buchner (hrsg.), 3.ª ed., C.H. Beck, München, 2020, anotação ao artigo 6.º, Rn. 53.

[141] Schantz, *Datenschutzrecht, DSGVO mit BDSG*, Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmann (hrsg.), 1.ª ed., Nomos, Baden-Baden, 2019, anotação ao artigo 6.º, Rn. 33.

[142] Comité Europeu para a Protecção de Dados, *Diretrizes 2/2019 sobre o tratamento de dados pessoais ao abrigo do artigo 6.º, n.º 1 alínea b), do RGPD no contexto da prestação de serviços em linha dos titulares dos dados,* versão 2.0, de 8 de Outubro, pp. 12-13.

[143] Comité Europeu para a Protecção de Dados, *Recomendações 02/2021 sobre a base jurídica para a conservação de dados de cartões de crédito com o propósito único de facilitar futura transações electrónicas,* adoptadas em 19 de Maio, pp. 3-4, concluindo que o consentimento é a única base jurídica adequada.

dados. Incluem-se todos os actos necessários à negociação e formação do contrato, independentemente da sua efectiva celebração, tais como a preparação de uma oferta por parte do responsável ou até a reserva de bens ou serviços[144]. Sublinhamos que a iniciativa tem necessariamente de partir do titular, de modo que se verifique uma decisão livre e esclarecida que legitime o tratamento dos dados.

No contexto das diligências pré-contratuais, o tratamento também só é lícito se for necessário. A necessidade deve ser avaliada nos termos que referenciámos anteriormente, atendendo também às características das diligências pré-contratuais em causa, considerando principalmente a fase de negociação em que as partes se encontram[145].

Os dados devem ser eliminados se as negociações forem interrompidas e esteja afastada a possibilidade de celebração do contrato. Nestes casos pode existir alguma tolerância face ao tempo de manutenção dos dados, desde que o responsável mantenha a sua oferta e se mostre disponível para celebrar o contrato. Todavia, deve ter-se sempre presente a intenção do titular dos dados em celebrar ou não o contrato.

2.5. Tratamentos subsequentes e princípio da limitação das finalidades – artigo 5.º, n.º 1, alínea *b)* e artigo 6.º, n.º4 do RGPD

O artigo 6.º, n.º 4 do RGPD, refere-se expressamente à possibilidade de tratamentos subsequentes sendo uma expressão do princípio da limitação das finalidades. Para determinar o alcance deste preceito deve ser feita uma leitura conjugada com o disposto no artigo 5.º, n.º 1, alínea *b)* do RGPD[146].

A análise deste ponto mostra-se particularmente relevante, uma vez que é prática comum nas relações de consumo o recurso a tratamentos subsequentes.

2.5.1. Limitação das finalidades

O princípio da limitação das finalidades, está consagrado no artigo 5.º, n.º 1, alínea *b)* do RGPD. De acordo com este preceito, os dados devem ser recolhidos para finalidades determinadas, explícitas e legítimas, sendo

[144] O Considerando 44 refere, expressamente, a necessidade de intenção de celebração de um contrato.

[145] Schantz, *Datenschutzrecht, DSGVO mit BDSG*, Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmann (hrsg.), 1.ª ed., Nomos, Baden-Baden, 2019, anotação ao artigo 6.º, Rn. 43-44.

[146] Artigo 5.º, n.º 1, alínea *b)*.

vedada a possibilidade de tratamentos posteriores que sejam incompatíveis com essas finalidades.

A determinação das finalidades que subjazem à recolha de dados devem ocorrer antes do início da operação de tratamento, sendo que a mesma não pode ser feita de modo genérico ou com recurso a formulações vagas[147]. O responsável pelo tratamento deve definir concretamente quais as finalidades de modo a permitir o cumprimento das normas legalmente aplicáveis e consequentemente a sua *accountability*[148]. Note-se que, nada impede que a recolha dos dados seja feita tendo em vista mais do que uma finalidade, devendo cada uma ser individualmente determinada de modo diferenciado.

Além de concreta, a determinação das finalidades deve ser explícita de modo a ser conhecida e compreendida por todos os envolvidos, incluindo os titulares dos dados, as autoridades de controlo e eventuais sub-contratantes[149].

Por último, as finalidades devem ser legítimas, ou seja exige-se que respeitem, durante todo o processo de tratamento, as condições de licitude consagradas no artigo 6.º do RGPD, bem como as restantes disposições do RGPD e as demais disposições legalmente aplicáveis, incluindo as leis de protecção do consumidor.

O princípio da limitação das finalidades é uma das garantias mais importantes para os titulares dos dados, na medida em que previne que os seus dados sejam utilizados para propósitos distintos daqueles que determinaram a recolha inicial e que se enquadram nas suas legítimas expectativas[150].

2.5.2. Tratamentos subsequentes

O artigo 5.º, n.º 1, alínea *b)*, 2.ª parte do RGPD, estabelece que o tratamento subsequente de dados é admitido desde que tal seja compatível com as finalidades subjacentes ao tratamento inicial. Pode ser considerado um tratamento subsequente, qualquer tratamento posterior, ainda que com as mesmas finalidades ou com finalidades distintas[151].

[147] GT 29, *Opinion 03/2013 on purpose limitation*, 00569/13/EN (WP 203), pp. 15-16, reforçando que uma descrição demasiado detalhada também se poderá revelar contraproducente.
[148] GT 29, *Opinion 03/2013 on purpose limitation*, 00569/13/EN (WP 203), p. 15.
[149] Com maior detalhe, cf., GT 29, *Opinion 03/2013 on purpose limitation*, 00569/13/EN (WP 203), pp. 17-18.
[150] Sobre legítimas expectativas e controlo pelo utilizador, cf., GT 29, *Opinion 03/2013 on purpose limitation*, 00569/13/EN (WP 203), pp. 13-14.
[151] GT 29, *Opinion 03/2013 on purpose limitation*, 00569/13/EN (WP 203), p. 21.

O artigo 6.º, n.º 4 do RGPD, por sua vez, refere vários factores, de forma não exaustiva[152], que devem ser tidos em consideração para determinar se existe ou não uma incompatibilidade do tratamento subsequente dos dados com finalidades distintas, sendo eles: (i) a relação existente entre as finalidades originárias e as finalidades pretendidas, (ii) o contexto em que operou a recolha e, em especial, a relação existente entre os titulares dos dados e o responsável pelo tratamento, (iii) a natureza dos dados pessoais, (iv) as consequências que possam decorrer do tratamento à luz da nova finalidade e (v) a existência de salvaguardas adequadas[153]. Os factores elencados resultam em parte dos trabalhos desenvolvidos pelo GT 29[154] e destinam-se a possibilitar que seja realizado um "teste de compatibilidade"[155]. Alguma doutrina tem entendido que a consideração dos referidos critérios apenas será necessária quando o tratamento não esteja legitimado pelo consentimento do titular ou por outra condição de licitude referida no artigo 6.º do RGPD[156].

Os factores referidos permitem realizar um teste de compatibilidade, vejamos em que se traduzem[157].

Primeiramente, a conexão entre a finalidade original e a finalidade do tratamento subsequente é decisiva para a existência de compatibilidade. Isto sucede, por exemplo, quando o tratamento subsequente se insere

[152] Albers/Veit, *BeckOK Datenschutzrecht*, Brink/Wolff (hrsg.), 36.ª ed., C.H. Beck, München, 2021, anotação ao artigo 6.º, Rn. 69.

[153] Cf. artigo 6.º, n.º 4, alíneas *a)* a *e)*.

[154] GT 29, *Opinion 03/2013 on purpose limitation*, 00569/13/EN (WP 203), pp. 23-27.

[155] Schulz, *Datenschutz-Grundverordnung – GS-GVO (EU) 2016/679 Kommentar*, Gola (hrsg.), 2.ª ed., C.H. Beck, München, 2018, anotação ao artigo 6.º, Rn. 203-204.

[156] Albers/Veit, *BeckOK Datenschutzrecht*, Brink/Wolff (hrsg.), 36.ª ed., C.H. Beck, München, 2021, anotação ao artigo 6.º, Rn. 71; Heberlein, *Datenschutz-Grundverordnung Komentar*, Ehmann/Selmayr (hrsg.), 2.ª ed., C.H. Beck, München, 2018, anotação ao artigo 6.º, Rn. 50, desde que o consentimento vise as várias finalidades. Este consentimento deve ser obtido de forma inequívoca. Tecendo algumas críticas a esta opção: Schulz, *Datenschutz-Grundverordnung – GS-GVO (EU) 2016/679 Kommentar*, Gola (hrsg.), 2.ª ed., C.H. Beck, München, 2018, anotação ao artigo 6.º, Rn. 214.

[157] Com uma análise mais detalhada: Schulz, *Datenschutz-Grundverordnung – GS-GVO (EU) 2016/679 Kommentar*, Gola (hrsg.), 2.ª ed., C.H. Beck, München, 2018, anotação ao artigo 6.º, Rn. 205-214; Alexander Rossnagel, *Datenschutzrecht, DSGVO mit BDSG*, Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmann (hrsg.), 1.ª ed., Nomos, Baden-Baden, 2019, anotação ao artigo 6.º, Rn. 36-64. Cf. também GT 29, *Opinion 03/2013 on purpose limitation*, 00569/13/EN (WP 203), pp. 23 e ss.

estruturalmente em várias etapas com ligação ao objectivo inicialmente prosseguido pelo tratamento inicial[158].

Em segundo lugar, é feita referência ao contexto em que os dados foram recolhidos e a relação entre o titular e o responsável pelo tratamento. Este factor está intimamente ligado às expectativas razoáveis do titular face à possibilidade de um tratamento subsequente[159]. Se o responsável pelo tratamento teve oportunidade de obter o consentimento do titular para tratamentos subsequentes, com finalidades distintas da recolha inicial, mas optou por não o fazer, o titular pode presumir que os dados não serão tratados para outros fins[160]. A relação de proximidade que se estabelece entre o responsável e o titular também pode ser elucidativa das expectativas razoáveis do titular[161]. Tome-se por exemplo uma relação entre vendedor/cliente: não é expectável que o vendedor proceda ao tratamento de dados do cliente tendo em vista fins publicitários ou de *marketing*[162].

Em terceiro lugar, e de acordo com o artigo 6.º, n.º 4, alínea *c)* do RGPD, deve também atender-se à natureza dos dados pessoais em questão, nomeadamente se se inserem em alguma categoria especial. Sendo dados de categorias especiais o exame de compatibilidade dever ser feito de forma mais cuidadosa.

Em quarto lugar, o teste de compatibilidade deve ser feito atendendo às consequências de um tratamento subsequente, para o titular dos dados. As possíveis consequências podem traduzir-se num maior risco para o titular dos dados. Se estivermos perante consequências incertas o tratamento subsequente não será admitido[163]. As consequências serão potencialmente mais negativas se o tratamento subsequente implicar a transmissão de dados para um terceiro, hipótese em que não deve ser admitido. É mais difícil para

[158] GT 29, *Opinion 03/2013 on purpose limitation*, 00569/13/EN (WP 203), pp. 23-24.

[159] Alexander Rossnagel, *Datenschutzrecht, DSGVO mit BDSG*, Simitis/ Hornung/ Spiecker gen. Döhmann (hrsg.), 1.ª ed., Nomos, Baden-Baden, 2019, anotação ao artigo 6.º, Rn. 43-45.

[160] Alexander Rossnagel, *Datenschutzrecht, DSGVO mit BDSG*, Simitis/ Hornung/ Spiecker gen. Döhmann (hrsg.), 1.ª ed., Nomos, Baden-Baden, 2019, anotação ao artigo 6.º, Rn. 48.

[161] GT 29, *Opinion 03/2013 on purpose limitation*, 00569/13/EN (WP 203), pp. 24-25.

[162] Taeger, *Kommentar DSGVI-BDSG*, Taeger/Gabel (hrsg.), 3.ª ed., R&W, Frankfurt am Main, 2019, anotação ao artigo 6.º, Rn. 150.

[163] Schulz, *Datenschutz-Grundverordnung – GS-GVO (EU) 2016/679 Kommentar*, Gola (hrsg.), 2.ª ed., C.H. Beck, München, 2018, anotação ao artigo 6.º, Rn. 183.

o titular compreender e avaliar as consequências de um tratamento subsequente se este for efectuado por outro que não o responsável inicial[164].

Por último, o artigo 6.º, n.º 4, alínea *e)* do RGPD, refere que deve ser considerada a existência de salvaguardas adequadas, tais como, a cifragem dos dados ou a pseudonomização. Estas salvaguardas destinam-se a garantir uma protecção do titular dos dados, que ficará mais vulnerável pela existência de um tratamento subsequente e assim compensar a alteração das finalidades inicialmente definidas[165].

Na hipótese de se verificar a compatibilidade através dos vários factores *supra* indicados, conclui-se que não é necessária a invocação de uma base jurídica distinta e o tratamento subsequente é legítimo. O teste de compatibilidade não é exigido na hipótese de o tratamento subsequente se fundar no consentimento do próprio titular ou em disposição legal que vise salvaguardar os objectivos elencados no artigo 23.º do RGPD[166]. Ainda assim, um tratamento subsequente de dados pressupõe o cumprimento de todos os princípios e disposições legais do RGPD, pelo que, nos termos do artigo 13.º, n.º 3 e do artigo 14.º, n.º 4 do RGPD, o responsável é obrigado a informar o titular dos dados sobre as novas finalidades e fornecer todas as informações relevantes para garantir o cumprimento do princípio da transparência.

No âmbito dos tratamentos subsequentes e em concreto nas relações de consumo é importante mencionar o artigo 13.º da Directiva Privacidade Electrónica[167], também conhecida como Directiva *ePrivacy*. Esta Directiva complementa o RGPD no que toca a comunicações electrónicas e consagra desvios ao regime geral do artigo 6.º, n.º 4 do RGPD.

O artigo 13.º da Directiva estabelece uma regra de *opt-in*, ou seja um consentimento antecipado, para certos casos de comunicações não solicitadas em especial com propósitos de *marketing*[168]. Por sua vez, o artigo 13.º,

[164] Buchner/Petri, *Datenschutz-Grundverordnung BDSG Kommentar*, Kühling/Buchner (hrsg.), 3.ª ed., C.H. Beck, München, 2020, anotação ao artigo 6.º, Rn. 190.

[165] GT 29, *Opinion 03/2013 on purpose limitation*, 00569/13/EN (WP 203), p. 26.

[166] A. Barreto Menezes Cordeiro, *Comentário ao Regulamento Geral de Proteção de Dados e à Lei n.º 58/2019*, A. Barreto Menezes Cordeiro (coord.), 1.ª ed., Almedina, Coimbra, 2021, anotação ao artigo 7.º, p. 120

[167] Directiva 2002/58/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de Julho, relativa ao tratamento de dados pessoais e à protecção da privacidade no sector das comunicações electrónicas.

[168] Ana Azevedo Amorim, "Comunicação comercial e direitos dos consumidores: desafios da sociedade da informação", in *Revista de Direito Intelectual*, n.º 01, Almedina, Coimbra, 2015, pp. 165-189, (187-188), pretende evitar-se que o indivíduo se torne um simples objecto

n.º 2, cria uma excepção para os casos em que haja um relação pré-existente. Na hipótese de o consumidor já ter adquirido bens ou serviços, e para esse feito ter fornecido o seu endereço de *e-mail*, é possível que receba comunicações não solicitadas com informações sobre produtos ou serviços similares[169]. Nestes casos o consumidor deve ter a possibilidade de demonstrar que não pretende receber tais comunicações, através de uma regra de *opt-out*. Nas hipóteses subsumíveis ao artigo 13.º da Directiva *ePrivacy* não é necessário realizar-se o teste de compatibilidade. Note-se que não ficam abrangidas por este preceito as medidas de *marketing* mais tradicionais, como comunicações gerais com propósitos comerciais mais amplos ou até outros propósitos[170].

2.6. Outros diplomas relacionados com a protecção de dados pessoais do consumidor

Na nossa análise demos primazia ao RGPD, porque é o diploma mais relevante em matéria de protecção de dados. No entanto, cumpre assinalar que existem igualmente outros diplomas cuja aplicação pode ser relevante para a protecção de dados e em especial para a protecção do consumidor.

A primeira menção digna de reparo é a Directiva Privacidade Electrónica[171], também conhecida como Directiva *ePrivacy*. De acordo com o artigo 1.º, n.º 2 da Directiva *ePrivacy*, as suas disposições especificam e complementam o RGPD[172]. Esta Directiva tem como objectivo harmonizar as disposições necessárias para garantir um nível equivalente de protecção dos direitos e liberdades fundamentais, no que respeita ao tratamento de dados pessoais no sector das comunicações electrónicas e garantir a livre circulação de dados e de equipamentos e serviços de comunicações electrónicas na União[173].

de informação para efeitos comerciais, sendo que na ausência de uma relação prévia com o anunciante a necessidade de tutela da privacidade assume particular relevância nas plataformas digitais.

169 GT 29, *Opinion 03/2013 on purpose limitation*, 00569/13/EN (WP 203), p. 34.

170 GT 29, *Opinion 03/2013 on purpose limitation*, 00569/13/EN (WP 203), p. 34.

171 Directiva 2002/58/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de Julho, relativa ao tratamento de dados pessoais e à protecção da privacidade no sector das comunicações electrónicas.

172 Cf. artigo 94.º, n.º 2 do RGPD.

173 Cf. Artigo 1.º, n.º 1 da Directiva *ePrivacy*.

O âmbito de aplicação da Directiva *ePrivacy* é definido no seu artigo 3.º, sendo aplicável ao tratamento de dados pessoais no contexto da prestação de serviços de comunicações electrónicas acessíveis ao público e às redes de comunicações electrónicas. Apesar de o seu âmbito de aplicação não possuir qualquer menção aos consumidores, a verdade é que a prestação dos referidos serviços é abrangida pelo conceito de relações de consumo, tal como definido pela LDC. Deste modo, existem várias actividades de tratamento que accionam o âmbito de aplicação do RGPD e da Directiva *ePrivacy* e que simultaneamente podem ser relações que envolvam consumidores. Podem ser referidos como exemplos, a utilização de *cookies* e as relações comerciais que se estabelecem entre os prestadores de serviços de comunicações e a pessoa singular que os utiliza[174]. Como referimos anteriormente, a Directiva *ePrivacy* especifica e complementa as disposições do RGPD, sendo por isso qualificada como *lex specialis*. Relativamente ao tratamento de dados pessoais, a Directiva *ePrivacy* consagra especialidades no seu artigo 6.º face ao artigo 6.º do RGPD, uma vez que limita as condições em que os dados de tráfego podem ser objecto de tratamento. De notar que existem ainda especialidades relativamente às informações armazenadas no dispositivo do utilizador final, sendo exigido o seu consentimento[175]. O único fundamento passível de legitimar o tratamento de dados nestas hipóteses é o consentimento do titular.

Importa ainda mencionar a Directiva 2011/83/UE[176], em especial as alterações introduzidas pela Directiva 2019/2161/UE[177]. Esta Directiva altera o âmbito de aplicação da Directiva 2011/83/UE, esclarecendo que o mesmo

[174] Comité Europeu para a Protecção de Dados, *Parecer 5/2019 sobre a interação entre a Diretiva Privacidade Eletrónica e o RGPD, particularmente em matéria de competência, atribuições e poderes das autoridades de proteção de dados,* adoptado em 12 de Março, pp. 11-12.

[175] Cf. artigo 5.º, n.º 3 da Directiva *ePrivacy*. Com maior detalhe, cf. ainda, Comité Europeu para a Protecção de Dados, *Parecer 5/2019 sobre a interação entre a Diretiva Privacidade Eletrónica e o RGPD, particularmente em matéria de competência, atribuições e poderes das autoridades de proteção de dados,* adoptado em 12 de Março, pp. 14-15.

[176] Directiva 2011/83/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de Outubro, relativa aos direitos dos consumidores, altera a Directiva 93/13/CEE do Conselho e a Directiva 1999/44/CE do Parlamento Europeu e do Conselho e que revoga a Directiva 85/577/CEE do Conselho e a Directiva 97/7/CE do Parlamento Europeu e do Conselho.

[177] Directiva (UE) 2019/2161 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de Novembro, que altera a Directiva 93/13/CEE do Conselho e as Directivas 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.

deverá ser alargado por forma a abranger 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[178].

Conclusão

O Direito da protecção de dados e o Direito do consumidor são duas áreas de grande relevância na sociedade moderna actual, cujos primeiros traços surgiram na década de 60, reportando-se a sua génese ao mesmo período histórico. Não é difícil identificar espaços de sobreposição entre as duas temáticas, considerando a crescente preocupação com o tratamento de dados dos consumidores em virtude da grande exposição dos mesmos às novas tecnologias e aos grandes desenvolvimentos nas formas de comércio a nível global.

No sistema jurídico nacional o principal diploma em matéria de tutela do consumidor é a LDC. A LDC pode ser encarada como uma lei de bases onde estão consagrados os princípios gerais destinados à protecção do consumidor. No elenco de direitos de natureza substantiva ou mecanismos processuais destinados a garantir a tutela do consumidor, consagrados na LDC, não figura qualquer menção à protecção dos seus dados pessoais, tendo a mesma de ser procurada noutros diplomas.

O RGPD é o diploma primordial em matéria de protecção de dados no ordenamento jurídico nacional e europeu. O seu âmbito de aplicação material engloba as relações de consumo, podendo o titular dos dados assumir-se igualmente como consumidor. Do âmbito de aplicação do RGPD, ficam excluídas as pessoas colectivas. Apesar de não existir margem de dúvida relativamente a esta exclusão, no que toca ao RGPD, a situação mostra-se mais problemática em relação à noção de consumidor constante da LDC, verificando-se divergências quanto à possibilidade de incluir igualmente as pessoas colectivas. Esta diferença leva-nos a afirmar que o conceito de consumidor adoptado pelo ordenamento jurídico português se afasta do conceito de consumidor comunitário que é restrito às pessoas singulares. Concluímos que a considerar-se a possibilidade de existirem consumidores colectivos, estes não gozam da protecção de dados pessoais conferida pelo RGPD.

O âmbito de aplicação territorial do RGPD apresenta algumas particularidades relevantes para as relações de consumo. O critério do estabe-

[178] Cf. Considerandos 31 e 32.

lecimento implica que o RGPD seja aplicável a todos os responsáveis que possuam estabelecimento estável no território da União. Todavia, o RGPD pode abarcar operações de tratamento feitas por responsáveis que não possuam estabelecimento estável no território da União. Esta extensão de aplicação do RGPD é importante no que toca às relações de consumo, uma vez que vivemos numa sociedade globalizada sendo cada vez mais frequentes as relações dos consumidores europeus com empresas internacionais. O RGPD é aplicável sempre que os titulares se encontrem no território da União e que as actividades de tratamento estejam relacionadas com: (i) a oferta de bens e serviços, independentemente da exigência de pagamento ou (ii) controlo do comportamento dos titulares dos dados, desde que esse comportamento tenha lugar na União.

Concluindo pela aplicação do RGPD às relações de consumo, cabe verificar em que termos se pode processar o tratamento dos dados pessoais do consumidor. Detivemos a nossa atenção apenas em dois fundamentos, que evidenciam uma maior ligação às relações que envolvem consumidores: (i) o consentimento e (ii) o tratamento de dados necessário para a execução de um contrato no qual o titular dos dados seja parte ou para diligências pré-contratuais a seu pedido.

O consentimento apresenta-se como uma manifestação de vontade, livre, específica e inequívoca. Considerando que estamos perante relações que envolvem consumidores, será necessária uma especial cautela na avaliação da liberdade do titular. É importante verificar se não existe um desequilíbrio manifesto que possa prejudicar a validade do consentimento ou se não foi violada a proibição de acoplamento.

O tratamento de dados para a execução de um contrato no qual o titular dos dados seja parte ou para diligências pré-contratuais a seu pedido mostra-se imprescindível para garantir a satisfação dos consumidores, uma vez que não seria viável assumir que as relações de consumo pudessem subsistir sem o tratamento de dados pessoais. No entanto, este fundamento obedece a critérios de necessidade que se destinam a garantir um equilíbrio entre a liberdade de empresa e autonomia privada e a protecção dos dados do consumidor.

A possibilidade de tratamentos subsequentes também se mostra particularmente relevante nas relações de consumo, uma vez que é uma prática recorrente, ou pelo menos pode tornar-se tentadora, considerando os benefícios que pode trazer às empresas que poderão tratar os dados pessoais com maior facilidade. Porém, os tratamentos subsequentes apenas são

admitidos quando respeitem os critérios definidos no RGPD, sendo sujeitos a um teste de compatibilidade.

Finalmente, cumpre ter presente que a tutela do consumidor e a protecção de dados são matérias em constante mutação, motivada pelos desenvolvimentos tecnológicos e evolução do mercado e das práticas comerciais. Assim, além das regras gerais que analisámos, proliferam outros diplomas nacionais e europeus que podem conter especialidades aplicáveis em determinadas relações de consumo.

PRINCÍPIOS E TRATAMENTO LÍCITO DOS DADOS

Mafalda Miranda Barbosa[1]

Resumo: *O tratamento de dados pessoais, ao mesmo tempo que permite o desenvolvimento de sistemas de inteligência artificial, responsáveis pela evolução tecnológica de que beneficiam as sociedades atuais, envolve diversos riscos para os seus titulares. Assume, por isso, particular importância a disciplina normativa relativa à proteção de dados e, dentro desta, o estudo dos princípios informadores e enformadores dessa disciplina. Nas páginas que se seguem, procuraremos perceber quais são, como se modelam e em que termos se projetam nas diversas soluções de quid iuris.*

Sumário: *1. Introdução; 2. A licitude do tratamento; 3. Transparência; 4. Limitação das finalidades; 5. Minimização de dados e limitação da conservação; 6. Exatidão; 7. Integridade e confidencialidade; 8. Lealdade; 9. Responsabilidade.*

1. Introdução

A proteção de dados está na ordem do dia, contaminando o discurso jurídico e levando o jurista a debruçar-se sobre os problemas que faz emergir. Vários são os fatores determinantes deste fenómeno. Entre eles, destaca-se o desenvolvimento das novas tecnologias de informação, de utilização

[1] Univ Coimbra, Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra/ University of Coimbra Institute for Legal Research, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Orcid: 0000-0003-0578-4249.

generalizada, que tornam mais fácil o acesso a dados pessoais e o cruzamento das informações recolhidas[2].

O mundo atual vive, de facto, um período de transformação informacional, caracterizado por uma produção e armazenamento em massa de dados gerados continuamente. À medida que os diversos *smartphones*, *tablets*, computadores e múltiplos outros aparelhos se conectam, são recolhidos e transmitidos dados através de redes de alta velocidade, que depois são armazenados em bases de dados distribuídas e analisados com as mais variadas finalidades por *softwares* cada vez mais poderosos e sofisticados[3]. Os três «*Vês*» – volume, velocidade e variedade – que caracterizam a explosão informacional dos nossos dias garantem uma análise mais fidedigna, permitindo novas formas de inferência e predição, num movimento acelerado que se incrementará ainda mais com o advento do 5G e o surgimento da computação quântica[4]. Os dados pessoais, ao mesmo tempo que permitem o desenvolvimento de sistemas de inteligência artificial, são por estes gerados e trabalhados, aumentando-se o potencial risco para os seus titulares[5].

O risco a que se alude refrate-se a diversos níveis: ao *nível da privacidade*, pelo potencial intrusivo que o processamento de certos dados comporta, permitindo, em alguns casos, a sequenciação dos movimentos do titular daqueles ao longo de toda a sua vida; *ao nível da igualdade*, pelo perigo de discriminação que pode resultar da análise dos dado pessoais (falamos a este nível de diversos tipos de discriminação[6]: discriminações *stricto sensu* – v.g. no caso de uma instituição financeira que, sabendo que um seu potencial cliente faz recorrentemente pesquisas acerca de mecanismos de proteção

[2] Cf. Jorge Miranda/Rui de Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, tomo I, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, artigo 35.º, 379-380; Alexandre de Sousa Pinheiro, "A proteção de dados na proposta de regulamento comunitário apresentado pela Comissão Europeia: primeiras reflexões", *Direito e Política*, n.º 1, 2012, 9 s.; Alexandre de Sousa Pinheiro, *Privacy e proteção de dados pessoais: a construção dogmática do direito à identidade informacional*, AAFDL, Lisboa, 2015, 427.

[3] Mikel Niño/Arantza Illarramendi, "Understanding Big Data: antecedents, origin and later development", *Dyna New Technologies*, 2, 2018, 1 s.

[4] Cf. Laney, *3D Data Management: Controlling Data Volume, Velocity, and Variety*, META group Inc., 2001. http://blogs.gartner.com/doug-laney/files/2012/01/ad949-3D-Data-Management-Controlling-Data-Volume-Velocity-and-Variety.pdf.

[5] Cf. Mafalda Miranda Barbosa, "*Dos expert systems* aos *data systems AI*: impacto ao nível da proteção de dados", *Julgar*, 45, 2021 (no prelo).

[6] Cf., para maiores desenvolvimentos, Mafalda Miranda Barbosa, "Proteção de dados, consentimento e tutela do consumidor", *Estudos de direito do consumidor*, 15, 2019, 37 s.

em situações de incumprimento contratual, recusa conceder crédito ou, concedendo-o, fixa um *spread* muito elevado; ou nas hipóteses de discriminação laboral, social, étnica, política; e situações de *adaptative pricing*, ou seja, a prática de variação dos preços em função do perfil do consumidor, de tal modo que a proposta negocial apresentaria um preço mais elevado aos consumidores que se mostrassem aptos a aceitar aquela oferta mais valiosa); *ao nível da liberdade*, pelo fomento de fenómenos como o *boxing*, que tem expressão em termos comerciais e em termos políticos e ideológicos, abrindo-se as portas a formas de manipulação informativa.

Compreende-se, por isso, que o direito não possa ser alheio a este segmento do real, devendo procurar edificar uma tutela efetiva dos dados pessoais. Sendo concebido como um direito de personalidade e como um direito fundamental, a proteção de dados justifica-se em vários planos, que acompanham, *grosso modo*, os níveis de risco a que aludimos.

Em primeiro lugar, afigura-se vital para salvaguarda da identidade do sujeito, já que a divulgação de dados pessoais pode levar a que outros se apropriem daquela ou que haja dela uma deturpação, fazendo com que a pessoa seja confundida com outra ou que seja desvirtuada a verdade pessoal do sujeito; em segundo lugar, torna-se essencial para garantir que não se divulgam determinados elementos que, dizendo respeito ao sujeito, podem ser motivo de discriminação, sendo por isso determinante para a defesa da igualdade[7]; em terceiro lugar, é fulcral para a defesa da privacidade do sujeito, bem como para a tutela de outros direitos de personalidade como a honra. Isto significa que a proteção de dados não tem como objeto último um direito de personalidade, mas vários direitos de personalidade do titular

[7] Cf. Jorge Miranda/Rui de Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, 380. Sobre os dados ditos sensíveis, a que a Constituição se refere no artigo 35.º/3, consideram Jorge Miranda e Rui de Medeiros que são "os elementos de informação cujo tratamento informático, além de poder contender com a privacidade do sujeito, pode vir a dar origem a tratamentos desiguais ou discriminatórios" – cf. Jorge Miranda/Rui de Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, 386.
Sobre os dados sensíveis, para uma outra visão do problema, cf. Alexandre de Sousa Pinheiro, *Privacy e proteção de dados pessoais*, 487 s. e Spiros Simitis, "Sensitive datenzur Geschichte und Wirkung einer Fiktion", *Festschrift zum 65. Geburstag von M. Pedrazzini* (E. Bem/J. Nicolas Druey/Ernest A. Kramer/ Ivo Schwander, ed.), Stämpfli & Cie. AG., 1990, 469 s., também citado por Alexandre Sousa Pinheiro., considerando que não há dados pessoais inofensivos e que, por isso, não faz grande sentido a autonomização dos dados sensíveis, já que tudo depende do contexto global do tratamento que deles é feito.
Veja-se, igualmente, Anne Cammmilleri Subrenat/Claire Levallois-Barth, *Sensitive data protection in the European Union*, Bruylant, Bruxelles, 2007.

dos dados. E, por outro lado, significa que, e fazendo apelo a uma classificação jus-subjetiva muito cara ao constitucionalismo, estamos diante de um direito-garantia, uma guarda-avançada de certas posições jurídicas ativas, estabelecendo-se entre o direito à proteção de dados e os direitos que lhe subjazem uma relação de interioridade constitutiva[8].

Simplesmente, se o potencial intrusivo e o caráter arriscado são reconhecidos, não é menos seguro que a solução não pode passar pela proibição *tout court* do tratamento de dados, não só porque ele se afigura imprescindível em muitas situações, como porque é consabido que, por seu intermédio, se potenciam inovações profundas e benéficas para todos. A preocupação do jurista deve, portanto, ser a de encontrar um equilíbrio necessário que garanta a salvaguarda do núcleo essencial dos diversos interesses e valores em jogo.

Não se estranha, por isso, a importância que os princípios informadores e enformadores da disciplina da proteção de dados revestem. Nessa medida, o Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento e do Conselho, de 27 de abril de 2016 – RGPD – elenca uma séria de princípios a que deve obedecer o tratamento de dados. Importa, assim, perceber quais são, como se modelam e em que termos se projetam nas diversas soluções de *quid iuris*.

2. A licitude do tratamento

I – O tratamento de dados deve, em primeiro lugar, ser feito de forma *lícita* – ***princípio da licitude do tratamento***. Tal licitude fica dependente da existência do *consentimento* do titular dos dados ou, em alternativa, da verificação de uma das situações previstas no artigo 6.º/1 RGPD: se o tratamento for necessário para a execução de um contrato no qual o titular dos dados é parte, ou para diligências pré-contratuais a pedido do titular dos dados; se o tratamento for necessário para o cumprimento de uma obrigação jurídica a que o responsável pelo tratamento esteja sujeito; se o tratamento for necessário para a defesa de interesses vitais do titular dos dados ou de outra pessoa singular; se o tratamento for necessário ao exercício de funções de interesse público ou ao exercício da autoridade pública de que está investido o responsável pelo tratamento; se o tratamento for necessário para efeito dos interesses legítimos prosseguidos pelo responsável pelo tratamento ou por

[8] Para outros desenvolvimentos, cf. Mafalda Miranda Barbosa, "Proteção de dados e direitos de personalidade: uma relação de interioridade constitutiva. Os beneficiários da proteção e a responsabilidade civil", *Estudos de Direito do Consumidor*, 12, 2017, 75.

terceiros, exceto se prevalecerem os interesses ou direitos e liberdades fundamentais do titular que exijam a proteção dos dados pessoais, em especial se o titular for uma criança.

No que respeita a certas *categorias especiais de dados*, outrora designados dados sensíveis (dados pessoais que revelem a origem racial ou étnica, as opiniões políticas, as convicções religiosas ou filosóficas, ou a filiação sindical, os dados genéticos, os dados biométricos que permitam identificar uma pessoa de forma inequívoca, os dados relativos à saúde, dados relativos à vida sexual ou à orientação sexual de uma pessoa), parte-se da *proibição do seu tratamento*, nos termos do n.º 1 do artigo 9.º RGPD. Tal regra – da proibição de tratamento de dados especiais – suscita, contudo, dúvidas a parte da doutrina, sustentando alguns, porque nenhum dado pessoal é inofensivo, não fazer sentido a distinção[9]. Seja como for, pelo potencial discriminatório que encerram, o legislador europeu entendeu dever dispensar-lhes um tratamento também especial, proibindo o seu tratamento.

Admite-se, não obstante, que o tratamento de tais dados possa ter lugar, sempre que o seu titular dê o consentimento explícito, tendo em conta uma ou mais finalidades; sempre que o tratamento se revele necessário para efeitos do cumprimento de obrigações e do exercício de direitos especí-

[9] Sobre a identificação de dados sensíveis, cf. Alexandre de Sousa Pinheiro, *Privacy e proteção de dados pessoais*, 723. Explica o autor que a conjugação entre o artigo 35.º CRP e o artigo 7.º Lei n.º 67/98 "não apresenta uma tipificação de toda a informação desta natureza", permitindo-se a ampliação dos dados sensíveis através da "cláusula aberta da vida privada". O autor dá o exemplo do fumo do cigarro que tem sido entendido pela CNPD como um dado sensível, por ser "um hábito da vida passível de comportamentos discriminatórios".
Veja-se, igualmente, Pilar Nicolás Jiménez, *La protección jurídica de los datos genéticos de carácter personal*, Comares, Granada, 2006; Teodoro de Almeida, "O direito à privacidade e a proteção de dados genéticos: uma perspetiva de direito comparado", *Boletim da Faculdade de Direito*, 79, 2003, 355 s.; Spiros Simitis, "Sensitive datenzur Geschichte und Wirkung einer Fiktion", *Festschrift zum 65. Geburstag von M. Pedrazzini* (E. Bem/J. Nicolas Druey/ Ernest A. Kramer/ Ivo Schwander, ed.), Stämpfli & Cie. AG., 1990, 469 s., também citado por Alexandre Sousa Pinheiro., considerando que não há dados pessoais inofensivos e que, por isso, não faz grande sentido a autonomização dos dados sensíveis, já que tudo depende do contexto global do tratamento que deles é feito; Anne Cammmilleri Subrenat/Claire Levallois-Barth, *Sensitive data protection in the European Union*, Bruylant, Bruxelles, 2007; Jorge Miranda/Rui de Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, 380. Sobre os dados ditos sensíveis, a que a Constituição se refere no artigo 35.º/3, consideram Jorge Miranda e Rui de Medeiros que são "os elementos de informação cujo tratamento informático, além de poder contender com a privacidade do sujeito, pode vir a dar origem a tratamentos desiguais ou discriminatórios" – cf. Jorge Miranda/Rui de Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, 386.

ficos do responsável pelo tratamento ou do titular dos dados em matéria de legislação laboral, de segurança social e de proteção social, na medida em que esse tratamento seja permitido pelo direito da União ou dos Estados-Membros ou ainda por uma convenção coletiva nos termos do direito dos Estados-Membros que preveja garantias adequadas dos direitos fundamentais e dos interesses do titular dos dados; sempre que se revele necessário para proteger os interesses vitais do titular dos dados ou de outra pessoa singular, no caso de o titular dos dados estar física ou legalmente incapacitado de dar o seu consentimento; sempre que o tratamento for efetuado, no âmbito das suas atividades legítimas e mediante garantias adequadas, por uma fundação, associação ou qualquer outro organismo sem fins lucrativos e que prossiga fins políticos, filosóficos, religiosos ou sindicais, e desde que esse tratamento se refira exclusivamente aos membros ou antigos membros desse organismo ou a pessoas que com ele tenham mantido contactos regulares relacionados com os seus objetivos; sempre que os dados pessoais se tenham manifestamente tornado públicos pelo seu titular; sempre que o tratamento se mostre necessário à declaração, ao exercício ou à defesa de um direito num processo judicial ou sempre que os tribunais atuem no exercício da sua função jurisdicional; sempre que tratamento for necessário por motivos de interesse público importante, com base no direito da União ou de um Estado-Membro; sempre que o tratamento se afigure necessário para efeitos de medicina preventiva ou do trabalho, para a avaliação da capacidade de trabalho do empregado, o diagnóstico médico, a prestação de cuidados ou tratamentos de saúde ou de ação social ou a gestão de sistemas e serviços de saúde ou de ação social com base no direito da União ou dos Estados-Membros ou por força de um contrato com um profissional de saúde; ou que se afigure for necessário por motivos de interesse público no domínio da saúde pública, tais como a proteção contra ameaças transfronteiriças graves para a saúde ou para assegurar um elevado nível de qualidade e de segurança dos cuidados de saúde e dos medicamentos ou dispositivos médicos, com base no direito da União ou dos Estados-Membros que preveja medidas adequadas e específicas que salvaguardem os direitos e liberdades do titular dos dados, em particular o sigilo profissional; e ainda sempre que o tratamento se mostre necessário para fins de arquivo de interesse público, para fins de investigação científica ou histórica ou para fins estatísticos.

Da análise dos dois citados preceitos (artigos 6.º e 9.º RGPD) podemos extrair duas conclusões preliminares: em primeiro lugar, os fundamentos

de ilicitude do tratamento de dados são desenhados sob condições muito rigorosas; em segundo lugar, pelo menos no que respeita ao tratamento de dados em geral, deixa de se partir do princípio do consentimento para colocar em pé de igualdade as situações em que o tratamento é feito com base nele ou com base nas outras circunstâncias especificadas no artigo 6.º/1.

II – Não obstante o que fica dito, não se pode ignorar a centralidade que o consentimento reveste a este nível[10]: ele figura, na verdade, como *elemento central de legitimação*[11] da atuação de terceiros. Além disso, cumpre uma importante missão ao assegurar, ao longo de todo o período de tratamento de dados, o controlo dos mesmos por parte do seu titular. Desempenhará, ainda, um papel determinante no tocante às *decisões automatizadas*[12]. De certo modo, podemos afirmar que ele surge como *fundamento geral de* licitude do tratamento de dados que seja feito, podendo, ainda, avultar como *fundamento específico de licitude* sempre que estejam em causa *dados especiais.*

III – O consentimento deve revestir determinadas características e obedecer a certos requisitos[13]. Além disso, como veremos, o consentimento não afasta o cumprimento das obrigações que impendem sobre o *controller*, bem como da estrita fidelidade aos restantes princípios atinentes à proteção de dados.

Fundamental é que seja *prestado livremente*, estando a natureza livre do consentimento apenas garantida naquelas situações em que o titular dos dados pode não o prestar ou pode revoga-lo sem qualquer tipo de prejuízo para si. O *considerandum* 43 do RGPD dispõe que, «a fim de assegurar que o consentimento é dado de livre vontade, este não deverá constituir fundamento jurídico válido para o tratamento de dados pessoais em casos espe-

[10] Para outros desenvolvimentos, cf. Mafalda Miranda Barbosa, "Proteção de dados, consentimento e tutela do consumidor", *Estudos de direito do consumidor*, 15, 2019, 57 s., que aqui seguimos de perto.

[11] Não estamos aqui a tomar posição sobre a eventual classificação do consentimento, a este nível, no quadro das causas de exclusão da ilicitude. O termo é usado, portanto, em sentido impróprio.

[12] Cf., infra, o que se dirá.

[13] Cf. *Parecer do Grupo de Trabalho do artigo 29.º* (GT29) 15/2011, adotado em 13 de julho de 2011 (WP 187); *Linhas orientadoras no que respeita ao consentimento no quadro do Regulamento* 2016/679 do Grupo de Trabalho do artigo 29.º (GT29) (WP259.01), adotadas em 10 de abril de 2018; e European Data Protection Board (EDBP), *Guidelines 05/2020 on consent under Regulation* 2016/679, maio 2020, 5 s.

cíficos em que exista um desequilíbrio manifesto entre o titular dos dados e o responsável pelo seu tratamento, nomeadamente quando o responsável pelo tratamento é uma autoridade pública pelo que é improvável que o consentimento tenha sido dado de livre vontade em todas as circunstâncias associadas à situação específica em causa».

Assim, a título de exemplo, as autoridades públicas, como a polícia, não devem basear o tratamento de dados no consentimento, isto é, não podem ir além do que a lei lhes permite, invocando-o[14]. Isto explica-se pelo facto de, por força do estatuto de autoridade, não haver um absoluto domínio da vontade por parte do titular dos dados. Do mesmo, o Grupo de Trabalho do Artigo 29.º (GT29) esclarece que no caso de submissão do sujeito a *scanners* corporais em espaços públicos, como zonas de embarque de aeroportos, o consentimento não será inteiramente livre, por o cliente temer atrasos no embarque e a perda do voo, de tal modo que o fundamento para o tratamento de dados deve encontrar-se nas razões de segurança pública e não no consentimento. Poderá também não haver consentimento livre quando o titular dos dados se encontra numa situação de dependência (v.g., numa relação laboral) ou quando possa temer a recusa de uma prestação essencial (v.g. uma prestação médica)[15]. O dado pode ser particularmente interessante do ponto de vista do consumidor. Em determinados domínios, em que se lide com serviços públicos essenciais e em que o prestador do serviço atua em regime de monopólio, pode estar ausente a liberdade que se requer, se se constatar que, em face das circunstâncias concretas, o consumidor teme poder perder a prestação para si vital.

Em suma, exclui-se a liberdade do consentimento sempre que haja uma situação de dependência, coação ou necessidade[16].

Mas isto não significa que uma autoridade pública não possa basear o tratamento de dados no consentimento. Os exemplos oferecidos pelo

[14] Parecer do grupo de trabalho do artigo 29.º 15/2011, 19.
Veja-se, porém, os esclarecimentos contidos nas Orientações do grupo de trabalho do artigo 29.º relativas ao consentimento na aceção do Regulamento (UE) 2016/679, 7.

[15] Parecer do grupo de trabalho do artigo 29.º 15/2011, 19.

[16] Orientações do grupo de trabalho do artigo 29.º relativas ao consentimento na aceção do Regulamento (UE) 2016/679, adotadas em 28 de novembro de 2017 e revistas em 10 de abril de 2018. Considera-se, aí, que "o elemento «livre» implica uma verdadeira escolha e controlo para os titulares dos dados. Regra geral, o RGPD prevê que se o titular dos dados não puder exercer uma verdadeira escolha, se sentir coagido a dar o consentimento ou sofrer consequências negativas caso não consinta, então o consentimento não é válido".

GT29 são paradigmáticos: "um município local está a planear realizar obras de manutenção rodoviária. Uma vez que essas obras podem perturbar o trânsito durante muito tempo, o município oferece aos cidadãos a oportunidade de se registarem numa lista de correio eletrónico para receberem atualizações sobre a evolução das obras e os atrasos previstos. O município deixa bem claro que não existe obrigação de participar e solicita o consentimento para utilizar os endereços de correio eletrónico (exclusivamente) para este efeito. Os cidadãos que não derem o seu consentimento não deixarão de beneficiar de qualquer serviço essencial do município nem deixarão de exercer qualquer direito, pelo que poderão dar ou recusar livremente o seu consentimento para esta utilização dos seus dados. Todas as informações sobre as obras de manutenção rodoviária também estarão disponíveis no sítio web do município".

Numa outra situação, "uma escola pública solicita aos estudantes consentimento para utilizar as suas fotografias numa revista estudantil impressa. O consentimento nestas situações seria uma verdadeira escolha desde que não fosse negado aos estudantes o ensino ou os serviços a que têm direito e estes pudessem recusar a utilização das referidas fotografias sem ficarem prejudicados"[17]. Fundamental é que exista uma efetiva opção por parte do titular dos dados. Do mesmo modo, nem sempre que o consentimento é prestado no quadro de uma relação laboral estará ausente a liberdade[18].

Simetricamente, não é pelo facto de o *controller* ser um ente privado que se afasta qualquer indício de invalidade do consentimento com base na falta de liberdade. No citado *considerandum* 43, podemos ler que «presume-se que o consentimento não é dado de livre vontade se não for possível dar o consentimento separadamente para diferentes operações de tratamento de dados pessoais, ainda que seja adequado no caso específico, ou se a execução de um contrato, incluindo a prestação de um serviço, depender do consentimento apesar de o consentimento não ser necessário para a mesma execução». E o artigo 7.º/4 RGDP é claro ao afirmar 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

[17] Orientações do grupo de trabalho do artigo 29.º relativas ao consentimento na aceção do Regulamento (UE) 2016/679, 7.

[18] European Data Protection Board (EDBP), *Guidelines 05/2020 on consent under Regulation* 2016/679, 9.

de um serviço, está subordinada ao consentimento para o tratamento de dados pessoais que não é necessário para a execução desse contrato".

Imagine-se que a empesa A faz depender do consentimento dos seus clientes, em simultâneo, quer a possibilidade de eles receberem comunicações promocionais dos vários serviços que são lançados no mercado, quer a possibilidade de, no final do período de fidelização, ser contactado para a renegociação das condições contratuais. Estando em causa diferentes operações de tratamento de dados, com finalidades diversas, não é possível agrega-las, de tal modo que o não consentimento em relação a uma faça decair a outra. Na verdade, a importância da renegociação das condições contratuais pode coartar a liberdade de escolha em relação às restantes operações de tratamento de dados. Esta tem sido, no entanto, uma prática reiterada entre alguns prestadores de serviços na área das comunicações móveis.

O GT29 veio considerar que "se o consentimento estiver agregado a uma parte não negociável das condições gerais do contrato, presume-se que não foi dado livremente. Assim sendo, não se considera que o consentimento foi dado de livre vontade se o titular dos dados não o puder recusar nem o puder retirar sem ficar prejudicado"[19]. No mesmo sentido se pronunciou, já em 2020, o *European Data Protection Board* (EDPB), sublinhando que qualquer forma inapropriada de pressão ou de influência sobre o titular dos dados, afastando o exercício da liberdade de vontade do sujeito, determina a invalidade do consentimento[20]. Neste contexto, o EDPB sustenta que só haverá verdadeira liberdade de escolha se o titular dos dados puder escolher entre um serviço que inclui o consentimento para o uso de dados pessoais para finalidades adicionais e um serviço equivalente, oferecido pelo mesmo *controller*, que não envolva tal consentimento[21]. E não basta que o controller invoque a existência de um serviço equivalente no mercado, prestado por outro sujeito, porque, nesse caso, a liberdade de escolha ficaria dependente de outros *players* no mercado[22].

[19] Veja-se, ainda, Orientações do grupo de trabalho do artigo 29.º relativas ao consentimento na aceção do Regulamento (UE) 2016/679, adotadas em 28 de novembro de 2017 e revistas em 10 de abril de 2018, 6.

[20] European Data Protection Board (EDBP), *Guidelines 05/2020 on consent under Regulation* 2016/679, 8.

[21] European Data Protection Board (EDBP), *Guidelines 05/2020 on consent under Regulation* 2016/679, 11.

[22] European Data Protection Board (EDBP), *Guidelines 05/2020 on consent under Regulation* 2016/679, 11.

O dado é particularmente interessante no que respeita a certas aplicações digitais. No exemplo oferecido pelo EDPB, uma aplicação de edição de fotografias para telemóvel exige que os utilizadores ativem o localizador de GPS, ao mesmo tempo que impõe, sob pena de falta de acesso ao serviço, a permissão para recolha de dados para fins publicitários. Uma vez que nem a geolocalização, nem a publicidade *online* são necessários para a prestação do serviço, o consentimento não deve ser considerado válido[23].

Particularmente relevantes a este ensejo são, igualmente, todas as situações que envolvem a recolha de *cookies* pelos prestadores de serviços. Tem-se entendido, na verdade, na senda das orientações emanadas pelo EDPB, que o acesso a determinados serviços e funcionalidades não pode ficar condicionado pelo consentimento do utilizador no que respeita à recolha de informação ou ao acesso a informação que já esteja alojada no seu equipamento. Em causa as chamadas *cookie walls*[24].

Há, porém, que ter em conta as regras em matéria de comunicações eletrónicas[25]. O futuro *Regulamento ePrivacy*, que substituirá a diretiva 2002/58/CE, mantendo embora a regra de que apenas podem ser armazenados no equipamento do utilizador cookies com o seu consentimento, exceciona situações em que, tendo em conta certas finalidades, se pode prescindir dessa autorização, designadamente quando tal seja necessário

[23] European Data Protection Board (EDBP), *Guidelines 05/2020 on consent under Regulation* 2016/679, 8.

[24] European Data Protection Board (EDBP), *Guidelines 05/2020 on consent under Regulation* 2016/679, 11, que aqui acompanhamos de muito perto.

[25] A este respeito, aliás, na ligação entre os consumidores e a proteção de dados, haveremos ainda de ter em conta algumas regras especiais: nos termos do artigo 13.º-A Lei n.º 41/2004, está sujeito a consentimento prévio expresso do assinante que seja pessoa singular, ou do utilizador o envio de comunicações não solicitadas para fins de *marketing* direto, designadamente através da utilização de sistemas automatizados de chamada e comunicação que não dependam da intervenção humana (aparelhos de chamada automática), de aparelhos de telecópia ou de correio eletrónico, incluindo SMS (serviços de mensagens curtas), EMS (serviços de mensagens melhoradas) MMS (serviços de mensagem multimédia) e outros tipos de aplicações similares, o que não impede que o fornecedor de determinado produto ou serviço que tenha obtido dos seus clientes, no contexto da venda de um produto ou serviço, as respetivas coordenadas eletrónicas de contacto, possa utilizá-las para fins de *marketing* direto dos seus próprios produtos ou serviços análogos aos transacionados, desde que garanta aos clientes em causa, clara e explicitamente, a possibilidade de recusarem, de forma gratuita e fácil, a utilização de tais coordenadas, no momento da respetiva recolha, e por ocasião de cada mensagem, quando o cliente não tenha recusado inicialmente essa utilização.

para assegurar a navegabilidade no site ou para prestação de um serviço, numa linha de continuidade com o modelo anteriormente adotado.

Importa, portanto, articular os dois regimes[26]. Assim, sempre que as informações armazenadas constituam dados pessoais, aplica-se a título de regime-regra o regime das comunicações eletrónicas, e subsidiariamente o RGPD. Não sendo necessário o consentimento para a recolha e armazenamento de cookies, este não deve ser exigido à luz da disciplina da proteção de dados. Ao invés, se o consentimento for exigido nos termos do regime das comunicações eletrónicas, não poderá procurar-se o fundamento para o tratamento de dados pessoais, que aqueles envolvam ou em que aqueles se traduzam, numa condição de licitude diversa, de acordo com o artigo 6.º RGPD[27].

Contudo, nas hipóteses que estamos a considerar, do que se trata é de entender que, porque o consentimento é exigível para a recolha de *cookies*, dele não pode ficar dependente o acesso a um qualquer serviço, sob pena de faltar a nota de liberdade que deve revestir a autorização legitimadora. Repare-se, ademais, que sempre que seja necessário o consentimento para a dita recolha e armazenamento de *cookies*, são aplicáveis os requisitos impostos pelo RGPD.

IV – Se o consentimento só se considera livre se o titular dos dados se mostrar apto a recusá-lo, sem sofrer com isso qualquer prejuízo, importa salientar que ele deve poder ser revogado a todo o tempo. O artigo 7.º/3 RGPD consagra esta faculdade, embora a retirada do consentimento não comprometa a licitude do tratamento efetuado com base no consentimento previamente dado. Esta ideia é concretizada por via da consagração do *direito ao esquecimento*, ligando-se a um outro princípio fundamental, qual seja o da *limitação da conservação*.

A regra não se distancia sobremaneira da que disciplina o consentimento em geral. Nos termos do artigo 81.º/2 CC, o consentimento é sempre revogável. Prevê-se, contudo, aí, a obrigação de indemnização dos prejuízos causados às legítimas expectativas da outra parte. O preceito deve ser –

[26] Cf. EDPB, *Opinion 5/2019 on the interplay between ePrivacy Directive and the GDPR*, 12-3-2019, 5 s. Para maiores desenvolvimentos, v., também, Catarina Silva, "A utilização de cookies e a (in)suficiência dos requisitos aplicáveis ao consentimento", *Anuário de Proteção de dados*, 2021, 10 s.

[27] Catarina Silva, "A utilização de cookies e a (in)suficiência dos requisitos aplicáveis ao consentimento", 11.

para além da problematização da natureza da responsabilidade concretamente em causa – interpretado de forma cautelosa. Na verdade, atentas as diversas modalidades de consentimento, parece que a limitação da responsabilidade às legítimas expectativas goradas não deve abranger as hipóteses de consentimento vinculante, nem tolerante.

A questão que se deve colocar é, pois, a de saber se também no tocante aos dados pessoais se deve aplicar a regra da compensabilidade dos danos que a revogação possa acarretar.

Atentemos em alguns pontos.

Em regra, este consentimento deve ser qualificado como tolerante: o sujeito admite a intromissão na sua esfera, em nome de um interesse que quer alcançar, mas não vê na atividade de tratamento de dados, em si mesmo, uma forma de realização positiva de uma dimensão do seu ser. Há, portanto, uma mera tolerância. Nessa medida, o consentimento pode ser revogado a todo o tempo, sem que o responsável pelo tratamento de dados tenha direito a qualquer compensação. Haverá, contudo, situações em que os dados pessoais são encarados como uma *commodity*, um preço a pagar por uma prestação efetuada pelo sujeito. Desde logo, num caso como esse, o fundamento para o tratamento de dados pode deixar de ser o consentimento. De acordo com o artigo 7.º/4 RGPD, o consentimento não é livre se a execução de um contrato está subordinada ao consentimento para o tratamento de dados pessoais que não é necessário para a sua execução. Ao deixar de ser livre, o consentimento deixa de ser válido. Mas, mesmo que o tratamento de dados seja essencial para a execução do contrato, a legitimação ocorre por via do artigo 6.º/1, b) RGPD. É o que sucederá, naquelas situações em que o sujeito mobiliza os seus próprios dados pessoais, retirando deles um proveito económico, como moeda de troca para a execução de uma prestação por parte do responsável pelo tratamento de dados[28]. Nessa hipótese, há efetivamente uma causa de legitimação, que não se confunde com o consentimento.

Mais do que inexistir o direito a uma compensação por parte do *controller*, em face da revogação do consentimento, importa sublinhar que deve ser tão fácil retirar o consentimento como prestá-lo. Aliás, o EDPB entende que o responsável pelo tratamento dos dados deve poder mostrar que a revogação do consentimento não tem quaisquer consequências negativas,

[28] Coloca-se a questão de saber se é assimilado por esta hipótese o caso em que o sujeito para aceder a um serviço "supostamente" gratuito usa como "moeda de troca" os seus dados pessoais.

designadamente que o desempenho do serviço prestado não decresce apenas por esse motivo[29].

Acresce que a revogação do consentimento se deve revelar tão simples como a prestação do consentimento. O RGPD não impõe que a retratação opere pela mesma via[30], mas impõe que a forma de revogação não seja mais gravosa do que aquela. Como esclarece o EDPB, se o consentimento é prestado através de uma página web, não se pode exigir que a revogação opere através de um telefonema para um *call centre* que funciona em horário de trabalho[31].

V – Por outro lado, se o consentimento surge como fundamento da licitude do tratamento de dados, então ele tem de situar-se antes do início desse tratamento. Ora, se o *quando* do consentimento não levanta dúvidas, no que respeita ao *como*, às suas modalidades e à forma que deve revestir, maiores dificuldades emergem[32]. No quadro da anterior disciplina, entendia-se que consentimento devia ser *dado de forma inequívoca*. Isto não significava, porém, que ele não pudesse ser *tácito*.

Nos termos do artigo 217.º CC, as declarações de vontade podem ser expressas ou tácitas, salvo determinação legal em contrário. Ora, sendo certo que não estaremos necessariamente diante de declarações negociais, o artigo 295.º CC manda aplicar aos atos jurídicos que não sejam negócios jurídicos as disposições próprias destes, desde que a analogia das situações o justifique. O caráter inequívoco do consentimento não era posto em causa pela natureza concludente do comportamento que o consubstanciasse, tanto mais que o citado artigo 217.º CC define a declaração tácita como aquela que "se deduz de factos que, com toda a probabilidade, a revelam"[33].

[29] EDBP, *Guidelines 05/2020 on consent under Regulation* 2016/679, 13.

[30] EDBP, *Guidelines 05/2020 on consent under Regulation* 2016/679, 23.

[31] EDBP, *Guidelines 05/2020 on consent under Regulation* 2016/679, 23.

[32] Reproduzimos, aqui, as conclusões a que chegámos em Mafalda Miranda Barbosa, "Proteção de dados, consentimento e tutela do consumidor", 76 s.

[33] Pensemos, por exemplo, numa hipótese de gravação de uma chamada telefónica, sendo o utente do serviço alertado de que, se não der o seu consentimento, deverá contactar o prestador de serviço pelos meios de comunicação alternativos. A prossecução da chamada, nestes casos, deve ser entendida como manifestação tácita do consentimento do titular dos dados pessoais.
Já será diferente a ponderação nos casos de captação de imagem por via de videovigilância. Se um comerciante utiliza câmaras de vigilância por motivos de segurança, colocando um aviso a alertar todos aqueles que acedam ao estabelecimento comercial em questão de que

O GT29 vinha admitir expressamente qualquer forma para o consentimento, embora se afastassem as omissões. Falava-se, entre outras, da assinatura de um formulário, de declarações orais, de um comportamento concludente, do envio de um pedido de informações, na medida em que o consentimento fosse necessário para lhe dar resposta[34]. O caráter expresso do consentimento só era exigível quando se lidasse com categorias especiais de dados, considerados sensíveis.

Nos termos do artigo 7.º RGPD, o responsável pelo tratamento deve poder demonstrar que o titular dos dados deu o seu consentimento para o tra-

estão a ser filmados, com forma de prevenir eventuais atos ilícitos, parece dispensar-se o consentimento, nos termos do artigo 6.º/e) Lei 67/98.

A propósito das câmaras de vigilância, tenha-se, ainda, em conta o interessante problema, no quadro da aplicação da diretiva europeia, anteriormente vigente, de determinar quando é que estamos diante de recolha de dados para uso doméstico e da questão da utilização de câmaras em casa de uma pessoa por motivos de segurança – cf. Alexandre de Sousa Pinheiro, *Privacy e proteção de dados pessoais*, 721 s.

Relativamente à forma do consentimento, veja-se Alexandre de Sousa Pinheiro, *Privacy e proteção de dados pessoais*, 595, referindo-se à diretiva europeia na matéria, transposta pela lei portuguesa. Diz-nos o autor que "a referência à manifestação explícita de vontade não resolve as dúvidas quanto à forma de expressão, dado que a natureza tácita de um comportamento não colide com a sua comunicação explícita. Decorre com clareza da diretiva que não se exclui o consentimento oral. Relativamente à natureza explícita do consentimento, deve considerar-se que não seria praticável um sistema em que, para todas as fases de tratamento, fosse necessário o consentimento do titular. A recolha do consentimento deve ser, portanto, interpelada como funcionalizada ao tratamento, sendo este composto pela multiplicidade de fases que a proposta de alteração prevê" – cf. pág. 595, nota 2257.

[34] Parecer do grupo de trabalho do artigo 29.º 15/2011, 13-14.

Atente-se, ainda, nos exemplos oferecidos nas páginas 24 e seguintes:

- Um hotel solicitava aos seus clientes que colocassem a sua morada postal num formulário em papel no caso de desejarem receber informações promocionais por correio; a colocação da morada no formulário poderia funcionar como consentimento;
- À saída de um hotel, um funcionário pergunta se o cliente está interessado em fornecer a morada para envio de informação promocional; se o cliente fornecer a morada está a prestar o seu consentimento;
- Num formulário web de reserva de quartos num hotel, existe uma caixa de diálogo visível para as pessoas selecionarem se pretenderem aderir a um programa de fidelização; a seleção da caixa deve ser vista como uma forma de consentimento expresso.
- Um fornecedor de jogos *on-line* exige aos jogadores que indiquem a sua idade, nome e morada para efeitos de participação num jogo; surge um aviso que indica que, ao utilizar o sítio *web*, e ao fornecer informações os utilizadores consentem no tratamento dos seus dados para efeitos de envio de informação comercial, tanto pelo fornecedor, como por terceiros; não há consentimento, por não existir uma manifestação inequívoca.

tamento dos seus dados pessoais. Ademais, se o consentimento do titular dos dados for dado no contexto de uma declaração escrita que diga também respeito a outros assuntos, *o pedido de consentimento deve ser apresentado de uma forma que o distinga claramente desses outros assuntos de modo inteligível e de fácil acesso e numa linguagem clara e simples*. Onde a Lei n.º 67/98 falava de consentimento inequívoco, colocando-se o problema de saber se ele poderia ser tácito e chegando-se à conclusão que o caráter não expresso da declaração, nos termos do artigo 217.º CC, não contrariava a inequivocidade dele, diz-se agora que *o responsável deve poder demonstrar que o titular dos dados deu o seu consentimento*. Ora, trata-se de uma questão probatória, que não pode ser confundida com a modalidade da declaração em causa. Em rigor, mesmo que se exigisse que o consentimento fosse prestado segundo uma determinada forma – algo que o regulamento não dispõe –, nos termos do artigo 217.º/2 CC, tal caráter formal não impediria que ela fosse emitida tacitamente, desde que a forma tivesse sido observada quanto aos factos de que a declaração se possa deduzir.

Haverá, contudo, de ter em conta o artigo 4.º/11 Regulamento. Neste define-se o consentimento como "uma manifestação de vontade, *livre, específica*, *informada* e *explícita*, pela qual o titular dos dados aceita, *mediante declaração ou ato positivo inequívoco*, que os dados pessoais que lhe dizem respeito sejam objeto de tratamento"[35].

Ora, embora haja alusão à natureza explícita da manifestação da vontade, o regulamento afirma que esta tem lugar mediante declaração ou ato positivo inequívoco. A dualidade a que assim somos conduzidos parece depor no sentido da admissibilidade de um comportamento concludente, desde que inequívoco e explícito. Simplesmente, se é de admitir, à luz do ordenamento jurídico português, e atenta a amplitude com que se compreendem os comportamentos declarativos, que haja consentimento tácito, desde que prestado de forma inequívoca, haverá, também, e não obstante, que ter em conta quer que o responsável por aquele deve poder demonstrar que o titular dos dados deu o seu consentimento para o tratamento dos seus dados pessoais[36], quer o disposto a este propósito no *considerandum* 32 do RGPD. *Exclui-se expressamente* – e em consonância com a regra ditada

[35] O artigo 3.º/h) Lei n.º 67/98 não falava de manifestação explícita, limitando-se a definir o consentimento como "qualquer manifestação de vontade, livre, específica e informada, nos termos da qual o titular aceita que os seus dados pessoais sejam objeto de tratamento".

[36] Releva a este ensejo a diferença entre as formalidades *ad probationem* e *ad substantiam*.

pelo artigo 218.º CC – *a relevância do silêncio como declaração de vontade, mas persistem dúvidas acerca do comportamento concludente como via de manifestação da vontade do sujeito*. Nada se estabelecendo a este respeito, valeriam, entre nós, numa interpretação sistemática dos preceitos do regulamento, as regras atinentes às declarações negociais, aplicáveis a esta questão ou diretamente ou por força do artigo 295.º CC[37]. Parece, contudo, que, atentas as exigências probatórias e a necessidade de interpretar o corpo do regulamento à luz dos seus *considerandi*, se pode ir ao ponto de defender a exigência de uma declaração expressa, que não equivale, contudo, a uma declaração escrita. Atentemos, porém, nas orientações do GT29, nas quais se pode ler que "um «ato positivo inequívoco» significa que o titular dos dados deve agir deliberadamente para consentir o tratamento em causa". Assim, "a utilização de opções pré-assinaladas que o titular dos dados é obrigado a modificar para recusar o tratamento («consentimento baseado no silêncio») não constitui por si só um consentimento inequívoco"[38]. Mas considera-se que, "no âmbito dos requisitos do RGPD, os responsáveis pelo tratamento têm liberdade para desenvolver um fluxo de consentimento que se adeque às respetivas organizações. A este respeito, as ações físicas podem ser consideradas um ato positivo inequívoco em conformidade com o RGPD".

Dois importantes exemplos são fornecidos pelo grupo de trabalho: "deslizar o dedo por uma barra no ecrã, assentir com a cabeça em frente a uma câmara inteligente, rodar o telemóvel no sentido dos ponteiros do relógio ou movimentá-lo de forma a desenhar no ar o número oito podem ser opções para indicar concordância, desde que sejam fornecidas informações claras e desde que seja evidente que o movimento em causa significa concordância com um pedido específico"; "fazer descer a página com o cursor ou com o dedo num sítio web não satisfaz o requisito de um ato positivo e inequívoco. Isto porque o aviso de que continuar a percorrer a página constitui consentimento pode ser difícil de distinguir e/ou pode não ser visto quando o titular dos dados estiver a percorrer rapidamente a página através de grandes quantidades de texto, uma vez que essa ação não é suficientemente inequívoca"[39]. A distinção entre ambos parece residir não na dico-

[37] Sobre o ponto, cf., ainda, Paulo Mota Pinto, *Declaração tácita e comportamento concludente no negócio jurídico*, Almedina, Coimbra, 1995.

[38] Orientações do grupo de trabalho do artigo 29.º relativas ao consentimento na aceção do Regulamento (UE) 2016/679, 18.

[39] Orientações do grupo de trabalho do artigo 29.º relativas ao consentimento na aceção do Regulamento (UE) 2016/679, 19.

tomia entre declarações expressas e tácitas[40], mas entre comportamentos positivos e inequívocos e omissões silentes. É, portanto, a essa luz que nos devemos orientar[41].

No caso dos dados sensíveis – categorias especiais de dados previstos no artigo 9.º RGPD – exige-se o consentimento explícito. De acordo com o grupo de trabalho do artigo 29.º, "em termos jurídicos, entende-se que «consentimento explícito» tem o mesmo significado que «consentimento expresso». Abrange todas as situações em que as pessoas são confrontadas com a oportunidade de dar ou não o seu acordo para um uso especial ou divulgação da informação pessoal que lhes diz respeito e respondem ativamente a essa questão, verbalmente ou por escrito. Normalmente, o consentimento explícito ou expresso é dado por escrito, com a aposição de uma assinatura manuscrita. Por exemplo, é dado consentimento explícito quando a pessoa em causa assina uma autorização que estabelece claramente porque é que o responsável pelo tratamento pretende recolher e tratar os dados"[42].

[40] Pense-se no exemplo de A que, perante a solicitação para que forneça a sua morada se quiser que os seus dados sejam tratados para efeitos de marketing direto, dá essa informação, sem mais nada dizer. Não estamos diante de uma declaração expressa e, não obstante, parece ser suficiente para efeitos de validade do consentimento

[41] Veja-se, a este propósito, o entendimento do Acórdão Planet49, proferido pelo TJUE em 1 de outubro de 2019 – Acórdão do Tribunal de Justiça (Grande Secção) de 1 de outubro de 2019 *Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände – Verbraucherzentrale Bundesverband v. Planet49 GmbH* (https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf;jsessionid=21C2114D385573869E3805BD8E4C79DA?text=&docid=218462&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=8766958).

[42] Parecer do grupo de trabalho do artigo 29.º 15/2011, 29-30. Cf. Orientações do grupo de trabalho do artigo 29.º relativas ao consentimento na aceção do Regulamento (UE) 2016/679, 20 s.: a referida declaração escrita não é a única maneira de obter consentimento explícito e não se pode dizer que o RGPD recomenda declarações escritas e assinadas em todas as circunstâncias que exigem um consentimento explícito válido. Por exemplo, num contexto digital ou em linha, o titular de dados pode emitir a declaração necessária preenchendo um formulário eletrónico, enviando uma mensagem de correio eletrónico, carregando um documento digitalizado com a assinatura do titular dos dados ou utilizando uma assinatura eletrónica. Em teoria, a utilização de declarações orais também pode ser suficiente para obter um consentimento explícito válido. Contudo, pode ser difícil para o responsável pelo tratamento provar que todas as condições aplicáveis ao consentimento explícito válido foram satisfeitas quando a declaração foi gravada. Uma organização também pode obter consentimento explícito através de uma conversa telefónica, desde que as informações acerca da escolha sejam leais, inteligíveis e claras, e desde que a organização solicite uma

VI – Determinadas hipóteses de tratamento de dados requerem um consentimento próprio, assumindo especial relevância no quadro da tutela do consumidor. Os perigos da utilização abusiva de dados pessoais para os consumidores não ficam confinados ao estrito domínio das relações contratuais que estabeleçam. Pelo contrário, há aspetos que ultrapassam uma específica relação creditícia e que não podem deixar de ser tidos em conta. Tais riscos são, sobretudo, potenciados pelo uso da inteligência artificial e pela *navegação* num ambiente virtual.

Nessa medida, um especial consentimento haverá de ser obtido sempre que o tratamento de dados seja feito de acordo com processos totalmente automatizados. De acordo com o artigo 22.º/1 RGPD, «o titular dos dados tem o direito de não ficar sujeito a nenhuma decisão tomada exclusivamente com base no tratamento automatizado, incluindo a definição de perfis, que produza efeitos na sua esfera jurídica ou que o afete significativamente de forma similar».

Segundo o entendimento do GT29, a expressão direito é aqui usada em sentido impróprio. Quer isto dizer que não se atribui uma posição subjetiva de oposição a uma qualquer tentativa de tomada de decisão exclusivamente automatizada, mas se estabelece uma proibição genérica de decisões totalmente automatizadas, incluindo a definição de perfis, quando tais decisões produzam efeitos na esfera jurídica do titular dos dados ou o afetem significativamente de forma similar[43].

A proposta interpretativa parece ser autorizada pela articulação da norma com o teor do *considerandum* 71 e com a solução consagrada no n.º 2 do citado artigo 22.º RGPD. Não cremos, porém, que os argumentos deponham no sentido da inexistência de um direito, sem que, contudo, tal implique uma discordância com a solução prático-normativa proposta pelo GT29. De facto, do que se trata é de reconhecer um direito em termos genéricos, que exclui *a priori* a possibilidade de uma tomada de decisão exclusivamente automatizada, e não um qualquer direito unicamente exercitável por reação ao comportamento do responsável pelo tratamento de dados.

Teleologicamente, a solução impõe-se com meridiana clareza. A utilização de algoritmos (quer na definição de perfis, quer na tomada de decisões

confirmação específica ao titular dos dados (p. ex. pressionar uma tecla ou fornecer confirmação oral)".

Veja-se, ainda, EDPB, *Guidelines 05/2020 on consent under Regulation* 2016/679, 18 s.

[43] GT Artigo 29.º, *Orientações sobre as decisões individuais automatizadas e a definição de perfis*, 22.

automatizadas) caracteriza-se pela sua opacidade[44], analisada pelos autores de forma tripartida: opacidade corporativa, deliberadamente gerada como forma de resguardar os segredos de negócios das empresas que desenvolvem os algoritmos; opacidade cognitiva, resultante da incapacidade que as pessoas em geral (e o titular dos dados em especial) têm de entender o funcionamento do algoritmo e de perceber a linguagem que o mesmo utiliza[45]; e opacidade técnica, inerente ao recurso ao *deep learning*, inviabilizador da explicitação do percurso decisório do *software*, mesmo por parte dos seus programadores[46].

Nessa medida, porque a incolumidade dos direitos dos titulares dos dados pessoais não se pode garantir com o mero cumprimento de deveres de informação prestados pelo responsável pelo tratamento[47], há que proibir que certas decisões sejam tomadas por algoritmos, de forma totalmente automatizada[48].

É exatamente essa perspetiva que é assumida pelo artigo 22.º/1 RGPD[49]. Importa, por isso, perceber que decisões são assimiladas pelo âmbito de relevância do preceito.

Desde logo, temos de estar diante de uma decisão. A este propósito, A. Barreto Menezes Cordeiro aduz que, "por decisão entende-se um ato, numa aceção não jurídica, que incida sobre um caso concreto e produza

[44] Cf. Jenna Burrell, *How the machine thinks: understanding opacity in machine learning algorithms*, 2015, http://ssrn.com/abstract=2660674; F. Pasquale, *The black box society*, Harvard University Press, 2015, 79 s.; Mariana Marques Rielli, "Críticas ao ideal de transparência como solução para a opacidade de sistemas algorítmicos", *Direito Digital e Inteligência Artificial: Diálogos entre Brasil e Europa* (coord. Mafalda Miranda Barbosa/Filipe Braga Netto/Michael César Silva/José Luiz de Moura Faleiros Júnior), Editora Foco, 2021, 440.

[45] Jenna Burrell, *How the machine thinks: understanding opacity in machine learning algorithms*; Mariana Marques Rielli, "Críticas ao ideal de transparência como solução para a opacidade de sistemas algorítmicos", 443.

[46] Jenna Burrell, *How the machine thinks: understanding opacity in machine learning algorithms*; Mariana Marques Rielli, "Críticas ao ideal de transparência como solução para a opacidade de sistemas algorítmicos", 443.

[47] Lilian Edwards/Kichael Veale, "Slave to the Algorithm? Why a "Right to an Explanation" is Probably not the Remedy You Are Looking For", *Duke Law & Technology Review*, 16, 2017, 18 s.

[48] Nesse sentido, a proposta de Chesterman, *Through a glass darkly: artificial intelligence and the problem of opacity*, 2020, http://ssrn.com/abstract=3575534.

[49] Cf. Barreto Menezes Cordeiro (coord.), *Comentário ao Regulamento Geral de Proteção de Dados e à Lei n.º 58/2019*, 220 s.

efeitos jurídicos relativamente a um ou mais titulares de dados específicos, quer seja a aceitação ou a recusa de um pedido, a sua caracterização, catalogação, atribuição de uma classificação, definição de perfil ou qualquer outra medida análoga produtora de um efetivo resultado"[50].

Tal decisão tem de ser *exclusivamente automatizada*, isto é, uma decisão que não envolva qualquer intervenção humana. Alerta, neste contexto, o GT29[51] que uma supervisão que não seja relevante, ou seja, que se conforme como um gesto meramente simbólico não é suficiente para afastar a qualificação. Assim, "se alguém aplicar de forma sistemática perfis gerados automaticamente a pessoas sem ter qualquer influência efetiva no resultado, tratar-se-á [...] de uma decisão tomada exclusivamente com base no tratamento automatizado"[52].

No mesmo sentido, A. Barreto Menezes Cordeiro sustenta que se "trata [...] de um critério material e não de um critério formal, pelo que previsão [...] tem-se por verificada sempre que a intervenção humana assuma contornos burocráticos, meramente confirmadores ou acríticos"[53].

Por outro lado, a decisão tem de produzir efeitos na esfera jurídica do titular dos dados ou de o afetar significativamente, de forma similar. A produção de efeitos na esfera jurídica refere-se à constituição, modificação ou extinção de relações jurídicas, mas também à afetação dos pressupostos de facto de exercício de um direito potestativo ou à lesão de um direito alheio ou de uma faculdade jurídica primária[54]. De acordo com o GT29, a decisão apenas será relevante se os efeitos tiverem um impacto grave[55].

A afetação significativa e similar dos interesses do titular do direito determina, igualmente, a proibição de decisões automatizadas. O GT29 considera que, "mesmo nos casos em que não há alterações nos seus direitos ou obrigações legais, o titular dos dados pode, contudo, sofrer um

[50] A. Barreto Menezes Cordeiro, "Decisões individuais automatizadas à luz do RGPD e da LGPD", 266.

[51] GT Artigo 29.º, *Orientações sobre as decisões individuais automatizadas e a definição de perfis*, 22.

[52] GT Artigo 29.º, *Orientações sobre as decisões individuais automatizadas e a definição de perfis*, 23.

[53] A. Barreto Menezes Cordeiro, "Decisões individuais automatizadas à luz do RGPD e da LGPD", 267.

[54] A lesão de um direito alheio tem um potencial constitutivo de relações jurídicas. Entendemos, porém, que as hipóteses deveriam ser autonomizadas para melhor compreensão dos casos envolvidos.

[55] GT Artigo 29.º, *Orientações sobre as decisões individuais automatizadas e a definição de perfis*, 23.

impacto suficiente para solicitar as proteções garantidas pela disposição em análise"[56].

Mais acrescenta que "o RGPD introduz o termo «de forma similar» [...] junto da expressão «afete significativamente». Por conseguinte, o limiar de importância deve ser similar ao da decisão que produz efeitos jurídicos".

Não cremos, no entanto, que a similitude a que se refere o preceito tenha por referente o grau de importância da afetação. Se esta é pressuposta, também, quando é afetada uma posição jurídica subjetiva, o alargamento potenciado pela parte final do preceito apenas se justifica quando a analogia das situações o justifique. Dito de outro modo, a afetação de forma similar implica que se estabeleça uma analogia bastante, de tal modo que, não se pondo em causa um direito ou uma faculdade jurídica, seja lesado um interesse digno de proteção que subjaza à tutela dos dados pessoais. Há de, portanto, convocar-se uma lógica de preenchimento da responsabilidade – ainda que se responsabilidade civil não se trate – procurando saber se o interesse lesado se pode ou não reconduzir ao núcleo fundamental de proteção dispensado pelo direito à proteção de dados.

A ideia de que a afetação tem de ser significativa implica, de acordo com a escalpelização oferecida pelo GT29, que a decisão afete "significativamente as circunstâncias, o comportamento ou as escolhas das pessoas em causa"; tenha "um impacto prolongado ou permanente no titular dos dados", ou dê "origem a uma exclusão ou discriminação das pessoas"[57].

Em rigor, a explicitação das hipóteses apresentadas pelo grupo de trabalho, acompanhada dos exemplos que nos oferecem – "decisões que afetem a situação financeira de uma pessoa, designadamente a sua elegibilidade para obtenção de crédito; decisões que afetem o acesso de uma pessoa aos serviços de saúde; decisões que impeçam o acesso de uma pessoa a uma oportunidade de emprego ou a coloquem em séria desvantagem; decisões que afetem o acesso de uma pessoa à educação, como [...] o ingresso em estabelecimentos de ensino superior"[58] –, pode envolver, em termos técnico-jurídicos, atenta a amplitude do conteúdo de alguns direitos subjetivos, uma efetiva violação de posições jus-subjetivas ativas. Por exemplo, tratando-se de decisões que afetem o acesso de uma pessoa à educação ou o ingresso no ensino superior, são lesadas dimensões que se integram no

[56] GT Artigo 29.º, *Orientações sobre as decisões individuais automatizadas e a definição de perfis*, 23.
[57] GT Artigo 29.º, *Orientações sobre as decisões individuais automatizadas e a definição de perfis*, 23.
[58] GT Artigo 29.º, *Orientações sobre as decisões individuais automatizadas e a definição de perfis*, 23.

âmbito do direito ao livre desenvolvimento da personalidade, tornando-se, então, complexa a questão de saber se tais direitos se integram ou não no âmbito de tutela da proteção de dados.

A mesma opinião é partilhada por A. Barreto Menezes Cordeiro. Nas palavras do autor, "não vemos que decisões possam afetar significativamente de forma similar os titulares dos dados, mas que não produzam efeitos na sua esfera jurídica ou que vedam a sua produção, ou seja, que não acionem a produção de efeitos jurídicos. De resto, os exemplos avançados pelo GT 29 relativos a esta segunda parte produzem, sem exceção, efeitos na esfera jurídica do titular"[59].

Problemática pode ser, a este nível, a questão da publicidade personalizada com base na definição de perfis, conduzindo ao fenómeno de *boxing* a que já nos referimos. O GT29, embora considere que o procedimento, em regra, não terá um impacto significativo nas pessoas, admite que ele possa ocorrer em função das características específicas de cada caso[60]. Designadamente, haveremos de ter em conta aspetos como "a dimensão intrusiva do processo de definição de perfis, nomeadamente o seguimento de pessoas em diferentes sítios Web, dispositivos e serviços; as expectativas e a vontade das pessoas em causa; a forma como o anúncio é apresentado; ou a utilização de vulnerabilidades conhecidas dos titulares de dados visados"[61].

A proibição não se aplica sempre que se verifique uma das hipóteses do artigo 22.º/2 RGPD, ou seja, sempre que a decisão seja a) necessária para a execução ou a celebração de um contrato; b) autorizada pelo direito da União ou do Estado-Membro a que o responsável pelo tratamento estiver sujeito, e na qual estejam igualmente previstas medidas adequadas para salvaguardar os direitos e liberdades e os legítimos interesses do titular dos dados; ou se c) baseie no consentimento explícito do titular dos dados.

Estas regras terão de, em matéria de proteção do consumidor, ser articuladas com outras pensadas ao nível europeu. Pensamos nas recentes alterações propostas ao quadro normativo, por via da proposta de Diretiva sobre o *enforcement* e modernização do direito europeu do consumidor. Introduzindo alterações nas Diretivas dos Direitos dos Consumidores (Diretiva 2011/83/UE); na Diretiva sobre cláusulas abusivas (Diretiva 93/13/CEE);

[59] A. Barreto Menezes Cordeiro, "Decisões individuais automatizadas à luz do RGPD e da LGPD", 268.

[60] GT Artigo 29.º, *Orientações sobre as decisões individuais automatizadas e a definição de perfis*, 24.

[61] GT Artigo 29.º, *Orientações sobre as decisões individuais automatizadas e a definição de perfis*, 24.

na Diretiva dos preços (Diretiva 98/6/CE); na Diretiva sobre práticas comerciais desleais (Diretiva 2005/29/CE), esta nova proposta de diploma europeu não deixa de lado preocupações evidentes em matéria de proteção de dados. Assim, se, por um lado, reforça a obrigatoriedade de dar cumprimento ao RGPD, nos termos da proposta para a nova redação do n.º4 do artigo 13.º da Diretiva 2011/83/UE, por outro lado, parece alargar o âmbito da proteção que é devida. Designadamente, amplia-se o âmbito de relevância do diploma, tornando-o aplicável, também, aos contratos de fornecimento de conteúdos digitais que não sejam suportados por um meio tangível e aos contratos de fornecimento de serviços digitais, no quadro dos quais o consumidor se obriga a fornecer dados pessoais ao profissional, exceto se os dados pessoais fornecidos pelo consumidor forem exclusivamente tratados pelo profissional com o propósito de fornecer o conteúdo digital. E, subsequentemente, reforçam-se os deveres de informação a cargo dos profissionais, para os ajustar aos modernos meios de comunicação, às especificidades deste tipo de contratos e aos perigos que o ambiente digital acarreta. Nos termos do *considerandum* 45 da proposta de diretiva, os profissionais podem personalizar o preço das ofertas para consumidores específicos ou categorias específicas de consumidores, baseando-se em *automated decision-making and profiling of consumer behaviour*. Mas, nesse caso, devem informar claramente que os preços apresentados são personalizados com base nas decisões automatizadas, de modo a que o consumidor possa ter em conta o potencial risco da sua decisão de aquisição do produto. Estabelece-se, por isso, uma específica obrigação de informação nesta matéria, sem prejuízo da aplicação do RGPD, que determina que os titulares de dados não podem ser submetidos a automatizadas tomadas de decisão, incluindo através de *profiling*, e reforçam-se, assim, algumas das obrigações e direitos que já decorreriam do RGPD.

Outras questões relacionadas com a publicidade comportamental devem-nos fazer refletir. As regras do consentimento são um importante instrumento para fazer face aos riscos que a nossa sociedade de informação arrasta para os titulares de dados pessoais. Contudo, podem não ser bastantes. Na verdade, no momento em que presta o seu consentimento para a recolha de dados, por exemplo, ao navegar num determinado *site*, o consumidor pode não ter a consciência exata do impacto que o seu assentimento poderá ter no futuro, em termos de campanhas publicitárias. Devem, portanto, ser impostos determinados mecanismos que garantam a identificabilidade da publicidade com que o consumidor é "constantemente" invadido como

verdadeira publicidade comportamental, relembrando-o da possibilidade de revogar o seu consentimento a qualquer tempo. A este propósito, poderia ser importante estabelecer a obrigatoriedade de uma revisão periódica do consentimento, adotando-se um mecanismo de *ongoing consent*[62]. Esta visão do problema estaria em linha com a regra segundo a qual devem ser oferecidas condições para a revogação do consentimento que tornam tão fácil esta opção como dar o próprio consentimento.

3. Transparência

I – O consentimento a que aludimos tem de ser livre. Mas, para o ser, tem de ser *esclarecido*. De outro modo, o sujeito titular dos dados não compreenderia o verdadeiro alcance da autorização por si prestada, que, assim, não corresponderia a um ato de vontade. O dado prende-se, também, diretamente com a necessidade de dar cumprimento a um segundo princípio relativo ao tratamento de dados: o *princípio da transparência*. De facto, exige-se que o responsável pelo tratamento dos dados forneça ao titular dos dados informações e comunicações relativas ao tratamento, de forma concisa, transparente, inteligível e de fácil acesso, mediante a utilização de uma linguagem clara e simples, nos termos do artigo 12.º RGPD[63].

Embora não confinado à necessidade de garantir a plena liberdade, o esclarecimento prévio ao consentimento para o tratamento de dados é condição imprescindível para que o mesmo possa ser considerado livre, e, como tal, válido. De outro modo, o titular dos dados não acederia à compreensão do âmbito e da dimensão do consentimento que estaria a prestar.

A informação a que se alude deve ser simples, clara, compreensível por um titular de dados pessoais mediamente esclarecido[64]. Deve, além disso, ser completa e prestada antes de o consentimento ser dado, não bastando que esteja disponível num qualquer local[65]. Sublinhe-se que, quando o consentimento é prestado através de um formulário elaborado de forma prévia, unilateral e rígida por uma das partes, se devem aplicar as regras contidas

[62] Departamento de Proteção e defesa do consumidor, *Proteção de dados pessoais nas relações de consumo: para além da informação creditícia*, Brasília, 2010, 43 s.

[63] Sobre o ponto, cf. Ana Francisca Pinto Dias, "Responsabilidade civil pelo tratamento de dados pessoais: a responsabilidade do *controller* por factos próprios e por factos de outrem", *Revista de Direito da Responsabilidade*, I, 2019, 1265 s.

[64] Parecer do grupo de trabalho do artigo 29.º 15/2011, 22.

[65] Parecer do grupo de trabalho do artigo 29.º 15/2011, 22.

no DL n.º446/85, relativas aos contratos de adesão, donde os requisitos da comunicação e da informação contidos nos artigos 5.º e 6.º do citado diploma se devem aplicar.

II – Tais informações, por parte do responsável, servem para que o titular dos dados possa *compreender a natureza e o alcance do ato*, bem como para que possa *acompanhar o tratamento que deles seja feito*. O direito à informação de que se cura tem, na verdade, um âmbito e uma intencionalidade mais vastos do que de mero instrumento de esclarecimento conducente à licitude do consentimento. Por um lado, ele continua a existir, quando o tratamento dos dados se baseie noutros fundamentos que não essa autorização do titular; por outro lado, revela-se essencial para que o titular dos dados pessoais possa acompanhar o tratamento que deles seja feito. Parece, aliás, ser esta a *ratio* do direito à informação a que se refere o artigo 15.º RGPD e que surge associado ao direito de acesso do titular dos dados. Tal direito de acesso é subsequente à recolha dos dados.

Por outro lado, a concretização do direito à informação, tal como acontecia no âmbito da lei n.º67/98, vai ser diverso consoante os dados tenham sido recolhidos diretamente junto do seu titular ou não. É esta a solução que decorre dos artigos 13.º e 14.º RGPD. Acresce que os deveres de informação se incrementam quando em causa esteja a criação de perfis ou a tomada de decisões automatizadas.

4. Limitação das finalidades

Um terceiro princípio fundamental em matéria de proteção de dados diz respeito à *limitação das finalidades*. De acordo com este princípio, os dados pessoais são recolhidos para finalidades determinadas, explícitas e legítimas e não podendo ser tratados posteriormente de uma forma incompatível com as mesmas.

I – A limitação das finalidades a que se alude está, desde logo, intimamente relacionada com a especificidade do consentimento, igualmente justificável à luz do princípio da transparência. De facto, este só é válido se for específico, excluindo-se formas de consentimento genérico, ou seja, ele há de ser orientado para as finalidades a que o responsável se propõe, nos termos dos artigos 12.º s. RGPD. De outro modo, não se poderia falar de um consentimento livre. De facto, a declaração do sujeito não traduziria um

ato de vontade amadurecido se a autorização fosse prestada em geral, sem atender ao alcance e aos fins do tratamento que vai ser efetuado. O consentimento que seja prestado para legitimar o tratamento de dados tem, então, de ter em conta as finalidades associadas a esse tratamento.

II – O princípio da limitação das finalidades a que aludimos é, contudo, mais amplo, não derramando a sua eficácia apenas no que toca à especificidade do consentimento. Na verdade, o referido princípio determina uma ligação incindível entre o fundamento que se invoca para o tratamento de dados e as concretas atividades que posteriormente podem ser legitimadas. Nos termos do artigo 13.º/1 c) e do artigo 14.º/1 c) RGPD, o responsável pelo tratamento de dados deve informar o titular dos dados acerca do fundamento desse tratamento, antes de ele iniciar e relativamente a uma finalidade específica. Ora, consoante esclarece o GT29, "o responsável pelo tratamento, se optar por invocar o consentimento para qualquer parte do tratamento, deve estar preparado para respeitar essa opção e parar essa parte do tratamento se um indivíduo retirar o consentimento (...). não pode passar do consentimento para outros fundamentos legais. Por exemplo, não lhe é permitido utilizar retroativamente o fundamento do interesse legítimo para justificar o tratamento, se forem detetados problemas com a validade do consentimento"[66].

Repare-se, contudo, que a mesma situação pode convocar mais do que um fundamento de legitimação. O GT29, embora por referência ao anterior quadro normativo, sublinha que não só existem diversos fundamentos de licitude do tratamento de dados, como *a mesma situação de base pode convocar mais do que um fundamento.* A consciência deste pormenor é extremamente importante: na verdade, se cada fundamento se orienta por uma finalidade concreta, a mobilização de um desses fundamentos não legitima o responsável a tratar os dados para lá dessa finalidade. Nessa medida, pode ser necessário convocar, no que respeita ao tratamento suplementar, o consentimento. Assim, por exemplo, se o tratamento de dados for necessário para a execução de um contrato na qual a pessoa em causa é parte, ele é autorizado pelo artigo 6.º/1 b) RGPD. Ao invocar-se este fundamento não se pode ir além do que é necessário, de acordo com a finalidade que presi-

[66] Orientações do grupo de trabalho do artigo 29.º relativas ao consentimento na aceção do Regulamento (UE) 2016/679, 26.

de ao fundamento, o que significa que, se o contraente pretender tratar os dados para outros fins, deverá obter o devido consentimento específico[67]. Ou seja, para a mesma situação de facto, confluem diversos fundamentos de legitimação da licitude do tratamento.

Baseando-nos num exemplo oferecido pelo mesmo grupo de trabalho, mas adaptando-o ao novo quadro regulativo, podemos dizer que, se A compra ao *stand* X um automóvel, este procede ao tratamento de dados necessários para celebrar o contrato, legitimado de acordo com o artigo 6.º/1 b) RGPD; procede ao tratamento de dados necessário para solicitar os documentos do veículo, legitimado de acordo com o artigo 6.º/1 c) RGPD; procede ao tratamento de dados associados aos serviços de gestão de clientes, legitimado de acordo com o artigo 6.º/1 f) RGPD, e necessitando para transferir dados a um terceiro para as suas atividades de marketing do consentimento do titular dos dados, de acordo com o artigo 6.º/1 a) RGPD.

Em contrapartida, *em determinadas situações, o consentimento não será necessário*. Basta para tanto que se verifique um outro fundamento de licitude. Se em causa estão dados necessários para a execução de um contrato (ou mesmo para a sua celebração), então pode prescindir-se do consentimento. A prática generalizada por parte de certos comerciantes no sentido de, por força da entrada em vigor do RGPD, exigirem reiteradamente a prestação do consentimento pelos seus clientes não se justifica, exceto se em causa não estiver apenas a celebração e execução do contrato. Repare-se que, apesar de o artigo 6.º/1 b) RGPD falar em execução do contrato, devemos entender o preceito no sentido de abranger igualmente a sua celebração, dado que a execução de que se cura a pressupõe necessariamente. De outro modo, aliás, não se compreenderia a referência contida na mesma norma às diligências pré-contratuais[68].

[67] Parecer do grupo de trabalho do artigo 29.º 15/2011, adotado em 13 de julho de 2011, 9 s. Explica-se, aí, que, na prática, se poderá ter de obter o consentimento como uma condição adicional para uma certa do tratamento.

[68] Cf. EDPB, *Guidelines 2/2019 on the processing of personal data under Article 6(1)(b) GDPR in the context of the provision of online services to data subjects*, version 2.0, 2019, 11 s., considerando que se pode aplicar o artigo 6.º/1 b) RGPD quando não esteja em causa propriamente a execução do contrato, mas certas vicissitudes que ocorrem durante a sua execução – v.g., cumprimento do dever de reparação ou substituição do bem, no caso de uma compra e venda para consumo, ou a execução de certas garantias associadas ao negócio.
No que respeita às diligências pré-contratuais, veja-se pág. 13 s., com interessantes exemplos: um banco, por exemplo, pode invocar o artigo 6.º/1 b) RGPD, se, antes da celebração de qualquer contrato, exigir a identificação do seu potencial cliente; um prestador de ser-

viço pode necessitar do código postal do potencial cliente para aferir da cobertura do serviço no local onde este reside.
Sublinha, também, a importância entre distinguir claramente – também na prática – entre as situações em que os sujeitos prestam o seu consentimento, nos termos do artigo 6.º/1 a), e as hipóteses em que o seu assentimento corresponde à celebração de um contrato. Os problemas podem surgir, na concretude dos acontecimentos reais, a propósito dos contratos de prestação de serviços digitais *online*.
Particularmente relevante pode ser, a este nível, a consideração de categorias especiais de dados. Na verdade, o artigo 9.º RGPD não prevê a necessidade de executar um contrato entre as exceções à proibição de tratamento de certos dados, parecendo que se deve exigir o consentimento. Contudo, as dificuldades não são de pequena monta. Pense-se, por exemplo, no contrato de seguro de saúde. Este é comumente qualificado como um contrato aleatório: as partes submetem-se a uma "álea, a uma possibilidade de ganhar ou perder", consistindo a onerosidade na "circunstância de ambas estarem sujeitas ao risco de perder, embora, no final de contas, só uma venha a ganhar" – cf. C. A. Mota Pinto, *Teoria Geral do Direito Civil*, 5ª edição por A. Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto, Gestlegal, 2020, 403. No mesmo sentido, cf. Manuel de Andrade, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, II, Coimbra, Almedina, 1963, 57 s.; Menezes Cordeiro, *Tratado de direito civil português*, I, Parte Geral, I, Almedina, Coimbra, 2003, 477; Pedro Pais de Vasconcelos, *Teoria Geral do Direito Civil*, Almedina, Coimbra, 2010, 449; Luís Poças, *O dever de declaração inicial do risco no contrato de seguro*, Almedina, Coimbra, 2013, 123 s. Percebe-se, por isso, perfeitamente que o risco surja como um elemento essencial do contrato, por meio do qual se estabelece o sinalagma entre as partes (Margarida Lima Rego, "O risco e as suas vicissitudes", *Temas de direito dos seguros a propósito da nova lei do contrato de seguro*, Almedina, Coimbra, 2016), ao ponto de se projetar na disciplina legal dispensada ao contrato, quer ao nível da formação deste, quer ao nível da sua execução posterior (cf. Luís Poças, *O dever de declaração inicial do risco no contrato de seguro*, 47 s. e n.123). De acordo com o artigo 24.º/1 da Lei do Contrato de Seguro, "o tomador do seguro ou o segurado está obrigado, antes da celebração do contrato, a declarar com exatidão todas as circunstâncias que conheça e razoavelmente deva ter por significativas para a apreciação do risco pelo segurador". A declaração tem por finalidade munir o segurador do conhecimento necessário para, estabelecendo o cálculo exato do risco e do correspondente valor do prémio, poder conscientemente decidir se aceita ou não a celebração do negócio (cf. Luís Poças, *O dever de declaração inicial do risco no contrato de seguro*, Almedina, 2013; Filipe Albuquerque Matos, "As declarações reticentes e inexatas no contrato de seguro", *Estudos em homenagem ao Professor Doutor António Castanheira Neves*, II, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, 468 s.; Filipe Albuquerque Matos, "Uma outra abordagem em torno das declarações inexatas e reticentes no âmbito do contrato de seguro. Os artigos 24.º a 26.º DL n.º 72/2008, 16 de Abril", *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Figueiredo Dias*, IV, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, 622 s.; Júlio Gomes, "O dever de informação do (candidato a) tomador de seguro na fase pré-contratual, à luz do DL n.º 72/2008, 16 de Abril", *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, II, Almedina, 2011, 393 s.; Joana Galvão Teles, "Deveres de informação do tomador do seguro ou do segurado", *Temas de Direito dos Seguros a propósito da nova lei do contrato de seguro*, Almedina, 2012, 251 s.; Vanessa Louro, "Declara-

ção inicial do risco no contrato de seguro: análise do regime jurídico e breve comentário à jurisprudência recente dos tribunais superiores", *Revista eletrónica de direito*, n.º2, 2016): sem o conhecimento exato dos contornos do risco, a vontade do segurador não poderá ser considerada livre. A necessidade de avaliação do risco por parte do segurador implica, portanto, o seu acesso a informação que diz exclusivamente respeito ao tomador do seguro ou ao segurado. E é a este nível que complexos problemas se colocam, por força da tutela que os ordenamentos jurídicos (e que o ordenamento jurídico português) reconhecem à proteção de dados. Em face do Regulamento Geral de Proteção de Dados, torna-se mais rigoroso o tratamento de categorias especiais de dados. Ao contrário do que previa a lei n.º 67/98, deixa de ser possível o tratamento de dados sensíveis mediante disposição legal que o autorize ou mediante autorização da CNPD, quando por motivos de interesse público esse tratamento seja indispensável ao exercício das atribuições legais ou estatutárias do seu responsável ou quando o titular dos dados tiver dado o seu consentimento expresso. A legitimação para o tratamento de dados sensíveis só pode agora fundar-se nas exceções previstas no artigo 9.º/2 RGPD. E, se é certo que tal tratamento pode ter lugar quando o titular dos dados tiver dado o seu consentimento explícito para uma ou mais finalidades específicas, o Regulamento sublinha, no seu *considerandum* 43, que, "presume-se que o consentimento não é dado de livre vontade se não for possível dar consentimento separadamente para diferentes operações de tratamento de dados pessoais, ainda que seja adequado no caso específico, ou se a execução de um contrato, incluindo a prestação de um serviço, depender do consentimento apesar de o consentimento não ser necessário para a mesma execução". Ora, no caso do contrato de seguro, a prestação do serviço por parte da seguradora fica dependente do consentimento, pela urgência de avaliação do risco que depende de factos atinentes à esfera do segurado. Mas, porque esse consentimento é necessário para a execução do contrato – diríamos que para a própria celebração deste – cremos afastar-se a presunção de falta de liberdade a que se refere o *considerandum* citado. É certo que, no caso concreto, e abstraindo da natureza específica dos dados que possam vir a ser recolhidos pela seguradora, a legitimação para o tratamento de dados não se encontraria na alínea a) do artigo 6.º/1 RGPD («o titular dos dados tiver dado o seu consentimento para o tratamento dos seus dados pessoais para uma ou mais finalidades específicas»), mas na alínea b) do mesmo preceito («o tratamento for necessário para a execução de um contrato no qual o titular dos dados é parte, ou para diligências pré-contratuais a pedido do titular dos dados»). Simplesmente, não se pode ignorar a existência de um ato de vontade por parte do titular de dados que, servindo de base à celebração do contrato de seguro, não pode deixar de ser tido em conta na compreensão do consentimento. Maiores problemas podem, contudo, surgir se a celebração do contrato de seguro for imposta por força de uma disposição legal ou no seio de um complexo contratual que una partes diversas. Pense-se, por exemplo, na obrigação de o segurado transmitir ao segurador, no quadro da celebração de um contrato de seguro de responsabilidade civil automóvel, um dado (relevante para a avaliação do risco) acerca da sua saúde. Mas pense-se, também, na transmissão de dados relativos a aspetos clínicos, no seio da celebração de um contrato de seguro de vida, que o sujeito se vê impelido a concluir para obter um crédito à habitação.

A alternativa seria procurar a assimilação da intencionalidade problemática da hipótese pela intencionalidade da alínea h), n.º 2, artigo 9.º RGPD, para o que seria necessário proceder a

Sublinhe-se, contudo, que o conceito de necessidade a que somos conduzidos pelo artigo 6.º/1 b) RGPD – *dados necessários para a execução de um contrato* – deve ser, segundo o EDPB, ser interpretado com cautela, tendo-se em conta a intencionalidade do direito europeu de proteção de dados. A necessidade só existirá se, para o objetivo que é prosseguido, não existir um meio menos intrusivo. Havendo outras alternativas, perde-se o referente criteriológico: isto é, a necessidade deve ser compreendida no sentido da imprescindibilidade e não da mera utilidade[69]. Contudo, a imprescindibilidade tem de ser, igualmente, compreendida *cum grano salis*. Pense-se no seguinte exemplo: A efetua uma compra *online*, sendo-lhe solicitados os dados do seu cartão de crédito e a morada de entrega. Haveria, contudo, a possibilidade de se optar pelo pagamento por multibanco e pela recolha em loja. Apesar de haver alternativa, porque a escolha do consumidor recaiu sobre o binómio pagamento em linha e recebimento da encomenda em casa, a recolha e tratamento de dados torna-se imprescindível. Esta deverá, portanto, ser analisada à luz da conformação concreta do contrato – para a qual também contribui a vontade do titular dos dados – e não de forma abstrata.

III – A necessidade de um consentimento específico em combinação com a ideia de limitação das finalidades funciona, consoante esclarece o EDPB, como um instrumento de proteção contra um eventual alargamento das finalidades para os quais os dados são processados. Na verdade, se depois da invocação do fundamento inicial de legitimação do tratamento fosse possível usar os dados para outros fins, o titular dos dados ficava exposto ao risco de uso imprevisto e não controlado dos mesmos. Procura-se, portanto, fazer face ao fenómeno de alargamento de função[70].

IV – Admitem-se, porém, certos tratamentos de dados posteriores, que não sejam considerados incompatíveis com as finalidades iniciais. Assim, os fins de arquivo de interesse público, os fins de investigação científica

uma interpretação corretiva da mesma e, assim, antecipadamente, resolver problemas metodológicos que nos levam a contemplar a ratio do preceito e a existência de eventuais restrições à autónoma constituição normativa.

[69] EDPB, *Guidelines 2/2019 on the processing of personal data under Article 6(1)(b) GDPR in the context of the provision of online services to data subjects*, 8.

[70] EDPB, *Guidelines 05/2020 on consent under Regulation* 2016/679, 14, que neste ponto acompanhamos de muito perto.

ou histórica e os fins estatísticos estão salvaguardados. Devem, contudo, estabelecer-se garantias especiais, que podem passar, inclusivamente pela pseudonimização dos dados, nos termos do artigo 89.º RGPD. Note-se, contudo, que, numa hipótese como esta, deixando de ser identificável o titular dos dados, estes perdem a natureza de dados pessoais.

5. Minimização de dados e limitação da conservação

I – Consagra-se, igualmente, o *princípio da minimização de dados*, isto é, os dados recolhidos devem ser adequados, pertinentes e limitados ao que é necessário relativamente às finalidades para as quais são tratados. Este princípio comporta, em si, diversas dimensões.

Em primeiro lugar, qualquer que seja o fundamento invocado, ele não legitima o tratamento de dados para além do que se revele essencial às finalidades invocadas. Há que estabelecer-se, portanto, um juízo ponderativo de exigibilidade no que respeita às diversas categorias de dados recolhidos.

Por outro lado, os dados só devem ser guardados durante o período de tempo necessário ao tratamento que foi legitimado e durante o lapso temporal que durar o fundamento da legitimação. Surge, por isso, intimamente relacionado com o *princípio da limitação da conservação*, de acordo com o qual os dados pessoais devem ser conservados de uma forma que permita a identificação dos titulares dos dados apenas durante o período necessário para as finalidades para as quais são tratados, embora possam ser conservados durante períodos mais longos, desde que sejam tratados exclusivamente para fins de arquivo de interesse público, fins de investigação científica ou histórica ou fins estatísticos.

II – Do princípio da limitação da conservação associado ao princípio da licitude do tratamento baseado no consentimento podemos extrair, ainda, outros direitos de capital importância. Falamos, desde logo, do *direito ao esquecimento,* a que já nos referimos, mas que parece ter uma intencionalidade mais vasta do que aquela que resultaria da ideia de livre revogabilidade da autorização concedida para o tratamento pelo titular dos dados.

Se o direito ao esquecimento não se queda num simples direito à livre revogabilidade do consentimento, importa relembrar que, nos termos do artigo 17.º RGPD, o titular tem o direito de obter do responsável pelo tratamento o apagamento dos seus dados pessoais, sem demora injustificada, e este tem a obrigação de apagar os dados pessoais, sem demora injustifi-

cada, quando os dados pessoais deixem de ser necessários para a finalidade que motivou a sua recolha ou tratamento; quando o titular retire o consentimento em que se baseia o tratamento dos dados nos termos do artigo 6.º/1 a) ou do artigo 9.º/2 a) e se não existir outro fundamento jurídico para o referido tratamento; quando o titular se oponha ao tratamento nos termos do artigo 21.º/1, e não existam interesses legítimos prevalecentes que justifiquem o tratamento, ou o titular se oponha ao tratamento nos termos do artigo 21.º/2; quando os dados pessoais foram tratados ilicitamente; quando os dados pessoais tiverem de ser apagados para o cumprimento de uma obrigação jurídica decorrente do direito da União ou de um Estado-Membro a que o responsável pelo tratamento esteja sujeito; quando os dados pessoais tiverem sido recolhidos no contexto da oferta de serviços da sociedade da informação referida no artigo 8.º/1.

Tal *direito ao esquecimento apresenta determinados limites*. Designadamente, não poderá ser exercido quando o tratamento se revele necessário ao exercício da liberdade de expressão e de informação; ao cumprimento de uma obrigação legal que exija o tratamento prevista pelo direito da União ou de um Estado-Membro a que o responsável esteja sujeito, ao exercício de funções de interesse público ou ao exercício da autoridade pública de que esteja investido o responsável pelo tratamento; quando haja motivos de interesse público no domínio da saúde pública; quando estejam envolvidos motivos de arquivo de interesse público, fins de investigação científica ou histórica ou fins estatísticos, e o direito ao esquecimento tornasse impossível ou prejudicasse gravemente a obtenção dos objetivos desse tratamento; ou quando esteja em causa o exercício de um direito num processo judicial.

III – Intimamente relacionado com o princípio da limitação da conservação surge, ainda, o chamado *direito de limitação*, previsto e disciplinado no artigo 18.º RGPD. De acordo com o preceito, o titular dos dados tem o direito de obter do responsável pelo tratamento a limitação do tratamento, se se aplicar uma das seguintes situações: a) contestar a exatidão dos dados pessoais, durante um período que permita ao responsável pelo tratamento verificar a sua exatidão; b) o tratamento for ilícito e o titular dos dados se opuser ao apagamento dos dados pessoais e solicitar, em contrapartida, a limitação da sua utilização; c) o responsável pelo tratamento já não precisar dos dados pessoais para fins de tratamento, mas esses dados sejam requeridos pelo titular para efeitos de declaração, exercício ou defesa de um direito num processo judicial.

6. Exatidão

O artigo 18.º RGPD permite-nos extrair, ainda, um outro princípio fundamental a este nível: o *princípio da exatidão*. Dito de outro modo, os dados pessoais devem ser exatos e atualizados sempre que necessário, devendo-se adotar todas as medidas adequadas para que, em caso de inexatidão, sejam apagados ou retificados sem demora. Na verdade, nos termos do artigo 16.º RGPD, o titular dos dados tem direito a obter, sem demora injustificada, do responsável pelo tratamento a retificação dos dados pessoais inexatos que lhe digam respeito ou que sejam completados os dados incompletos sejam completados. O titular dos dados tem igualmente direito a opor-se ao tratamento de dados nos termos do artigo 21.º RGPD.

7. Integridade e confidencialidade

Consagra-se, igualmente, o *princípio da integridade e confidencialidade*. Ausente do elenco de condições a que devem obedecer os dados pessoais de acordo com a Lei n.º67/98, é explicitamente introduzido pelo RGPD, comunicando-nos que os referidos dados devem ser tratados de uma forma que garanta a sua segurança, incluindo a proteção contra o seu tratamento não autorizado ou ilícito e contra a sua perda, destruição ou danificação acidental, adotando as medidas técnicas ou organizativas adequadas. Não obstante a referida omissão, importa considerar que ele já se extrairia de uma análise sistemática do regime legal em vigor em Portugal.

Em causa está uma tentativa de reforço da segurança do tratamento de dados[71], impondo-se ao responsável pelo tratamento de dados a adoção das medidas técnicas e organizativas adequadas para face ao risco, entre as quais, de acordo com as circunstâncias, se destacam, nos termos do artigo 32.º RGPD, a pseudonimização e a cifragem dos dados pessoais; medidas para assegurar a confidencialidade, integridade, disponibilidade e resiliência permanentes dos sistemas e dos serviços de tratamento; medidas para restabelecer a disponibilidade e o acesso aos dados pessoais de forma atempada no caso de um incidente físico ou técnico; processos para testar, apreciar e avaliar regularmente a eficácia das medidas técnicas e organizativas para garantir a segurança do tratamento.

[71] Cf. Ana Francisco Pinto Dias, "Responsabilidade civil pelo tratamento de dados pessoais: a responsabilidade do *controller* por factos próprios e por factos de outrem", 1271 s.

8. Lealdade

A lealdade a que se alude ao nível da proteção de dados – conforme a alínea a), do n.º 1, do artigo 5.º RGPD – implica que se tenham em conta as expectativas razoáveis dos titulares dos dados, designadamente as expectativas relativamente à natureza privada de alguns dados, e bem assim as possíveis consequências adversas que podem resultar do seu tratamento. Deve, também, ser ponderada a relação e os potenciais efeitos entre tais consequências e os benefícios que o *controller* possa vir a obter[72].

9. Responsabilidade

Consagra-se, finalmente, um *princípio de responsabilidade*, que, de todo o modo, já resultaria da necessária articulação dos princípios normativos que alicerçam o sistema jurídico.

A responsabilidade a que o RGPD alude diretamente, nos termos do artigo 5.º e do artigo 24.º, deve ser, contudo, compreendida no sentido da *accountability*. Em causa está, em rigor, a adoção de medidas técnicas e organizativas que se mostrem adequadas para assegurar e poder comprovar que o tratamento é realizado em conformidade as regras do RGPD. Do mesmo passo, são colocados à disposição do responsável pelo tratamento de dados códigos de conduta elaborados nos termos dos artigos 40.º e 41.º RGPD, bem como procedimentos de certificação[73]. Prevêem-se, igualmente, outras regras, quais sejam a realização de *privacy impact assessements*, a notificação obrigatória das autoridades em caso de violação de dados pessoais e a nomeação de um encarregado de proteção de dados. Estabelecem-se, ainda, regras no sentido de garantir a proteção dos dados pessoais desde a conceção, nos termos do artigo 25.º RGPD.

Esta noção de *accountability* não faz apagar outras dimensões da responsabilidade. À responsividade a que agora se alude alia-se a responsabilidade. E, quanto a esta, somos confrontados com duas conceções distintas ao nível da disciplina europeia de proteção de dados.

Tal como já acontecia com a anterior legislação europeia na matéria, confrontamo-nos novamente com as noções de *data controller* (responsável

[72] EDPB, *Guidelines 2/2019 on the processing of personal data under Article 6(1)(b) GDPR in the context of the provision of online services to data subjects*, 4 s.

[73] Ana Francisco Pinto Dias, "Responsabilidade civil pelo tratamento de dados pessoais: a responsabilidade do *controller* por factos próprios e por factos de outrem", 1273.

pelo tratamento de dados) e *data processor* (subcontratante). Assumindo-se como peças centrais da regulamentação relativa aos dados pessoais, o responsável e o subcontratante oferecem-nos o desenho das relações que se estabelecem ou podem estabelecer entre aqueles que controlam ou executam uma operação de tratamento de dados, ao mesmo tempo que nos dotam de *critérios de determinação do responsável em caso de violação do direito à proteção de dados pessoais*. Lidamos, assim, com duas noções distintas de responsabilidade, a fazer rememorar, neste quadro, a lição de Honoré[74], que,

[74] Cf., para uma adequada compreensão dos diversos sentidos com que pode ser assumido o termo responsabilidade, H.L.A. Hart, *Punishment and Responsability, Essays in the Philosophy of Law*, Oxford University Press, 1968, 210 s. Apresentam-se, aí, quatro sentidos para o termo *responsability*. A *role-responsability,* indicando que, se uma pessoa está investida num determinado cargo, lugar, estatuto, papel, fica adstrita a especiais deveres, alguns dos quais se prendem com a promoção do bem-estar dos outros ou a prossecução dos objetivos de uma dada organização; a *causal-responsability*, em cuja aceção o responsável se vem a identificar com o causador de um ato, pelo que não só os humanos, mas também as coisas, os animais ou os fenómenos não humanos podem ser considerados responsáveis (cf. p. 214); a *liability responsability*, que, ao contrário do sentido prévio, implica já uma assunção acerca do mérito da conduta, afastando-se do mecanicismo característico da visão da responsabilidade/causalidade, a implicar a responsabilidade como o desencadear de um efeito na realidade, tanto mais que a pessoa pode ser responsabilizada, neste sentido, pelos atos praticados por terceiros; a *capacity responsability,* intrinsecamente ligada à anterior, na medida em que a responsabilização do agente implica a existência de determinadas faculdades mentais e psicológicas sem as quais ele não se autodetermina, pelo que, em última instância, denotamos já o apelo a um dado sentido de liberdade sem a qual a primeira não pode ser tematizada (cf. p. 226-227). Cf., ainda, sobre os vários sentidos do termo *responsibility*, H. L. A. Hart, "Varieties of responsibility", *Law Quarterly Review*, 83, 1967, 346. No artigo citado, o autor apresenta a taxonomia referida. No que respeita, por exemplo, à *role responsibility*, salienta a dificuldade, por vezes sentida na apreciação do caso concreto, de determinação dos concretos deveres que oneram o sujeito em virtude da posição em que está investido. Acresce que inclui no conceito todas as obrigações que impendem sobre a pessoa como decorrência de um particular acordo firmado, entrando em considerações atinentes ao mundo contratual, tendo, não obstante, a cautela de, num esforço de compartimentação categorial, alertar que a assunção feita do termo responsabilidade não é confundível com aqueloutra de dever específico. A separá-los a consciência da complexidade e extensão da primeira, a implicar a conformação de uma *sphere of responsibility, requiring the exercise of discretion and care usually over a protracted period of time.* (cf. p. 347). Também, aí, claramente refere a interdependência entre os diversos sentidos da responsabilidade. Atendo-se ao direito já constituído, o autor considera que a *liability* está muitas vezes dependente da *causal responsibility* ou da *capacity responsibility*.

apresentando uma taxonomia das diversas aceções de responsabilidade, fala, entre outras, da *role responsibility* e da *liability*[75].

Se o conceito de responsável pelo tratamento de dados nos remete para uma ideia de responsabilidade enquanto assunção de um especial encargo, a implicar especiais deveres, que visam a salvaguarda dos dados pessoais alheios; o referido responsável pelo tratamento de dados pode tornar-se responsável, no sentido da *liability*, em caso de violação de algum ou alguns desses deveres. Fazendo-nos situar a montante ou a jusante do processo de tratamento de dados, as duas responsabilidades com que assim lidamos – responsabilidade pelo tratamento de dados e responsabilidade civil pela violação de dados pessoais – não deixam de apresentar entre si uma linha de continuidade, já que é a responsabilidade pelo tratamento de dados que, ao desenhar uma esfera de controlo associada a especiais deveres de cuidado que têm de ser assumidos, nos permite, *a posteriori,* determinar quem é o civilmente responsável.

Não se estranha, por isso, que o GT29 sobre a proteção de dados[76], ainda por referência à Diretiva 95/46/CE, venha sustentar que o conceito de responsável pelo tratamento de dados é um conceito funcional, que visa atribuir responsabilidades àqueles que exercem uma influência de facto sobre os dados pessoais alheios. Numa outra formulação, lê-se no documento que todas as disposições que estabelecem condições para o tratamento lícito dos dados têm como destinatário o *controller*, sendo, por isso, ele o responsável pelos prejuízos sofridos devido ao tratamento ilícito dos dados, o que implica que a principal função do conceito seja a atribuição de responsabilidade[77].

Em termos gerais, a conexão que assim se estabelece não é perturbadora. Diríamos, pelo contrário, que ela resulta clara em qualquer esquema

[75] Para uma análise pormenorizada da relação entre a *role responsibility* e a *liability*, no contexto da proteção de dados, cf. Mafalda Miranda Barbosa, "*Data controllers* e *data processors*: da responsabilidade pelo tratamento de dados à responsabilidade civil", *Revista de Direito Comercial*, 2018, 416-486 (="*Data controllers* e *data processors*: da responsabilidade pelo tratamento de dados à responsabilidade civil", *Revista da Banca, Bolsa e Seguros*, n.º3, 2018, 147-216, que aqui acompanhamos de perto.

[76] Grupo de trabalho do artigo 29.º sobre proteção de dados, *Parecer 1/2010 sobre os conceitos de responsável pelo tratamento e subcontratante*, wp 169, fevereiro de 2010, 13 s.

[77] Grupo de trabalho do artigo 29.º sobre proteção de dados, *Parecer 1/2010 sobre os conceitos de responsável pelo tratamento e subcontratante*, wp 169, 7 s.
De notar, desde já, que o novo Regulamento Geral de Proteção de Dados vem considerar que os subcontratantes podem também ser responsabilizados em determinadas circunstâncias.

de imputação. Na verdade, do ponto de vista delitual, porque o homem se concebe como pessoa, a responsabilidade que possa avultar, pela lesão, em regra culposa, de um direito ou de um interesse protegido através de uma disposição legal de proteção de interesses alheios, resulta da convolação de uma primitiva esfera de responsabilidade *pelo outro* numa esfera de responsabilidade *perante o outro*, sendo os deveres do tráfego que integram a primeira o que nos oferece o embrião da imputação objetiva que se há de estabelecer. Do ponto de vista contratual, embora com uma finalidade diversa e um fundamento axiológico também diferente, a compreensão de uma esfera de risco/responsabilidade – agora emergente da própria vinculação negocial – não nos fará andar muito longe destas ideias.

A novidade que o Regulamento Geral de Proteção de Dados nos oferece é a concretização, pelos deveres que estabelece e pela identificação dos obrigados por tais deveres, da referida *role responsibility*. Contudo, isto não nos resolve todos os problemas. De facto, não basta pensar numa esfera de responsabilidade a montante para que a imputação – e, portanto, a responsabilidade civil, a jusante – se possa afirmar, tanto mais que, neste âmbito, ela se define em abstrato pelo legislador. Assim, haveremos de analisar em que medida a lesão que ocorre se liga funcionalmente ao dever preterido, para o que teremos de confrontar a esfera de responsabilidade do *controller* com outras esferas de responsabilidade. É por isso que se torna particularmente importante – ou mesmo imprescindível – compreender as relações que se podem estabelecer entre o responsável pelo tratamento de dados e outros responsáveis pelo tratamento de dados ou entre o responsável pelo tratamento de dados e os subcontratantes. Do mesmo modo que é essencial contemplar a este, nível, os eventuais comportamentos de terceiros que possam surgir[78].

[78] Sobre o ponto, com amplo desenvolvimento, Mafalda Miranda Barbosa, "*Data controllers* e *data processors*: da responsabilidade pelo tratamento de dados à responsabilidade civil", 416 s.

A TRANSPARÊNCIA E OS DEVERES DE INFORMAÇÃO NO TRATAMENTO DOS DADOS

Dina Freitas Teixeira[1]

Resumo: *A configuração de uma maior transparência do tratamento de dados perante o respetivo titular, bem como o reforço da sua autodeterminação no processo de tratamento, coloca os deveres de informação em destaque como concretização da essência da proteção dos dados no RGPD. A ausência de uma informação adequada, simples e inteligível, provoca obstáculos à construção de uma vontade informada do titular em exercer os direitos atribuídos pelo RGPD, esgotando o conteúdo axiológico subjacente à eficácia visada pelo regulamento. A comunicação estabelecida entre o responsável pelo tratamento de dados e o titular que fornece os seus dados pessoais segue-se pela operatividade dos arrimos criteriológicos subjacentes à transmissão de informações que se consolidam em deveres de informação, cuja intencionalidade predicativa é elegida como mote da presente investigação.*

Palavras-chave: *(i) transparência; (ii) deveres de informação; (iii) proteção de dados.*

Sumário: *Introdução; I. O princípio da transparência; 1. Enquadramento normativo; 2. Antecedentes; 3. A transparência como conditio ao exercício dos direitos do titular; II. A transparência das informações como concretização dogmática do direito à informação; 1. Considerações gerais; 2. O reflexo do princípio da transparência nos deveres de informação; III. Os deveres de informação no tratamento de dados; 1. Visão geral; 2. Elementos concretizadores do direito à informação; 2.1. A concisão, inteligibilidade, acesso fácil e*

[1] Assistente Convidada da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Mestranda em Direito. Investigadora do Centro de Investigação de Direito Privado (CIDP). Jurista no Banco de Portugal.

transparência da informação; 3. Forma de prestar a informação; IV. Dever de facilitar o exercício de direitos; V. Garantias subjacentes ao direito à informação do titular; 1. Critério temporal; 2. Dever de fundamentar em caso de rejeição do pedido; 3. O princípio da gratuidade e respetivas exceções; 4. A identificação do titular dos dados; 5. Informação por meio de ícones; VI. Poder legislativo da Comissão; VII. A tutela do consumidor no âmbito da proteção de dados; Nota conclusiva.

Introdução

O tratamento de dados pessoais encontra-se vinculado ao cumprimento de uma atuação lícita, transparente e de acordo com o princípio da boa fé, à luz da estrutura propugnada pelo artigo 5.º do Regulamento Geral de Proteção de Dados (doravante, "RGPD" ou "regulamento"[2]). A sua análise impõe um revisitar das ramificações materiais dispersas pelo articulado regulatório da proteção de dados, uma vez que o seu núcleo normativo se concretiza nos diversos preceitos do RGPD, modelados pelas diretrizes sistemáticas subjacentes à sua regulação.

Ao encetar este percurso, é possível delimitar o objeto de análise da presente investigação, configurando como pólo de reflexão a projeção normativa dos ditames princípiológicos da alínea a) do artigo 5.º, no qual se funda a consagração do princípio da transparência no âmbito da proteção de dados. O seu conteúdo conduz à implementação de deveres de informação cuja sede normativa retorna ao princípio da transparência ao abrigo do artigo 12.º do RGPD. Trata-se do preceito que edifica o objeto orbital monopolizador do presente estudo, do qual se extraem os deveres de informação que constituem o respetivo mapa percurso.

I. O princípio da transparência

1. Enquadramento normativo

A transparência configura-se como princípio fundamental do direito da União[3] integrado na tecitura axiológica da proteção de dados, onde se

[2] 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.

[3] Acolhido amplamente pelo direito primário no segundo parágrafo do artigo 1.º do Tratado da União Europeia (doravante, "TUE"), bem como no seu artigo 11.º/2. Também o artigo

assume como mecanismo de tutela e controlo individual dos dados, e simultaneamente sustenta a confiança e a influência do titular no processo de tratamento dos seus dados[4]. Decorre do seu conteúdo normativo a consolidação de um direito da pessoa afetada de conhecer os contornos do tratamento e a extensão da sua partilha, como expressão do princípio da lealdade em relação ao tratamento dos dados pessoais.

O artigo 5.º/1, alínea a) do RGPD consagra expressamente, pela primeira vez, à luz do direito positivo, o princípio da transparência como um dos princípios centrais do tratamento de dados pessoais[5]. Contudo, o recorte material do seu conceito mantém-se oculto no quadro legal da proteção de dados[6].

A expressividade do artigo 12.º comporta elementos que suprimem a omissão conceptual da transparência, permitindo uma construção do conceito à luz dos predicados normativos fornecidos pelo legislador, designadamente na explicação do seu significado pelo considerando 39. De igual modo, a previsão de obrigações impostas ao responsável pelo tratamento de dados, revertidas em correspondentes direitos atribuídos ao titular de dados, corporiza o direito à informação como uma expressão do princípio da transparência.

Os requisitos gerais materiais para a transparência da informação e a sua comunicação, que pautam a execução das obrigações subjacentes ao direito de informação, encontram-se previstos pelo artigo 12.º do RGPD.

15.º/3 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (doravante, "TFUE") vai ao encontro da integração do princípio da transparência. Reconhecendo a sua importância no domínio da jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia (doravante, "TJUE") veja-se o acórdão de 9-nov.-2010, proc. C-92/09 (*Volker und Markus Schecke GbR/ Hartmut Eifert v. Land Hessen*), 68 e 71. Também o Tribunal de Haia, 5-fev.-2020, proc. C/09/550982, 6.27- 6.36. Na doutrina com particular relevância, *inter alia,* Quaas, *Anotação ao artigo 12.º do RGPD* em BeckOk, *Datenschutzrecht*, 36.ª ed., coord. Heinrich Amadeus Wolff/Stefan Brink, Beck: Munique (2021), Rn. 4; e Gusy/Schulte, *Datenschutz durch Transparenz im Kontext der DS-GVO*, em Dix/Kloepfer/Schoch u.a., *Informationsfreiheit und Informationsrecht*, Jahrbuch, Berlin (2018), 1-16.

[4] Holger Greve, *Anotação ao artigo 12.º do RGPD* em Sydow, *Europäische Datenschutzgrundverordnung*, 2.ª ed., Nomos: Baden-Baden (2018), Rn. 1, e respetivos elementos. A sua relevância é destacada no âmbito do considerando 39, bem como dos considerandos 58, 60, 100 e 154.

[5] Holger Greve, *Anotação ao artigo 12.º do RGPD* em *Sydow*, Rn. 5; e Peter Schantz, *Die Datenschutz-Grundverordnung – Beginn einer neuen Zeitrechnung im Datenschutzrecht*, 26 NJW (2016), 1841-1848, 1843.

[6] Embora seja possível estabelecer a sua delimitação conceptual através da análise sistemática à sua intencionalidade predicativa expressa nos vários preceitos do RGPD, designadamente o artigo 7.º/2, o artigo 12.º, 13.º a 15.º, 18.º/3, 19.º, 21.º/4 e ainda o artigo 34.º. do RGPD.

O seu domínio subjetivo impõe aos organismos públicos e privados a sua mobilização como garantes do direito à informação do titular dos dados[7], reconhecendo-os como sujeitos passivos do dever de integrar o princípio da transparência no âmbito do tratamento de dados. O dever de assegurar a transparência comporta ao responsável uma obrigação abrangente em três domínios da sua conduta: (1) a prestação de informações ao titular dos dados relacionadas com o tratamento que lhe digam respeito; (2) a implementação de um diálogo comunicativo entre o responsável e o interessado; e (3) a necessidade de facilitar o exercício dos direitos de proteção de dados atribuídos ao titular[8].

A delineação dos procedimentos e da forma de cumprimento das obrigações específicas de informação imbuídas no escopo da transparência, permitem assegurar uma tutela adequada da proteção dos direitos fundamentais, e permitir o exercício efetivo dos direitos dos titulares dos dados[9].

2. Antecedentes

A tutela visada no âmbito da transferência da informação e dos direitos do titular pelo atual RGPD não encontra paralelo na Directiva 95/46/CE (doravante "D 95/46"[10]). A implementação do RGPD desvelou um desígnio do legislador da União em intensificar significativamente os critérios que configuram o princípio da transparência no âmbito do tratamento de

[7] Franck, *Anotação ao artigo 12.º do RGPD* em Gola, *Datenschutz-Grundverordung*, 2.ª ed., Beck: Munique (2018), Rn. 3. O seu âmbito de aplicação estende-se aos responsáveis pelo tratamento de países terceiros, Quaas, *Anotação ao artigo 12.º do RGPD* em *BeckOk*, Rn. 5a. Delimitando o seu âmbito de aplicação, Bäcker, *Anotação ao artigo 12.º do RGPD* em Kühling/Buchner, *Datenschutz-Grundverordnung, Bundesdatenschutzgesetz Kommentar,* 3.ª ed., Beck: Munique (2020), Rn. 9-10; e Paal/Hennemann, *Anotação ao artigo 12.º do RGPD* em Paal/Pauly, *Datenschutz-Grundverordnung – Bundesdatenschutzgesetz,* 3.ª ed., Beck: Munique (2021), Rn. 22-23.

[8] GT 29, *Orientações relativas à transparência na aceção do Regulamento 2016/679* (WP 260 rev.01), 29-nov.-2017, por último revisto a 11-abr.-2018, Rn. 1. Do mesmo modo, Holger Greve, *Anotação ao artigo 12.º do RGPD* em *Sydow*, Rn. 5.

[9] Sobre este aspeto, Sydow, *Vorwirkungen von Ansprüchen auf datenschutzrechtliche Auskunft und Informationszugang,* 8 NVwZ (2013), 467; e Holger Greve, *Anotação ao artigo 12.º do RGPD* em *Sydow*, Rn. 6.

[10] Directiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de Outubro de 1995, relativa à protecção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados.

dados pessoais, contrapondo-se expressivamente à amplitude genérica dos critérios anteriormente estabelecidos[11]. Por conseguinte, o atual quadro legal rigoroso de obrigações impostas aos responsáveis veio reforçar a tutela dos direitos dos titulares de dados.

No que concerne à implementação e formulação do artigo 12.º, a análise à proposta apresentada pela Comissão confirma o desígnio do legislador europeu de arrogar como premissa central da sua missão o reforço dos direitos dos titulares de dados a uma informação completa através da imposição de deveres que a concretizem[12]. Consagrando-se como pioneira na integração de uma tutela da transparência das informações e das regras para o exercício dos direitos dos titulares, a proposta de redação da Comissão, correspondente aos artigos 11.º e 12.º do seu articulado, salvo pontuais alterações subsequentes, configurou o quadro legal hodierno do artigo 12.º. Sem prejuízo da concordância com o substrato normativo implícito à proposta, o Parlamento Europeu dedicou-se ao ajustamento do espetro material dos predicados normativos, introduzindo referências como "*conciso e claro*" no sentido de concretizar as políticas integradas[13]. Não obstante os seus contributos, a arquitetura do preceito foi delineada pelo Conselho, em

[11] Embora seja assinalável a alusão normativa da D 95/46 ao princípio da transparência, decorrente do conteúdo dos artigos 10.º e 11.º, o seu cotejo com o RGPD desvela uma aproximação estrutural com os atuais artigos 13.º e 14.º, não obstante a ausência material de um preceito idêntico ao artigo 12.º do RGPD. Assinalando as semelhanças e respetivas inovações dos regimes constantes em ambos os diplomas, Dix, *Anotação ao artigo 12.º do RGPD* em Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmann, *Datenschutzrecht – DSGVO mit BDSG*, Nomos: Baden-Baden (2019), Rn. 7. Em particular, no âmbito da regulação processual sobre o exercício dos direitos dos titulares dos dados, considerando que a densidade da regulação presente no artigo 12.º nunca fora atingida pela Diretiva, Bäcker, *Anotação ao artigo 12.º do RGPD* em *Kühling/Buchner*, Rn. 2.

[12] Conselho da União Europeia, doc. 9398/15, 1-jun.-2015, 91-92. As suas origens de regulação reconduzem-se à resolução da 31ª Conferência Internacional de Proteção de Dados 2009, que levantou o princípio da transparência como princípio fundamental para a proteção da privacidade no tratamento de dados pessoais, Paal/Hennemann, *Anotação ao artigo 12.º do RGPD* em *Paal/Pauly*, Rn. 12. Com maior desenvolvimento sobre a história da sua origem e desenvolvimento Dix, *Anotação ao artigo 12.º do RGPD* em *Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmann*, Rn. 8 e ss.

[13] De igual modo, a utilização de ícones normalizados foi abordada inicialmente pela Proposta do Parlamento, não tendo a sua redação, todavia, vingado na versão final, Bäcker, *Anotação ao artigo 12.º do RGPD* em *Kühling/Buchner*, Rn. 3. Com desenvolvimento *infra*.

particular no que diz respeito aos números 2 e 6, ao prazo do n.º 3, e à abordagem mais rigorosa do n.º 4[14].

3. A transparência como *conditio* ao exercício dos direitos do titular

O alcance material do princípio da soberania dos dados atribuído ao respetivo titular (*Datenhoheit*), encontra-se postulado pelo artigo 8.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (doravante, "Carta") e exige a configuração de deveres de informação mobilizados em todas as fases do tratamento[15]. Por conseguinte, reservam-se aos titulares dos dados o exercício de um conjunto de direitos claros e inequívocos, delineados pelos princípios reguladores do sistema de proteção de dados que vinculam e orientam os responsáveis pelo tratamento.

A delimitação do campo de atuação do responsável pelo tratamento de dados é legitimada pelo consentimento dos titulares dos dados, construído sob a égide do consentimento informado, conforme a sua concretização conceptual exposta no artigo 4.º, ponto 11)[16]. O consentimento assume-se como um fundamento de legitimidade do tratamento[17], salvo a integração alternativa nas exceções expressamente previstas pela lei. Com efeito, deve combinar os padrões de ser livre, específico, explícito e representar a manifestação de uma vontade própria[18].

[14] Bäcker, *Anotação ao artigo 12.º do RGPD* em *Kühling/Buchner*, Rn. 3. Com desenvolvimento sobre o processo legislativo e as subsequentes redações, veja-se *inter alia,* Dix, *Anotação ao artigo 12.º do RGPD* em *Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmann*, Rn. 8-11.

[15] Vítor Palmela Fidalgo, *Anotação ao artigo 12.º do RGPD*, em *Comentário ao Regulamento Geral de Proteção de Dados e à Lei n.º 58/2019,* coord. A. Barreto Menezes Cordeiro, Almedina: Coimbra (2021), Rn. 5.

[16] Veja-se *inter alia* a anotação a este preceito em A. Barreto Menezes Cordeiro, *Anotação ao artigo 4.º do RGPD*, em *Comentário ao Regulamento Geral de Proteção de Dados e à Lei n.º 58/2019,* Rn. 80-105, com os diversos elementos indicados.

[17] Mafalda Miranda Barbosa, *Proteção de dados, consentimento e tutela do consumidor,* em *Estudos de Direito do Consumidor*, coord. António Pinto Monteiro, Centro de Direito do Consumo: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (2019), 62, e com desenvolvimento sobre o consentimento, 55 e ss.

[18] Sobre o consentimento do titular de dados veja-se CEPD, *Guidelines 05/2020 on consent under Regulation 2016/679*, versão 1.1, 4-mai.-2020, 7-16, e GT 29, *Orientações relativas ao consentimento na aceção do Regulamento (UE) 2016/679* (WP 259 rev.01), 28-nov.-2017, por último revisto a 10-abr.-2018, 5-20. Com relevância neste domínio, A. Barreto Menezes Cordeiro, *O consentimento do titular dos dados no RGPD* em *FinTech II: Novos estudos sobre tecnologia financeira*, coord. António Menezes Cordeiro/Ana Perestrelo de Oliveira/Diogo Pereira Duarte, Almedina: Coimbra (2019), 33 e, ainda a anotação às suas características em

A quadratura das características deontológicas do consentimento encontra o seu alcance no princípio da transparência e nas obrigações de informação decorrentes, dado que só através do direito à informação se emerge um consentimento informado. De facto, os seus alicerces revelam-se como *conditio sine qua non* para um consentimento livre e esclarecido, exigido como fundamento legal de licitude do tratamento. Tornando explícito o que porventura possa ter ficado implícito, a necessidade de um esclarecimento prévio manifesta-se imprescindível à configuração de um consentimento livre e, como tal, válido. Só assim se permite ao titular deter uma visão geral do ambiente informativo no qual os seus dados se integram[19], e assegurar a compreensão do âmbito e da dimensão do consentimento que presta[20].

Trata-se de assegurar a autodeterminação informacional do titular que pressupõe o seu direito ao livre desenvolvimento da personalidade no âmbito da proteção de dados através[21]: (i) do conhecimento sobre a informação relativa aos seus dados pessoais prestadas a terceiros, o momento e o contexto do fornecimento dessa informação; e (ii) pela garantia de atribuir ao titular de dados a liberdade de agir sem contestação ou monitorização das suas decisões.

Neste plano dialógico, é chamado à colação o princípio da transparência, intrinsecamente ligado à concretização da lealdade no tratamento de dados e à integração do princípio da responsabilidade que subjaz ao novo quadro de proteção de dados estabelecido pelo RGPD[22]. De facto, cabe ao

A. Barreto Menezes Cordeiro, *Anotação ao artigo 4.º do RGPD*, em *Comentário ao Regulamento Geral de Proteção de Dados e à Lei n.º 58/2019,* Rn. 82-104; Kühling/Buchner, *Anotação ao artigo 4.º, 11)* em Kühling/Buchner, Rn. 1 e ss; e Rogosch, *Die Einwilligung im Datenschutzrecht*, Nomos: Baden-Baden (2013), 37 e ss.

[19] GT 29, *Orientações relativas à transparência na aceção do Regulamento 2016/679* (WP 260 rev.01), 29-nov.-2017, Rn. 2. Também, Holger Greve, *Anotação ao artigo 12.º do RGPD* em *Sydow*, Rn. 2.

[20] Mafalda Miranda Barbosa, *Proteção de dados, consentimento e tutela do consumidor,* em *Estudos de Direito do Consumidor*, 74.

[21] No sentido postulado pelo Tribunal Constitucional Federal alemão na célebre decisão dos Censos, BVerfG 15-dez.-1983, 37 NJW, 1984, 419-428. Destacado em A. Barreto Menezes Cordeiro, *Direito da Proteção de Dados – à luz do RGPD e da Lei n.º 58/2019,* reimp., Almedina: Coimbra (2020), 257-261; e com referências adicionais, Sousa Pinheiro, *Privacy e proteção de dados pessoais: a construção dogmática do direito à identidade informacional,* AAFDL, Lisboa, 2015, 463 e ss.

[22] GT 29, *Orientações relativas à transparência na aceção do Regulamento 2016/679* (WP 260 rev.01), 29-nov.-2017, Rn. 5.

titular determinar os termos da divulgação e do tratamento dos seus dados pessoais, sendo o seu cumprimento corporizado pelo direito à informação projetado no dever de esclarecimento prévio precedente ao consentimento do titular, bem como no dever de informação póstumo que acompanha um esclarecimento contínuo do tratamento, desencadeado pelo consentimento ou por um outro fundamento lícito do tratamento de dados. Com efeito, é atribuído ao titular dos dados previsibilidade e controlo sobre os contornos do tratamento submetido, resultando no fortalecimento da sua autonomia e na garantia da soberania dos dados do titular[23].

Por outro lado, capacita os titulares dos dados a responsabilizarem os responsáveis pelo tratamento dos efeitos nefastos decorrentes da sua atuação, permitindo o exercício do controlo sobre os seus dados, e, por conseguinte, o exercício eficaz dos seus direitos[24].

Em suma, o exercício dos direitos dos titulares como realização eficaz da autodeterminação informativa é viabilizado pelos ditames entretecidos pelo princípio da transparência que se encontram vertidos na *ratio* do artigo 12.º relativo ao direito à informação, imbricado no direito ao acesso do titular, bem como nos direitos consolidados pelo artigo 13.º e seguintes[25]. A sua consolidação é assegurada através da prestação ao titular de informações suficientes e compreensíveis quanto ao tratamento dos seus dados, às suas circunstâncias, aos seus métodos utilizados e às finalidades imanentes, permitindo uma avaliação do escopo e do risco do tratamento integrantes de uma decisão informada[26]. Assim, em termos macroscópicos, o regulamento

[23] Heckmann/Paschke, *Anotação ao artigo 12.º do RGPD* em Ehmann/Selmayr, *Datenschutz-Grundverordnung*, 3.ª ed., Beck: Munique (2020), Rn. 8; e Krüger, *Datensouveränität und Digitalisierung*, 7 ZRP (2016), 190-192, 190. Indicando a diferença da obrigação de informação prévia ao consentimento e das informações comunicadas no decorrer do tratamento, Heckmann/Paschke, *Anotação ao artigo 12.º do RGPD* em *Ehmann/Selmayr*, Rn. 5-6.

[24] O mesmo viabiliza os responsáveis pelo tratamento a comprovarem o cumprimento das suas obrigações impostas pela demonstração da implementação das devidas medidas técnicas e organizativas que asseguram o tratamento conforme o RGPD. Assim, e com pertinência neste domínio, as Conclusões do Advogado-Geral Cruz Villalón (9-julho-2015), proc. C- 201/14 (Bara e o.), 74.

[25] A nível nacional, a lei da proteção de dados também revelou um robustecimento aos deveres de informação impostos ao responsável pelo tratamento de dados como expressão do acolhimento material ao fortalecimento do princípio da transparência no âmbito da proteção dos dados, através da implementação de diversas alterações a diplomas vigentes pelo capítulo IX da Lei n.º 58/2019, de 8 de agosto.

[26] Considerando 39, p.5. Holger Greve, *Anotação ao artigo 12.º do RGPD* em *Sydow*, Rn. 2.

visa configurar transversalmente uma maior transparência no tratamento dos dados que, por conseguinte, representa um benefício ao titular no reforço da sua liberdade de escolha e no exercício dos seus direitos individuais.

II. A transparência das informações como concretização dogmática do direito à informação

1. Considerações gerais

O direito à proteção de dados pessoais dos titulares não comporta, na sua essência, um direito material negativo mas, pelo contrário, pressupõe a vinculação a um conjunto de deveres consignados ao responsável pelo tratamento de dados. Face ao caminho anunciado, perspetiva-se uma dialética de relação estreita entre o conceito de transparência e os direitos do titular dos dados à informação, modelada pelo direito fundamental à proteção da privacidade e dos dados pessoais consagrados pelos artigos 7.º e 8.º da Carta, que se firmam na imposição de obrigações de informação ao responsável pelo tratamento de dados.

Desta colheita axiológica é entretecido o diálogo normativo com o direito primário[27], integrado no fundamento dos deveres de informação contemplados pelo princípio da transparência, que se prestam à concretização das garantias impostas pelo artigo 8.º da Carta e o artigo 16.º do TFUE[28]. A sua regulação encontra-se refletida em preceitos procedimentais e materiais cujo fundamento ético-axiológico decorre dos princípios da responsabilidade e da boa fé[29]. A sua intencionalidade predicativa visa permitir ao titular dos dados o reforço dos direitos de se manter informado da divulgação dos seus dados pessoais, orientando-o quanto aos riscos, regras, garantias e direitos relacionados com o tratamento dos dados, bem como quanto ao método e ao procedimento acolhido, facilitando assim o exercício dos seus direitos e dando execução ao direito primário. Em particular, o considerando 39 destaca especialmente as informações primordiais perante as quais o requisito de transparência assume uma relevância superior[30].

[27] Evidentemente a sua hermenêutica normativa exige uma interpretação sistemática integrada na base axiológica dos princípios fundamentais da Carta.

[28] Dix, *Anotação ao artigo 12.º do RGPD* em *Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmann*, Rn. 3.

[29] Paal/Hennemann, *Anotação ao artigo 12.º do RGPD* em *Paal/Pauly,* Rn. 24.

[30] Tratam-se de domínios relativos à identidade e às finalidades do tratamento, bem como todas as informações necessárias para o tratamento justo e transparente de dados pessoais,

Perante tal sistemática, encontra-se vertido o desiderato normativo do artigo 12.º em efetivar o direito à autodeterminação informativa, através da imposição de deveres de caráter material e procedimental, que satisfazem a proteção dos direitos fundamentais subjacentes[31]. Assim, cristalizando a matriz até então delineada, o direito à informação integra-se no princípio da transparência, que se consagra como pedra angular da configuração de um sistema sedimentado pela autodeterminação informacional.

2. O reflexo do princípio da transparência nos deveres de informação

A equação normativa presente no artigo 12.º consagra os pressupostos que determinam a operacionalidade do princípio da transparência, entroncado no direito à informação, cujo acervo dogmático configura o quadro geral aplicável. Nele se contempla a concretização ao princípio da transparência refletido no direito à informação, materializado pela leitura dogmática aos deveres postulados pelo RGPD. A sua sistemática normativa conforma os princípios monopolizadores da operacionalidade do tratamento de dados, convocando à sua regulação os considerandos 39 e 58, e os artigos 13.º a 22.º, e 34.º. Com efeito, o princípio da transferência expresso pelo artigo 12.º do RGPD compreende a catalogação dos direitos dos titulares dos dados que se projetam como deveres impostos aos responsáveis pelo tratamento dos dados durante todo o processo de tratamento[32]. O seu conteúdo normativo compreende a bifurcação de dois aspetos regulatórios basilares, designadamente a implementação de critérios e obrigações materiais impostas aos responsáveis na transmissão de informações aos titulares dos dados e, complementarmente, dispõe de normas processuais sobre o exercício dos direitos dos titulares no âmbito do seu direito à informação[33].

em conformidade com o considerando 39, p. 4. Com relevância, GT 29, *Orientações relativas à transparência na aceção do Regulamento 2016/679* (WP 260 rev.01), 29-nov.-2017, Rn. 6; e Paal/Hennemann, *Anotação ao artigo 12.º do RGPD* em *Paal/Pauly*, Rn. 8.

[31] Designadamente o direito ao acesso dos dados, o direito à respetiva portabilidade ou o direito a serem retificados, Paal/Hennemann, *Anotação ao artigo 12.º do RGPD* em *Paal/Pauly*, Rn. 4. De igual modo, Franck, *Anotação ao artigo 12.º do RGPD* em *Gola*, Rn. 6.

[32] GT 29, *Orientações relativas à transparência na aceção do Regulamento 2016/679* (WP 260 rev.01), 29-nov.-2017, Rn. 5; e Paal/Hennemann, *Anotação ao artigo 12.º do RGPD* em *Paal/Pauly*, Rn. 3.

[33] Bäcker, *Anotação ao artigo 12.º do RGPD* em *Kühling/Buchner*, Rn. 1, com uma análise estruturada segundo tal bifurcação. Com relevância, Peter Schantz/ Heinrich Amadeus Wolff, *Das neue Datenschutzrecht – Datenschutz-Grundverordnung und Bundesdatenschutzgesetz in der Praxis*, Beck: Munique (2017), Rn. 2.

Não obstante o dever categórico do responsável de respeitar e cumprir os direitos consignados ao titular dos dados, é ainda incumbido de fornecer, segundo determinados ditames de forma e de lapso temporal, as informações e comunicações relevantes ao exercício dos respetivos direitos[34].

Neste quadro, os ditames criteriológicos que devem orientar o cumprimento das obrigações impostas ao responsável decorrentes do princípio da transparência, impõem um tratamento preciso, transparente, compreensível, facilmente acessível e com uma linguagem clara e simples[35]. A garantia de cumprimento desta estrutura dogmática é consignada às autoridades de supervisão, cujo incumprimento pressupõe a inadmissibilidade do tratamento de dados[36].

III. Os deveres de informação no tratamento de dados

1. Visão geral

Perante a configuração da transparência como âmago normativo do direito à informação, é imposto ao responsável pelo tratamento de dados um conjunto de medidas adequadas para garantir a transmissão de informações e notificações a todos os interessados de forma precisa, facilmente acessível

[34] Foram apontadas graves críticas ao quadro normativo da transparência do RGPD por se considerar não cumprir o objetivo de simplificar a transmissão, mas de complexificar de forma desnecessária através diversos critérios, Tavanti, *Datenverarbeitung zu Werbezwecken nach der Datenschutz-Grundverordnung (Teil 2),* 6 RDV (2016), 295-306, 299. Com respetivas indicações, Paal/Hennemann, *Anotação ao artigo 12.º do RGPD* em *Paal/Pauly,* Rn. 9. Corroborando com a indicação de incongruências e de uma forte tensão entre as várias disposições, sendo a sua aplicação prática um desafio considerável para os responsáveis, GT 29, *Orientações relativas à transparência na aceção do Regulamento 2016/679* (WP 260 rev.01), 29-nov.-2017, Rn. 34. Acompanhando a crítica, Paal/Hennemann, *Anotação ao artigo 12.º do RGPD* em *Paal/Pauly,* Rn. 10; e Quaas, *Anotação ao artigo 12.º do RGPD* em *BeckOk*, Rn. 1, referindo as dificuldades na implementação a casos individuais.

[35] Seguindo o pensamento Kamlah, *Anotação ao artigo 12.º do RGPD* em Plath, *DSGVO/BDSG: Kommentar zu DSGVO, BDSG und den Datenschutzbestimmungen des TMG und TKG,* 3.ª ed., Dr. Otto Schmidt: Colónia (2018), Rn. 2. Analisado ao pormenor *infra.*

[36] De facto, a transmissão de informações falsas, enganosas ou deliberadamente fraudulentas comporta uma inadmissibilidade do tratamento de dados por parte do responsável, Dix, *Anotação ao artigo 12.º do RGPD* em *Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmann*, Rn. 4. Note-se que, adicionalmente, os direitos subjacentes aos artigos 12.º a 22.º encontram-se sujeitos ao regime sancionatório do artigo 83.º/5, alínea b).

e com linguagem clara e simples[37]. Tais características projetam-se não só no domínio gramatical da informação, bem como no domínio material do seu conteúdo[38]. De igual modo, o núcleo de caráter substancial exposto pelo artigo 12.º é acompanhado de disposições processuais que regulam o exercício dos direitos dos titulares dos dados[39].

A leitura sistemática do artigo 12.º permite reconhecer a projeção do princípio da transparência na miríade de disposições que expressam os deveres de informação decorrentes, designadamente o dever de comunicar as informações de acordo com os artigos 13.º e 14.º e o dever de notificar segundo os artigos 15.º a 22.º, e o artigo 34.º[40].

O seu âmbito de aplicação, definido expressamente pelo n.º 1 do preceito, integra o domínio de informações referidas pelos artigos 13.º a 22.º e pelo artigo 34.º conforme indicado, e aplica-se independentemente do fundamento jurídico para o tratamento dos dados e, ao longo de todo o decorrer do processo de tratamento. A extensão dos critérios subjacentes comporta um dever contínuo, que se projeta, segundo o artigo 8.º/1 da Carta, nas diversas etapas do tratamento: (i) na fase precedente ou inicial ao tratamento consubstanciada na recolha dos dados junto do titular; (ii) no decorrer do tratamento, sujeito a uma comunicação contínua dos direitos do titular; e, (iii) perante circunstâncias disruptivas do tratamento, seja a violação de direitos ou alterações materiais no tratamento em curso[41].

[37] GT 29, *Orientações relativas à transparência na aceção do Regulamento 2016/679* (WP 260 rev.01), 29-nov.-2017, Rn. 12.

[38] Kamlah, *Anotação ao artigo 12.º do RGPD* em *Plath*, Rn. 2; Paal/Hennemann, *Anotação ao artigo 12.º do RGPD* em *Paal/Pauly,* Rn. 27; e Quaas, *Anotação ao artigo 12.º do RGPD* em *BeckOk*, Rn. 11.

[39] Considerando o seu complemento com a aplicação do quadro dos princípios gerais processuais, Albrecht/Jotzo, *Das neue Datenschutzrecht der EU*, 1.ª ed., Nomos: Hamburgo (2017), Parte 4, Rn. 2.

[40] Considerando 63, p.3; e Heckmann/Paschke, *Anotação ao artigo 12.º do RGPD* em *Ehmann/Selmayr*, Rn. 11. Embora o n.º 1 não faça referência, os critérios de transparência impostos pelo artigo 12.º são também aplicáveis às notificações nos termos dos números 3 e 4 do preceito, Heckmann/Paschke, *Anotação ao artigo 12.º do RGPD* em *Ehmann/Selmayr*, Rn. 7 e 34. Sobre o cotejo entre notificação e informação, Franck, *Anotação ao artigo 12.º do RGPD* em *Gola*, Rn. 10. Para a concretização das informações em causa veja-se A. Barreto Menezes Cordeiro, *Direito da Proteção de Dados – à luz do RGPD e da Lei n.º 58/2019,* 265 e ss; e Quaas, *Anotação ao artigo 12.º do RGPD* em *BeckOk*, Rn. 10.

[41] Em semelhança ao GT 29, *Orientações relativas à transparência na aceção do Regulamento 2016/679* (WP 260 rev.01), 29-nov.-2017, Rn. 5.

A integração no sistema normativo do artigo 12.º configura a sua regulação no âmbito da "parte geral" das obrigações de informação e de transparência, refletidas em direitos correspondentes dos titulares dos dados[42]. Assim, o seu espetro normativo consagra-se como "cláusula geral" de obrigação holística de transparência da prestação de informações e, por conseguinte, estabelece os critérios associados à transmissão de informação de forma transparente[43]. Não se tratam de disposições normativas sujeitas às amarras formalistas do regime do capítulo III do RGPD, relativo aos direitos do titular dos dados, mas demandam uma leitura macroscópica aos alicerces axiológicos da proteção de dados, sendo o seu conteúdo integrado na dimensão principiológica do seu quadro dogmático[44].

Por fim, o disposto pelo artigo 23.º consagra a possibilidade dos requisitos dogmáticos postulados pelo artigo 12.º serem restringidos por medidas legislativas da União ou pelo direito nacional de um Estado-Membro[45], bem como pelas cláusulas restritivas do capítulo IX relativo às disposições associadas a situações específicas de tratamento[46]. Todavia, a sua amplitude de regulação encontra-se ancorada aos princípios orientadores que impedem uma larga margem de restrição[47].

[42] A utilizar a mesma formulação, Franck, *Anotação ao artigo 12.º do RGPD* em *Gola*, Rn. 8; Paal/Hennemann, *Anotação ao artigo 12.º do RGPD* em *Paal/Pauly*, Rn. 1. Considerada uma das disposições centrais do RGPD, Pohle/Spittka, *Anotação ao artigo 12.º do RGPD* em Taeger/Gabel, *DSGVO–BDSG: Kommentar,* 3.ª ed., R&W: Francoforte (2019), Rn. 1.

[43] Paal/Hennemann, *Anotação ao artigo 12.º do RGPD* em *Paal/Pauly,* Rn. 1; e Kamlah, *Anotação ao artigo 12.º do RGPD* em *Plath*, Rn. 1.

[44] Todavia, cumpre ressalvar que nem todo o conteúdo normativo disposto por esses preceitos corresponde a obrigações de informação do responsável e ao direito à informação, pelo que a sua leitura exige uma delimitação dogmática ao domínio normativo que o princípio da transparência visa alcançar no âmbito do artigo 12.º do RGPD. Com detalhe sobre os direitos abrangidos e excluídos veja-se, Veil, *Anotação ao artigo 12.º do RGPD* em Gierschmann/Schlender/Stentzel/Veil, K*ommentar Datenschutz-Grundverordnung,* Bundesanzeiger: Colónia (2017), Rn. 11-15.

[45] Quaas, *Anotação ao artigo 12.º do RGPD* em *BeckOk*, Rn. 7.

[46] Em particular as restrições do artigo 85.º/2, a abertura do artigo 88.º e a delimitação do artigo 89.º/2 e 3, Paal/Hennemann, *Anotação ao artigo 12.º do RGPD* em *Paal/Pauly,* Rn. 17-18.

[47] Por todos, Bäcker, *Anotação ao artigo 12.º do RGPD* em *Kühling/Buchner*, Rn. 40. No âmbito nacional, a Lei n.º 58/2019 no artigo 20.º estabeleceu como limite aos direitos à informação e ao acesso dados pessoais previstos nos artigos 13.º a 15.º do RGPD, o dever de segredo do responsável oponível ao próprio titular dos dados. Com profundidade sobre as restrições admitidas pelo regulamento veja-se Paal/Hennemann, *Anotação ao artigo 12.º do RGPD* em *Paal/Pauly,* Rn. 15-18.

2. Elementos concretizadores do direito à informação

A inédita consagração expressa do princípio da transparência foi acompanhada de uma concretização pormenorizada sobre a forma e os elementos integrantes do direito à informação e do exercício dos direitos dos titulares dos dados. O artigo 12.º tutela os direitos das pessoas afetadas através da padronização dos requisitos materiais e processuais que disciplinam e salvaguardam o exercício e a proteção dos seus direitos, vinculando os respetivos responsáveis[48].

As obrigações impostas ao responsável foram consideravelmente ampliadas e especificadas pelo artigo 12.º do RGPD, decorrente da necessidade de reforço face aos desafios e ameaças resultantes da expansão de modernas e tecnológicas inovações integradas no âmbito do tratamento de dados, como a *big data*, *cloud computing* ou variadas plataformas baseadas em dados e algoritmos complexos[49]. A sua complexidade desvela-se como óbice ao controlo e contenção do tratamento dos dados pelo seu titular, colocando em perigo o exercício da autonomia privada perante os inevitáveis obstáculos de informação e de compressibilidade que dificultam a formação da vontade negocial[50]. Neste contexto, os requisitos do artigo 12.º implementam obrigações que diluem a obscuridade subjacente a este contexto hodierno e tornam, através de sistemas inteligentes, o seu processamento compreensível para o titular, permitindo um exercício esclarecido dos direitos de proteção de dados[51]. Assim se cumpre o núcleo teleológico da transparência conforme

[48] Bäcker, *Anotação ao artigo 12.º do RGPD* em *Kühling/Buchner*, Rn. 4; e Heckmann/Paschke, *Anotação ao artigo 12.º do RGPD* em *Ehmann/Selmayr*, Rn. 1.

[49] Holger Greve, *Anotação ao artigo 12.º do RGPD* em *Sydow*, Rn. 7. Sobre os desafios desta realidade tecnológica veja-se com profundidade Ana Alves Leal, *Aspetos jurídicos da análise de dados na Internet (big data analytics) nos setores bancário e financeiro: proteção de dados pessoais e deveres de informação,* em *FinTech II: Novos estudos sobre tecnologia financeira*, 102 e ss, e respetivos elementos indicados**;** EDPS, *Opinion 7/2015 on Meeting the challenges of big data. A call for transparency, user control, data protection by design and accountability* (2015), 7 e ss. No âmbito das ameaças que comporta, *inter alia,* Peter Schaar, *Datenschutz – Die aktuelle Gefährdungslage*, em Papier/Münch/Kellermann, *Freiheit und Sicherheit*, vol. 8, Nomos (2016), 93-110, 95. Ainda sobre os desafios das obrigações de informação nos domínios da *big data*, Werkmeister/Brandt, *Datenschutzrechtliche Herausforderungen für Big Data,* 32/4 CR (2016), 233-238, 236; e ainda com profundidade Hoffmann-Riem, *Big Data – Regulative Herausforderungen* [Regulative Challenges], Baden-Baden: Nomos (2018).

[50] Vejam-se considerações *supra*.

[51] De igual modo, protege os direitos fundamentais contra a discriminação, estigmatização e manipulação, imputando obrigações de prestar informação a todos os titulares, Holger Gre-

aludido *supra*, garantindo que o titular dos dados se encontra antecipadamente apto a avaliar o escopo, as consequências e as repercussões do processamento dos seus dados, de modo a permitir a formulação de uma decisão esclarecida[52].

Por conseguinte, são prescritos critérios materiais relativos à estrutura, ao formato e à extensão das informações e das notificações impostas pelo capítulo III e pelo artigo 34.º[53]. Tratam-se de critérios que impõem ao responsável a incorporação de medidas adequadas que permitam a transmissão "*de forma concisa, transparente, inteligível e de fácil acesso, utilizando uma linguagem clara e simples*", nos termos expressamente definidos pelo artigo 12.º/1 do RGPD[54]. Adequadamente compreendidos os mencionados requisitos, suscita-se uma potencial desarmonia na operacionalização do seu conteúdo, desvelando sobreposições e redundâncias, e até eventuais contradições[55]. Não obstante, e ultrapassando tautologias e contradições, revela-se imperioso conciliar os respetivos requisitos em nome da tutela dos dados.

ve, *Anotação ao artigo 12.º do RGPD* em *Sydow*, Rn. 7; e Hoffmann-Riem, *Big Data* cit., 11. Em tom crítico quanto à eficácia das medidas implementadas em resposta aos avanços tecnológicos, considerando o imperativo de transparência ilusório, Ana Alves Leal, *Aspetos jurídicos da análise de dados na Internet (big data analytics) nos setores bancário e financeiro: proteção de dados pessoais e deveres de informação,* em *FinTech II: Novos estudos sobre tecnologia financeira*, 126.

[52] GT 29, *Orientações relativas à transparência na aceção do Regulamento 2016/679* (WP 260 rev.01), 29-nov.-2017, Rn. 9 e *colorandi causa* Pohle/Spittka, *Anotação ao artigo 12.º do RGPD* em *Taeger/Gabel*, Rn. 9.

[53] Identificando com detalhe as diversas obrigações de notificação impostas ao responsável do tratamento de dados veja-se Veil, *Anotação ao artigo 12.º do RGPD* em *Gierschmann/Schlender/Stentzel/Veil*, Rn. 47, 49 e 51; e GT 29, *Orientações relativas à transparência na aceção do Regulamento 2016/679* (WP 260 rev.01), 29-nov.-2017, Rn. 7. Salvo determinadas obrigações que não cumprem tais exigências de informação conforme a delimitação já anteriormente aludida, por exemplo, o n.º 1 do artigo 20.º, Bäcker, *Anotação ao artigo 12.º do RGPD* em *Kühling/Buchner*, Rn. 9.

[54] Considerando 58, p.1.

[55] Bäcker, *Anotação ao artigo 12.º do RGPD* em *Kühling/Buchner*, Rn. 11. Adicionalmente, Kamlah, *Anotação ao artigo 12.º do RGPD* em *Plath*, Rn. 2, também considera os requisitos listados como parcialmente redundantes, e Paal/Hennemann, *Anotação ao artigo 12.º do RGPD* em *Paal/Pauly*, Rn. 27. De facto, o requisito da compreensibilidade poderá colidir e contrariar os objetivos visados pelo requisito da precisão. A transmissão de informações abrangentes e detalhadas, conforme o requisito da precisão, poderá prejudicar o requisito da compreensibilidade se o seu destinatário não for capaz de compreender a informação prestada com esse detalhe, Bäcker, *Anotação ao artigo 12.º do RGPD* em *Kühling/Buchner*, Rn. 12.

O quadro normativo que enceta o percurso dialógico subsequente assume uma natureza vinculativa cujo incumprimento representa uma violação direta do RGPD, pelo que a transmissão de informações imprecisas ou incompreensíveis reconduz-se ao incumprimento do dever de prestar as informações de forma adequada conforme imposto pelo artigo 12.º/1, sob pena de multa nos termos do artigo 83.º/5, alínea b), e abrigado pela tutela legal contra o responsável nos termos do artigo 79.º e contra a autoridade de supervisão segundo os artigo 77.º e 78.º[56].

2.1. A concisão, inteligibilidade, acesso fácil e transparência da informação

O cotejo dos diversos requisitos impostos pelo artigo 12.º permite a sua consolidação em dois núcleos essenciais: (i) o dever do responsável apresentar as informações com um conteúdo preciso, mobilizado por critérios de exatidão e, adicionalmente, em conformidade com critérios de compreensibilidade; (ii) permitir que as informações sejam compreendidas pela pessoa interessada.

Para efeitos de sistematização, a transparência corresponde ao desiderato normativo subjacente a todos os requisitos do artigo 12.º e não compreende um requisito autónomo[57].

[56] Invocando os mecanismos de tutela judicial, Pohle/Spittka, *Anotação ao artigo 12.º do RGPD* em *Taeger/Gabel*, Rn. 7. Também com interesse, Franck, *Anotação ao artigo 12.º do RGPD* em *Gola*, Rn. 39. 55-61. Semelhante, e com elementos adicionais, Bäcker, *Anotação ao artigo 12.º do RGPD* em *Kühling/Buchner*, Rn. 12-13. Todavia, nos termos do considerando 148, p. 2, tratando-se de uma infração menor, e se a respetiva multa assumir um caráter insignificante ou desproporcional, poderá ser substituída por uma advertência, Paal/Hennemann, *Anotação ao artigo 12.º do RGPD* em *Paal/Pauly*, Rn. 18a. Sobre as sanções e proteção legal neste contexto, Holger Greve, *Anotação ao artigo 12.º do RGPD* em *Sydow*, Rn. 33-34; e Veil, *Anotação ao artigo 12.º do RGPD* em *Gierschmann/Schlender/Stentzel/Veil*, Rn. 77-82, com análise no âmbito da tutela com representação por uma associação.

[57] O diálogo normativo com o considerando 58, p.1, manifesta uma discrepância dos elementos do direito à informação, do qual não consta a transparência, rejeitando-se assim a sua autonomia. Em conformidade, Vítor Palmela Fidalgo, *Anotação ao artigo 12.º do RGPD*, em *Comentário ao Regulamento Geral de Proteção de Dados e à Lei n.º 58/2019*, Rn. 13; e Kamlah, *Anotação ao artigo 12.º do RGPD* em *Plath*, Rn. 2. Contudo, o GT 29 propugnou pela sua autonomia como dever de prestar a informação antecipadamente, evitando surpresas ao titular, pelo considerando 39 alude à integridade das informações, GT 29, *Orientações relativas à transparência na aceção do Regulamento 2016/679* (WP 260 rev.01), 29-nov.-2017, Rn. 10.

a) A concisão da informação

A transmissão das informações visa permitir que o titular conheça que os seus dados se encontram a ser alvo de tratamento, através de uma comunicação eficaz e sucinta dos aspetos fundamentais da informação. Ponderando a ameaça de assoberbamento da informação, integrada numa penumbra de complexidade, cansativa e dissuasiva[58], o fundamento teleológico do critério da concisão destina-se a neutralizar o problema da sobrecarga de informações, impondo uma adaptação das informações a serem transmitidas em função dos seus destinatários. Deste modo, impõe-se que as informações e comunicações prestadas correspondam apenas às informações essenciais, numa articulação dialética com critérios de completude, exatidão e integralidade. Assim, devem ser breves e exatas no seu conteúdo, e excluir informações supérfluas, de modo a evitar a fadiga informativa, causada por um excesso de detalhe de informação e os correspondentes limites de capacidade de absorção do destinatário médio[59].

A sua delimitação impõe considerar as exigências de adaptação às modernas condições técnicas da comunicação digital, provocando uma reflexão sobre a tendencial sobrecarga informacional existente particularmente no ambiente *online*, cuja complexidade técnica e extensão informacional, colocam em causa as opções de controlo do titular dos dados[60].

[58] GT 29, *Orientações relativas à transparência na aceção do Regulamento 2016/679* (WP 260 rev.01), 29-nov.-2017, Rn. 8. *Colorandi causa,* Dix, *Anotação ao artigo 12.º do RGPD* em *Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmann*, Rn. 12; e Pohle/Spittka, *Anotação ao artigo 12.º do RGPD* em *Taeger/Gabel*, Rn. 10.

[59] Utilizando a exata expressão, Quaas, *Anotação ao artigo 12.º do RGPD* em *BeckOk*, Rn. 15. A sobrecarga de informações está presente quando a quantidade de informações a serem transmitida é superior ao que o seu destinatário pode ou geralmente deseja processar, Paal/Hennemann, *Anotação ao artigo 12.º do RGPD* em *Paal/Pauly,* Rn. 5, com particular desenvolvimento em Rn. 30 e 31. Com detalhes sobre exemplos práticos de métodos a adotar, GT 29, *Orientações relativas à transparência na aceção do Regulamento 2016/679* (WP 260 rev.01), 29-nov.-2017, 8. Também com sugestões de melhoria da transmissão de informação detalhada, Holger Greve, *Anotação ao artigo 12.º do RGPD* em *Sydow*, Rn. 14; e com vasto desenvolvimento Kettner/Thorun/Vetter, *Wege zur besseren Informiertheit*, ConPolicy (2018), 69 e ss.

[60] Holger Greve, *Anotação ao artigo 12.º do RGPD* em *Sydow*, Rn. 6 e 13. Com recomendações específicas no contexto *online*, GT 29, *Orientações relativas ao consentimento na aceção do Regulamento (UE) 2016/679* (WP 259 rev.01), 28-nov.-2017, 7; e ainda, com relevância Koreng/Lachemann, *Formularhandbuch Datenschutzrecht*, 3.ª ed., Beck: Munique (2021), 705 e ss.

b) A inteligibilidade

A concretização do requisito da compreensibilidade projetado no critério de inteligibilidade encontra-se estritamente relacionada com o requisito de utilização de uma linguagem clara e simples. O responsável pelo tratamento, mediante as informações relativas ao seu destinatário, deverá aferir a suscetibilidade de compreensão da informação transmitida e de incorporação do conteúdo no processo de decisão do titular[61]. Trata-se de um pré-requisito fundamental para atingir os objetivos de autodeterminação do consentimento no tratamento de dados, exigindo que as informações sejam facilmente acessíveis e compreendidas, sendo comunicadas através de uma linguagem clara e simples, segundo o contexto integrante[62]. A sua determinação será mobilizada pela capacidade de compreensão e de cognoscibilidade do destinatário médio segundo o contexto inserido[63], não sendo, evidentemente, exigido ao responsável uma adaptação casuística da sua forma e linguagem a cada titular de dados individualmente[64], mas apenas avaliar a potencial cognoscibilidade do público relevante[65].

O responsável deverá definir diferentes métodos adequados de transmissão da informação mediante o seu destinatário[66], categorizando-as no

[61] GT 29, *Orientações relativas à transparência na aceção do Regulamento 2016/679* (WP 260 rev.01), 29-nov.-2017, Rn. 9, e Vítor Palmela Fidalgo, *Anotação ao artigo 12.º do RGPD*, em *Comentário ao Regulamento Geral de Proteção de Dados e à Lei n.º 58/2019*, Rn. 13.

[62] Paal/Hennemann, *Anotação ao artigo 12.º do RGPD* em *Paal/Pauly*, Rn. 4; e Holger Greve, *Anotação ao artigo 12.º do RGPD* em *Sydow*, Rn. 13. Sobre o contexto integrante e como elemento paralelo, vejam-se as considerações relativas à transparência das cláusulas contratuais gerais no âmbito do direito ao consumidor, no acórdão TJUE 20-set.-2017, proc. C-186/16 *(Andriciuc e o. v Banca Românească SA)*, 44.

[63] O GT 29 fala em "*pessoa média do público visado*", GT 29, *Orientações relativas à transparência na aceção do Regulamento 2016/679* (WP 260 rev.01), 29-nov.-2017, Rn. 9.

[64] Bäcker, *Anotação ao artigo 12.º do RGPD* em *Kühling/Buchner*, Rn. 11. Semelhante Franck, *Anotação ao artigo 12.º do RGPD* em *Gola*, Rn. 22; e Pohle/Spittka, *Anotação ao artigo 12.º do RGPD* em *Taeger/Gabel*, Rn. 10.

[65] Utilizando a terminologia do GT 29, *Orientações relativas à transparência na aceção do Regulamento 2016/679* (WP 260 rev.01), 29-nov.-2017, Rn. 9. Na verdade, a obrigação subjacente a esse critério não se encontra intrinsecamente relacionada com o sucesso do resultado visado, pelo que o cumprimento da transmissão segundo os critérios legalmente estabelecidos não depende da perceção do seu destinatário, Paal/Hennemann, *Anotação ao artigo 12.º do RGPD* em *Paal/Pauly*, Rn. 19; Franck, *Anotação ao artigo 12.º do RGPD* em *Gola*, Rn. 9; e Quaas, *Anotação ao artigo 12.º do RGPD* em *BeckOk*, Rn. 25.

[66] Dando exemplos de testagem de legibilidade dos destinatários, GT 29, *Orientações relativas à transparência na aceção do Regulamento 2016/679* (WP 260 rev.01), 29-nov.-2017, Rn. 9.

âmbito do grupo médio de pessoas envolvidas na atividade, bem como classificando a informação em seções distintas, podendo implicar a transmissão da informação sob a forma de multicamadas[67]. Em particular, revela-se imperativo diferenciar critérios modeláveis mediante subgrupos, como sejam as crianças, salvaguardadas pela respetiva disposição[68].

i. A linguagem clara e simples

A compreensibilidade pressupõe que o destinatário possa apreender o conteúdo da informação e consiga incorporá-lo na sua decisão após a captação sem ambiguidades e sem exigências inadequadas de elevadas habilitações cognitivas. Os seus contornos revelam-se intrinsecamente conexos com os requisitos de concisão e de inteligibilidade, dado que somente através de uma linguagem simples e clara é possível alcançar uma economia da informação e a respetiva compreensibilidade do destinatário[69].

Com efeito, propugna-se que a transmissão da informação seja realizada de forma concreta e definitiva, dispensando a utilização desnecessária de vocabulário especializado e técnico, de figuras de estilo a complexificar, e evitando interpretações dissonantes, pela utilização de ambiguidades linguísticas ou abstratas e complexidades no âmbito da construção material da informação ou estrutura gramatical[70]. Não obstante a potencial necessidade de utilização de expressões técnicas, a sua utilização deverá ser acompa-

[67] Sugerindo a uma comunicação da informação em multicamadas, Paal/Hennemann, *Anotação ao artigo 12.º do RGPD* em *Paal/Pauly,* Rn. 31 e 34; ver também GT 29, *Orientações relativas à transparência na aceção do Regulamento 2016/679* (WP 260 rev.01), 29-nov.-2017, Rn. 35. Trata-se de transmitir o conteúdo informativo em etapas com um nível crescente de detalhe, Holger Greve, *Anotação ao artigo 12.º do RGPD* em *Sydow*, Rn. 13.

[68] Bäcker, *Anotação ao artigo 12.º do RGPD* em *Kühling/Buchner*, Rn. 11.

[69] A sua análise evidencia uma sobreposição parcial de determinados requisitos, dado que a linguagem clara e simples implica uma informação inteligível, Dix, *Anotação ao artigo 12.º do RGPD* em *Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmann*, Rn. 12; e de igual modo, Quaas, *Anotação ao artigo 12.º do RGPD* em *BeckOk*, Rn. 13. Contra, Heckmann/Paschke, *Anotação ao artigo 12.º do RGPD* em *Ehmann/Selmayr*, Rn. 12, que os considera individualmente importantes e conciliáveis.

[70] Devem ser evitadas formulações como "pode", "possa", "alguns", "frequentemente" e "possível", que não permitem compreender se os dados estão realmente a ser tratados, GT 29, *Orientações relativas à transparência na aceção do Regulamento 2016/679* (WP 260 rev.01), 29-nov.-2017, Rn. 13. De igual modo, Pohle/Spittka, *Anotação ao artigo 12.º do RGPD* em *Taeger/Gabel*, Rn. 12. Para detalhes e recomendações, Heckmann/Paschke, *Anotação ao artigo 12.º do RGPD* em *Ehmann/Selmayr*, Rn. 17.

nhada de um esclarecimento suficientemente compreensível, cognoscível e segundo a linguagem comum[71]. Todavia, importa sublinhar que a simplicidade de linguagem prescrita não deverá prejudicar a precisão e a integridade da informação, devendo assumir uma natureza definida, concreta e completa, com uma linguagem clara e simples[72].

O legislador da União formulou um regime normativo especial para a proteção de dados das crianças, expresso pelo artigo 8.º e confirmado pelo n.º 1 do artigo 12.º *in fine,* em articulação com o considerando 58, p.4, elegendo-as como dignas de proteção no âmbito da sua posição como destinatários da informação[73]. O caráter especial fundamenta-se na menor sapiência e compreensão dos riscos e consequências associadas, bem como na falta de cognoscibilidade relativa às garantias e aos direitos atribuídos[74]. Por conseguinte, todas as informações destinadas especificamente a crianças devem ser transmitidas segundo uma linguagem percetível, ou seja,

[71] Paal/Hennemann, *Anotação ao artigo 12.º do RGPD* em *Paal/Pauly,* Rn. 33; Franck, *Anotação ao artigo 12.º do RGPD* em *Gola*, Rn. 22. Trata-se da utilização de frases curtas e palavras normalmente utilizadas, Quaas, *Anotação ao artigo 12.º do RGPD* em *BeckOk,* Rn. 19. Daqui decorrem novas ponderações dogmáticas no âmbito da realidade complexa de processamento de dados na criação de perfis ou de inteligência artificial, GT 29, *Guidelines on Automated individual decision-making and Profiling for the purposes of Regulation 2016/67* (WP 251 rev. 01), 3-out.-2017, por último revisto a 6-fev.-2018, 13 e ss.

[72] Não se conforma com a mera descrição do registo de dados ou de dados encriptados como resposta ao pedido de informação, sem explicações. Para mais detalhes, com exemplos e sugestões de boas e más práticas, GT 29, *Orientações relativas à transparência na aceção do Regulamento 2016/679* (WP 260 rev.01), 29-nov.-2017, 10, e ainda com relevância a publicação da Comissão Europeia, *Redigir com Clareza da Comissão Europeia* (2011) disponível em: https://publications.europa.eu/pt/publication-detail/-/publication/c2dab20c-0414-408d-87b5-dd3c6e5dd9a5. Com outras indicações e elementos, Heckmann/Paschke, *Anotação ao artigo 12.º do RGPD* em *Ehmann/Selmayr*, Rn. 21.

[73] Em profundidade, GT 29, *Orientações relativas à transparência na aceção do Regulamento 2016/679* (WP 260 rev.01), 29-nov.-2017, Rn. 14-16, remetendo para os exemplos da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança em linguagem adequada para crianças disponível em https://www.unicef.org/rightsite/files/uncrcchilldfriendlylanguage.pdf. Com especial relevo no contexto do uso da internet, Holger Greve, *Anotação ao artigo 12.º do RGPD* em *Sydow*, Rn. 17. Denota-se a existência de outras disposições que estabelecem um regime especial neste contexto, como o artigo 6.º/1, alínea f), o artigo 8.º, o artigo 40.º/2, alínea g), e o artigo 57.º/1, alínea b). O mesmo se aplica no domínio de um necessário consentimento do representante legal, no qual não se dispensa a obrigação de transparência em relação às crianças.

[74] Quaas, *Anotação ao artigo 12.º do RGPD* em *BeckOk*, Rn. 22.

uma linguagem que, pela sua simplicidade e clareza, seja adequada e compreendida por crianças[75].

c) Acesso fácil

A forma e comunicação da informação deverá ser facilmente acessível, permitindo que seja evidente ao destinatário compreender onde e de que forma pode aceder à informação através dos meios técnicos que estão à sua disposição, impondo ao responsável o dever de garantir que todas as informações relevantes para a sua tomada de decisão se encontram facilmente identificadas[76]. No contexto *online*, o responsável deve garantir que a informação ou a comunicação dirigida consegue ser acedida e visualizada a qualquer momento por todos os programas de software comuns, isto é, por aqueles que são normalmente utilizados pelos titulares[77].

A mera exposição ou declaração de proteção de dados revela-se insuficiente na concretização dos requisitos impostos pelo princípio da transparência, sendo exigido um processo de comunicação ativo com o respetivo titular, mobilizado pelos contornos exigidos no contexto da transmissão[78]

[75] Considerando 58, p.4. Neste contexto, configura-se como padrão orientador as limitações associadas à perceção das crianças ou outras pessoas vulneráveis, que se poderá articular com a utilização de ícones previstos no n.º 7 do artigo 12.º. Ver também GT 29, *Working Document 1/2008 on the protection of children's personal data (General guidelines and the special case of schools)* (WP 147), 18-fev.-2008, 4 e ss. Com pertinência, por todos, Heckmann/Paschke, *Anotação ao artigo 12.º do RGPD* em *Ehmann/Selmayr*, Rn. 21; e Joachim, *Besonders schutzbedürftige Personengruppen*, 9 ZD (2017), 414-418, 414.

[76] Considerando 58, p. 3. Semelhante, Pohle/Spittka, *Anotação ao artigo 12.º do RGPD* em *Taeger/Gabel*, Rn. 11. Poderá ocorrer no contexto eletrónico da internet, através de janelas pop-up, links, FAQs, entre outros, Holger Greve, *Anotação ao artigo 12.º do RGPD* em *Sydow*, Rn. 20. Com exemplos, GT 29, *Orientações relativas à transparência na aceção do Regulamento 2016/679* (WP 260 rev.01), 29-nov.-2017, Rn. 11.

[77] Paal/Hennemann, *Anotação ao artigo 12.º do RGPD* em *Paal/Pauly*, Rn. 32; e Quaas, *Anotação ao artigo 12.º do RGPD* em *BeckOk*, Rn. 16 e 25. Fazendo notar que a informação no contexto virtual deverá ser acessível no máximo com dois cliques, Pohle/Spittka, *Anotação ao artigo 12.º do RGPD* em *Taeger/Gabel*, Rn. 11.

[78] Pode ser exigida a transmissão de informação oral em certas condições, como o p. 3 do n.º 1 do artigo 13.º, Dix, *Anotação ao artigo 12.º do RGPD* em *Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmann*, Rn. 14. Com efeito, é imputado ao responsável pelo tratamento a avaliação adequada do modo de transmissão da informação conforme o destinatário e o contexto que se integra, considerando a este propósito o escopo visado pela informação. Trata-se de uma autorregulação segundos os conhecimentos disponíveis pelo responsável, Holger Greve, *Anotação ao artigo 12.º do RGPD* em *Sydow*, Rn. 16. Em tom crítico à forma comum de trans-

pelo que não deverá integrar a transmissão de outras informações em conjunto, e deverá ser graficamente destacada[79].

3. Forma de prestar a informação

As informações devem ser prestadas por escrito ou de forma equivalente, designadamente por meios eletrónicos ou oralmente, conforme necessário, não obstante a primazia ser, por defeito, efetuada por escrito[80].

Neste contexto, as especificações e os contornos subjacentes à forma que o responsável deve adotar para fornecer as informações, constam dos preceitos do n.º 1 do artigo 12.º *in fine,* numa articulação dialógica com os números 2 e 3 do mesmo artigo[81]. O seu diálogo reclama que a forma de transmissão da informação, eletrónica ou por escrito[82], seja suficientemente adequada, mediante os contornos contextuais da situação, de modo a assegurar o acesso a todas as pessoas afetadas. A sua avaliação é definida pelo responsável, mobilizada pelo contexto integrado e pelas exigências de acessibilidade e compreensibilidade que o tratamento de dados e a sua trans-

missão da informação, Cate/Mayer-Schönberger, *Notice and consent in a world of Big Data*, 3/2 IDPL 2013, 67-73, 67.

[79] Vítor Palmela Fidalgo, *Anotação ao artigo 12.º do RGPD*, em *Comentário ao Regulamento Geral de Proteção de Dados e à Lei n.º 58/2019,* Rn. 15.

[80] Em conformidade com o terceiro parágrafo *a contrario* do artigo 12.º/1, consubstancia-se o princípio da forma escrita, segundo o qual se classifica o formato escrito como a forma básica de transmissão de informação. Por todos, Veil*, Anotação ao artigo 12.º do RGPD* em *Gierschmann/Schlender/Stentzel/Veil,* Rn. 21; ao lado de Bäcker, *Anotação ao artigo 12.º do RGPD* em *Kühling/Buchner*, Rn. 17.

[81] Com desenvolvimento sobre o diálogo normativo com os artigos 12.º e ss., e a extensão do âmbito de aplicação Bäcker, *Anotação ao artigo 12.º do RGPD* em *Kühling/Buchner*, Rn. 14. Veja-se GT 29, *Orientações relativas à transparência na aceção do Regulamento 2016/679* (WP 260 rev.01), 29-nov.-2017, Rn. 16, com exemplos de outros meios, Rn. 18.

[82] No que concerne aos meios eletrónicos, a sua leitura admite que se integrem informações escritas dirigidas aos destinatários, seja através da especificação de um URL ou de um código QR, de pen-drive, CD, entre outros indicados em GT 29 e respetivas recomendações, GT 29, *Orientações relativas à transparência na aceção do Regulamento 2016/679* (WP 260 rev.01), 29-nov.-2017, Rn. 17-19. O seu cotejo com a transmissão escrita decorre da perceção imediata desta, em contraposição com a necessidade de decifração do seu conteúdo pelo destinatário no âmbito da transmissão por meios eletrónicos, Vítor Palmela Fidalgo, *Anotação ao artigo 12.º do RGPD*, em *Comentário ao Regulamento Geral de Proteção de Dados e à Lei n.º 58/2019,* Rn. 19. Com recomendações sobre a metodologia a adotar no contexto digital, GT 29, *Orientações relativas à transparência na aceção do Regulamento 2016/679* (WP 260 rev.01), 29-nov.-2017, Rn. 35-37.

missão reclamam[83]. Com efeito, por vezes a transmissão escrita é dispensada mediante a configuração de canais de comunicação adequados. Em contraposição, determinados contextos exigem o reforço da utilização cumulativa de instrumentos de comunicação[84]. Deste modo, visa-se garantir o acesso à informação de todos os titulares independentemente dos meios que os acompanham, designadamente a eventual ausência de meios eletrónicos[85].

Os critérios orientadores da seleção adequada da forma de transmissão da informação diferem mediante a verificação de uma obrigação ativa de cumprimento do dever de informação, ou passiva decorrente de um pedido solicitado pelo interessado[86]. Perante um dever ativo de fornecer informações, o responsável poderá definir a forma adequada para a sua transmissão que, segundo o artigo 12.º/1, poderá ocorrer através de meios eletrónicos ou escritos.

A transmissão oral só pode ser considerada se a identidade do titular for certa[87]. Embora seja insuficiente, nada obsta a que, por razões práticas, seja fornecido à pessoa interessada uma referência oral da informação, desde que complementarmente disponível noutro formato[88]. As informações

[83] Com densa análise e recomendações mediante o contexto, em especial no domínio da *internet*, Heckmann/Paschke, *Anotação ao artigo 12.º do RGPD* em *Ehmann/Selmayr*, Rn. 20; e Dix, *Anotação ao artigo 12.º do RGPD* em *Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmann*, Rn. 20.

[84] GT 29, *Orientações relativas à transparência na aceção do Regulamento 2016/679* (WP 260 rev.01), 29-nov.-2017, Rn. 17. Como por exemplo na transmissão por aplicações pop-up, Dix, *Anotação ao artigo 12.º do RGPD* em *Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmann*, Rn. 18. Sobre estes aspetos, Holger Greve, *Anotação ao artigo 12.º do RGPD* em *Sydow*, Rn. 18.

[85] Indicando critérios de avaliação contextual, Heckmann/Paschke, *Anotação ao artigo 12.º do RGPD* em *Ehmann/Selmayr*, Rn. 22. O artigo 12.º/1 e o considerando 58 admitem a transmissão de informações por email sendo, todavia, necessárias garantias de receção da informação, seja através de uma notificação que informe que a mensagem foi "lida", ou através de vídeos explicativos, ou canais de informação alternativos. A sua utilização poderá ser impedida no âmbito de categorias especiais de dados pessoais na aceção do artigo 9.º, e não se verificarem condições técnicas suficientes para proteger a confidencialidade e integridade dos dados, Holger Greve, *Anotação ao artigo 12.º do RGPD* em *Sydow*, Rn. 18 e respetivas referências. Com desenvolvimento, Dix, *Anotação ao artigo 12.º do RGPD* em *Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmann*, Rn. 18; e GT 29, *Orientações relativas à transparência na aceção do Regulamento 2016/679* (WP 260 rev.01), 29-nov.-2017, Rn. 17-19.

[86] Acompanhando Bäcker, *Anotação ao artigo 12.º do RGPD* em *Kühling/Buchner*, Rn. 15.

[87] Quaas, *Anotação ao artigo 12.º do RGPD* em *BeckOk*, Rn. 29. Sobre a identificação do titular, vejam-se as considerações *infra*.

[88] Kamlah, *Anotação ao artigo 12.º do RGPD* em *Plath*, Rn. 3 e 9. O responsável deve, ainda, de garantir a possibilidade de voltar a ouvir mensagens pré-gravadas e assegurar que conserva um registo, GT 29, *Orientações relativas à transparência na aceção do Regulamento 2016/679* (WP

e notificações podem, de igual modo, ser fornecidas em formato eletrónico, caso se revelem necessárias ou, conforme o artigo 12.º/2, "*nos casos adequados*"[89], designadamente perante um elevado número de interessados ou uma complexidade técnica que reclame esse formato[90].

Por outro lado, no caso de uma obrigação passiva de informação, a forma da sua transmissão encontra-se condicionada à disposição apresentada pelo titular dos dados no momento de solicitação do pedido de informação, devendo o responsável retorquir através do mesmo meio[91]. Acresce que, em certas situações, também poderá ser impedida a transmissão por escrito das informações atendendo a potenciais efeitos adversos do titular dos dados, sujeitos à devida tutela jurídica[92]. Com efeito, a escolha pelo titular de dados da forma de transmissão permitida pela intencionalidade predicativa do artigo 12.º/3 e 4 carece de limitação, atendendo a critérios de segurança e de adequação[93].

260 rev.01), 29-nov.-2017, Rn. 21; e também, Heckmann/Paschke, *Anotação ao artigo 12.º do RGPD* em *Ehmann/Selmayr*, Rn. 22.

[89] Dix, *Anotação ao artigo 12.º do RGPD* em *Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmann*, Rn. 19. A concretização do formato eletrónico é delimitada pelo considerando 58, p. 2, o qual dispõe a possibilidade de transmitir a informação através de um site, desde que destinado ao público, e dotado de acesso geral, complementando pelo seu parágrafo 3. Com exemplos de cenários plausíveis veja-se GT 29, *Orientações relativas à transparência na aceção do Regulamento 2016/679* (WP 260 rev.01), 29-nov.-2017, Rn. 19.

[90] Considerando 58, p.3, e considerando 60. Em termos semelhantes, Kamlah, *Anotação ao artigo 12.º do RGPD* em *Plath*, Rn. 5. No âmbito da complexidade, encontram-se incluídos os tratamentos com efeitos de publicidade, como a utilização de cookies, Holger Greve, *Anotação ao artigo 12.º do RGPD* em *Sydow*, Rn. 20. Exige-se uma avaliação concreta ao contexto do tratamento, aferindo a adequação da transmissão eletrónica, designadamente no âmbito do comércio *online*, em contraposição à sua inadequação no âmbito do tratamento *offline* de dados, Veil, *Anotação ao artigo 12.º do RGPD* em *Gierschmann/Schlender/Stentzel/Veil*, Rn. 22.

[91] Todavia, o titular não poderá vincular o responsável a um meio de transmissão da informação, podendo somente ampliar as opções disponíveis ao responsável, Bäcker, *Anotação ao artigo 12.º do RGPD* em *Kühling/Buchner*, Rn. 17; e Holger Greve, *Anotação ao artigo 12.º do RGPD* em *Sydow*, Rn. 21.

[92] Perante informações pessoais transmitidas eletronicamente, o seu conteúdo deverá ser sujeito a mecanismos de criptografia que garantam a segurança da sua transmissão e evitem o acesso de pessoas não autorizadas, Kamlah, *Anotação ao artigo 12.º do RGPD* em *Plath*, Rn. 9, e com detalhe 3-5.

[93] Em particular, emergem nervuras problemáticas no âmbito de contextos *online*, podendo ser a informação solicitada através de enderenço de email, mas recomendada por correio devido a questões de segurança e identificação, Pohle/Spittka, *Anotação ao artigo 12.º do*

Se os titulares dos dados exercerem os seus direitos ao abrigo dos artigos 15.º a 22.º por via eletrónica, devem ser, se possível, informados eletronicamente, exceto caso tenham solicitado outro canal de informação, conforme o n.º 4 do artigo 12.º[94]. Na verdade, é estabelecido pelo n.º 1 do artigo 12.º a possibilidade de a informação ser prestada oralmente[95], no domínio do exercício dos direitos dos artigos 15.º a 22.º e 34.º[96], mediante a verificação de duas condições cumulativas: (i) o titular de dados solicitar a respetiva forma de transmissão; e (ii) o responsável pelo tratamento confirmar a identidade do titular dos dados através de outros meios. A identificação não poderá ser apenas assegurada verbalmente, mas em comunhão com outros formatos[97].

O RGPD não uniformiza pertinentemente a língua em que as informações devem ser prestadas, o que permite que, caso o titular não domine a língua nacional do Estado-Membro onde se encontra, tenha o direito de receber informações compreensíveis[98]. Com efeito, atendendo ao requisito de inteligibilidade, ponderado no considerando 58, revela-se inerente a eventual necessidade de tradução para uma língua cognoscível ao destinatário[99].

RGPD em *Taeger/Gabel*, Rn. 17. Também tratado em Heckmann/Paschke, *Anotação ao artigo 12.º do RGPD* em *Ehmann/Selmayr*, Rn. 35.

94 Franck, *Anotação ao artigo 12.º do RGPD* em *Gola*, Rn. 24.

95 Também inclui um anúncio verbal automatizado, Holger Greve, *Anotação ao artigo 12.º do RGPD* em *Sydow*, Rn. 21. Trata-se de uma possibilidade e não de uma obrigação. Com críticas ao preceito, Veil, *Anotação ao artigo 12.º do RGPD* em *Gierschmann/Schlender/Stentzel/Veil*, Rn. 24.

96 O mesmo não sucede no âmbito das informações expressas nos artigos 13.º e 14.º, em GT 29, *Orientações relativas à transparência na aceção do Regulamento 2016/679* (WP 260 rev.01), 29-nov.-2017, Rn. 20.

97 Não se deverá conformar com a palavra do titular relativa à sua identidade, sendo exigido a sua comprovação por outros meios, *Paal* /Hennemann, *Anotação ao artigo 12.º do RGPD* em *Paal/Pauly*, Rn. 40. Com detalhe, GT 29, *Orientações relativas à transparência na aceção do Regulamento 2016/679* (WP 260 rev.01), 29-nov.-2017, Rn. 20. Ver considerações *infra*.

98 Trata-se de uma consequência normativa decorrente do artigo 41.º/4 da Carta que confere a qualquer pessoa o direito a se dirigir às instituições da União utilizando uma das línguas do Tratado, e receber, de igual modo, uma resposta na mesma língua, Kamlah, *Anotação ao artigo 12.º do RGPD* em *Plath*, Rn. 2.

99 Paal/Hennemann, *Anotação ao artigo 12.º do RGPD* em *Paal/Pauly*, Rn. 34; e Pohle/Spittka, *Anotação ao artigo 12.º do RGPD* em *Taeger/Gabel*, Rn. 10. Não obstante, as informações solicitadas no âmbito dos artigos 15.º a 22.º devem ser respondidas na língua utilizada pelo interessado no pedido apresentado, Kamlah, *Anotação ao artigo 12.º do RGPD* em *Plath*, Rn. 2. Determinadas situações podem exigir o fornecimento da informação em diferentes versões linguísticas, designadamente no âmbito de atividades transfronteiriças, Heckmann/Paschke,

IV. Dever de facilitar o exercício de direitos

O dever material do responsável pelo tratamento de dados fornecer ao titular dos dados todas as informações segundo os elementos analisados, articula-se com a obrigação geral do responsável de facilitar o exercício dos respetivos direitos previstos pelos artigos 15.º a 22.º do RGPD. Trata-se de um dever procedimental que transcende uma mera obrigação de *non facere*[100], mobilizando uma conduta ativa de conformação, segundo o n.º 2 do artigo 12.º. Com efeito, é imputado ao responsável a necessidade de construir e disponibilizar opções e canais de informação simples e acessíveis, complementados por um devido aconselhamento do responsável, que contribui para a plenitude informativa do titular como pressuposto do exercício dos respetivos direitos[101].

O breve apontamento inscrito viabiliza a perceção de uma ampla margem de delimitação do responsável dos comportamentos que consubstanciam o cumprimento do dever de facilitar o exercício dos direitos dos titulares[102]. Não obstante, a sua configuração encontra sustento no dever de esclarecimento perante casos de imprecisão ou de dúvida e, na corporização de mecanismos de acesso à informação, eliminando eventuais obstáculos[103]. De facto, o seu domínio concretiza-se no diálogo com o regime

Anotação ao artigo 12.º do RGPD em *Ehmann/Selmayr*, Rn. 19. Com particular relevância no tratamento de dados *online*, deverá ser disponibilizada uma oferta informativa multilingue Holger Greve, *Anotação ao artigo 12.º do RGPD* em *Sydow*, Rn. 15.

[100] Dix, *Anotação ao artigo 12.º do RGPD* em *Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmann*, Rn. 23; e Kamlah, *Anotação ao artigo 12.º do RGPD* em *Plath*, Rn. 11. A expressão positiva de "facilitar" tende a comportar uma perspetiva de necessidade de proceder ao alívio de obstáculos perante um conjunto de atividades ativas, Paal/Hennemann, *Anotação ao artigo 12.º do RGPD* em *Paal/Pauly*, Rn. 45; Quaas, *Anotação ao artigo 12.º do RGPD* em *BeckOk*, Rn. 32.

[101] Bäcker, *Anotação ao artigo 12.º do RGPD* em *Kühling/Buchner*, Rn. 25.

[102] Reconhecendo a inexistência de indicação das medidas concretas a adotar, sendo a sua delimitação decorrente de uma abordagem sistemática aos ditames do RGPD, Heckmann/Paschke, *Anotação ao artigo 12.º do RGPD* em *Ehmann/Selmayr*, Rn. 24. Em particular, no caso de processamento eletrónico de dados, deverá ser concedida a opção de exercício dos direitos estabelecidos pelos artigos 15.º a 22.º através de meios eletrónicos, Paal/Hennemann, *Anotação ao artigo 12.º do RGPD* em *Paal/Pauly*, Rn. 45.

[103] A sua conduta ativa implica a configuração de processos internos que garantam o exercício simples, designadamente através de formulários eletrónicos ou aplicações, e eventualmente o acesso remoto aos dados Holger Greve, *Anotação ao artigo 12.º do RGPD* em *Sydow*, Rn. 22; e Pohle/Spittka, *Anotação ao artigo 12.º do RGPD* em *Taeger/Gabel*, Rn. 14. De igual modo, vejam-se os considerandos 59, p. 2 e considerando 63, p. 4.

mobilizado pelos direitos materiais[104], e no devido cumprimento dos termos estabelecidos nos artigos 13.º e 14.º, visto que a sua execução configura, por conseguinte, a facilitação do exercício dos direitos.

A violação do disposto pelo artigo 12.º/2 pressupõe que o responsável torne significativamente mais difícil ao titular exercer os seus direitos, que o impeça de receber as informações necessárias sem um fundamento objetivo que o justifique, ou que a sua comunicação integre outros elementos além do mero conteúdo da comunicação[105].

V. Garantias subjacentes ao direito à informação do titular

1. Critério temporal

Num contexto sem precedente, o legislador da União vinculou o responsável pelo tratamento de dados a prestar a informação sobre o exercício dos respetivos direitos segundo um determinado critério temporal, que impede uma eventual perda de interesse ou de oportunidade pelo titular. Com efeito, o regulamento contempla uma obrigação do responsável cumprir um prazo, dentro do qual deverá informar o requerente das medidas tomadas[106]. A este propósito, a articulação do artigo 12.º/3 e 4 determina dois requisitos procedimentais para o tratamento de um pedido solicitado pelo titular ao abrigo do exercício dos direitos consagrados nos artigos 15.º a 22.º[107]: um requisito de resposta e um requisito de celeridade.

[104] A sua presença reflete-se no âmbito do artigo 12.º/3, quarto parágrafo, do artigo 12.º/5 e ainda o artigo 12.º/2, que se projetam em medidas que visam facilitar o exercício dos direitos dos titulares, em Vítor Palmela Fidalgo, *Anotação ao artigo 12.º do RGPD,* em *Comentário ao Regulamento Geral de Proteção de Dados e à Lei n.º 58/2019,* Rn. 25-25.

[105] Bäcker, *Anotação ao artigo 12.º do RGPD* em *Kühling/Buchner*, Rn. 26.

[106] A inexistência no direito europeu de disposições relativas à contagem de prazo determina a aplicação dos prazos dispostos pelo direito comum, *colorandi causa* Vítor Palmela Fidalgo, *Anotação ao artigo 12.º do RGPD*, em *Comentário ao Regulamento Geral de Proteção de Dados e à Lei n.º 58/2019,* Rn. 29; e Franck, *Anotação ao artigo 12.º do RGPD* em *Gola*, Rn. 27. Note-se que o preceito em análise não dispõe de qualquer informação sobre as consequências jurídicas associadas à violação dos prazos, Paal/Hennemann, *Anotação ao artigo 12.º do RGPD* em *Paal/Pauly,* Rn. 53; Kamlah, *Anotação ao artigo 12.º do RGPD* em *Plath*, Rn. 15.

[107] A referência na versão portuguesa do RGPD aos direitos dos artigos 15.º a 20.º manifesta-se como um lapso de redação no cotejo com a versão inglesa e alemã, Vítor Palmela Fidalgo, *Anotação ao artigo 12.º do RGPD,* em *Comentário ao Regulamento Geral de Proteção de Dados e à Lei n.º 58/2019,* Rn. 27. Para o cotejo dos lapsos entre a versão do texto inglês e português, e

A solicitação de um pedido comporta a obrigação de resposta a todos os pedidos suscitados perante o responsável[108]. Os pedidos de informação devem ser atendidos "*sem demora injustificada*", devendo ser fornecida resposta no prazo de um mês após a receção do pedido nos termos do n.º 3 do artigo 12.º[109].

O período mensal projeta-se como limite máximo que não deverá assumir a natureza de regra mínima[110]. A configuração de um dever de prestação imediato é extraída de uma interpretação holística à dialética entre o artigo 12.º com o artigo 5.º/1, alínea d), nos quais o legislador invoca expressamente a expressão "*imediatamente*". Neste sentido, entende-se que o legislador visou impor normativamente que as reivindicações, quando justificadas, sejam atendidas sem prazos indevidos[111], ou seja, devem ser operadas sem hesitação culposa[112]. O término do prazo de um mês configura uma presunção de demora culposa[113]. Esta estrutura repercute-se, de igual modo, no dever de explicar adequadamente os motivos do indeferimento do pedido[114].

respetivos desvios, Alexandre Sousa Pinheiro, *Anotação ao artigo 12.º do RGPD* em *Comentário ao RGPD*, coord. Alexandre Sousa Pinheiro, Almedina: Coimbra (2018), Rn. 1.

[108] Alertando para a contenção proporcional do dever de resposta com o esforço burocrático prejudicial às pequenas empresas, num conflito entre os direitos fundamentais do titular e da liberdade empresarial e o direito de propriedade, Heckmann/Paschke, *Anotação ao artigo 12.º do RGPD* em *Ehmann/Selmayr*, Rn. 31 e 37.

[109] Tal receção implica uma entrada da solicitação na esfera de influência do responsável que o permite conhecer e tratar do pedido solicitado, Paal/Hennemann, *Anotação ao artigo 12.º do RGPD* em *Paal/Pauly*, Rn. 53.

[110] Dix, *Anotação ao artigo 12.º do RGPD* em *Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmann*, Rn. 25; Bäcker, *Anotação ao artigo 12.º do RGPD* em *Kühling/Buchner*, Rn. 33.

[111] Dix, *Anotação ao artigo 12.º do RGPD* em *Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmann*, Rn. 26. Bäcker, *Anotação ao artigo 12.º do RGPD* em *Kühling/Buchner*, Rn. 34. Nos casos de pluralidade de dados no contexto *online*, destaca-se a possibilidade de um processamento automatizado que permita o cumprimento de prazos, Holger Greve, *Anotação ao artigo 12.º do RGPD* em *Sydow*, Rn. 24.

[112] Por todos, Paal/Hennemann, *Anotação ao artigo 12.º do RGPD* em *Paal/Pauly*, Rn. 53; e Kamlah, *Anotação ao artigo 12.º do RGPD* em *Plath*, Rn. 13. Considerando que o tempo definido sem atrasos indevidos irá depender do contexto e do caso individual, Heckmann/Paschke, *Anotação ao artigo 12.º do RGPD* em *Ehmann/Selmayr*, Rn. 32; Franck, *Anotação ao artigo 12.º do RGPD* em *Gola*, Rn. 25.

[113] Vítor Palmela Fidalgo, *Anotação ao artigo 12.º do RGPD*, em *Comentário ao Regulamento Geral de Proteção de Dados e à Lei n.º 58/2019*, Rn. 26.

[114] Considerando 59, p.3, e Holger Greve, *Anotação ao artigo 12.º do RGPD* em *Sydow*, Rn. 24.

O regulamento admite uma prorrogação adicional de dois meses ao período de resposta, condicionado à medida do necessário, com base no pré-requisito de uma complexidade do pedido e/ou no número de pedidos subjacentes[115]. Trata-se de exigir que o tratamento se encontre entretecido perante uma complexidade material e/ou quantidade avulta inesperada que obste ao normal decorrer do tratamento dos pedidos dos titulares[116].

A comunicação do prazo e sua eventual prorrogação deverá assumir o meio de transmissão pelo qual o titular exerceu os seus direitos, salvo se tiver sido solicitado outro canal de comunicação[117]. Neste contexto, perante a necessidade de prorrogação, o responsável deve comunicar ao interessado, no prazo de um mês a contar da receção do pedido, a prorrogação do período de resposta, os seus fundamentos e o período previsto de atraso[118].

[115] Pohle/Spittka, *Anotação ao artigo 12.º do RGPD* em *Taeger/Gabel*, Rn. 25; e Quaas, *Anotação ao artigo 12.º do RGPD* em *BeckOk*, Rn. 36. Todavia, considerando apenas a aplicação cumulativa de ambos os critérios Heckmann/Paschke, *Anotação ao artigo 12.º do RGPD* em *Ehmann/Selmayr*, Rn. 33; Paal/Hennemann, *Anotação ao artigo 12.º do RGPD* em *Paal/Pauly*, Rn. 54; referindo que não basta a mera demanda excessiva de consultas Holger Greve, *Anotação ao artigo 12.º do RGPD* em *Sydow*, Rn. 25. Também com interpretação restritiva, com dúvidas Bäcker, *Anotação ao artigo 12.º do RGPD* em *Kühling/Buchner*, Rn. 34.

[116] A sua extensão subjetiva depende do volume de pedidos apresentados, e a sua complexidade mobiliza-se pelos factos subjacentes ao pedido e à sua qualificação jurídica, Paal/Hennemann, *Anotação ao artigo 12.º do RGPD* em *Paal/Pauly*, Rn. 54; Kamlah, *Anotação ao artigo 12.º do RGPD* em *Plath*, Rn. 4 e 18. Atendendo à conjunção aditiva como ilustrativa, são admitidos outros cenários que permitam a prorrogação adicional, desde que devidamente fundados, e permitam a oportunidade de que a legalidade do atraso seja verificada por uma autoridade de controlo ou um tribunal, Dix, *Anotação ao artigo 12.º do RGPD* em *Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmann*, Rn. 25.

[117] Holger Greve, *Anotação ao artigo 12.º do RGPD* em *Sydow*, Rn. 25. Na realidade deverá seguir os mesmos pressupostos definidos no artigo 12.º/1, conforme *supra* analisado, Paal/Hennemann, *Anotação ao artigo 12.º do RGPD* em *Paal/Pauly*, Rn. 55.

[118] Holger Greve, *Anotação ao artigo 12.º do RGPD* em *Sydow*, Rn. 2. Assim, inevitavelmente, no prazo de um mês a contar da receção do pedido, o responsável deve contactar e notificar o titular, Quaas, *Anotação ao artigo 12.º do RGPD* em *BeckOk*, Rn. 37. No fundo, encontra-se cumprido o dever primordial de informar o interessado no prazo de um mês, seja com resposta positiva, negativa ou de prorrogação, Veil, *Anotação ao artigo 12.º do RGPD* em *Gierschmann/Schlender/Stentzel/Veil*, Rn. 33. *Colorandi causa*, relativo à notificação do fundamento e dos elementos subjacentes, Dix, *Anotação ao artigo 12.º do RGPD* em *Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmann*, Rn. 27; e Heckmann/Paschke, *Anotação ao artigo 12.º do RGPD* em *Ehmann/Selmayr*, Rn. 34. No caso de incumprimento de exposição dos fundamentos para a prorrogação, Kamlah, *Anotação ao artigo 12.º do RGPD* em *Plath*, Rn. 15.

2. Dever de fundamentar em caso de rejeição do pedido

Perante a rejeição do pedido do titular de dados, o responsável pelo tratamento deverá dar cumprimento ao dever de informação[119], sem demora, segundo o prazo máximo de um mês[120], relativo aos motivos que levaram a não tomar medidas conforme solicitado, nos termos do artigo 12.º/4[121]. Esta obrigação visa evitar que os direitos dos titulares dos dados esgotem os seus efeitos de tutela jurídica efetiva. A sua comunicação deverá atender *mutatis mutandis* aos requisitos gerais de transparência definidos pelo artigo 12.º/1 do RGPD[122]. O fundamento de recusa poderá ser sustentado no conteúdo material do pedido, bem como na insusceptibilidade de identificação do requerente segundo os termos *infra* expostos, desde que tomadas todas as medidas possíveis e adequadas à sua identificação[123].

O responsável pelo tratamento deverá complementarmente indicar ao interessado os meios legais de tutela disponíveis, designadamente a admissibilidade de recurso às autoridades de controlo nos termos do artigo 77.º ou ainda de interpor recurso judicial ao abrigo do artigo 79.º relativo à decisão de recusa[124], informando-o de como fazer valer os seus direitos, em que

[119] Encontra-se abrangido pelo âmbito de aplicação da norma os pedidos apenas parcialmente concedidos ou com resposta negativa, Pohle/Spittka, *Anotação ao artigo 12.º do RGPD* em *Taeger/Gabel*, Rn. 24.

[120] A prorrogação do prazo por dois meses é apenas admitida pelo artigo 12.º/3. Todavia, é discutível se, neste domínio, não será concebida uma nova prorrogação do prazo semelhante ao n.º 3 do artigo 12.º, Paal/Hennemann, *Anotação ao artigo 12.º do RGPD* em *Paal/Pauly,* Rn. 56ª; e Bäcker, *Anotação ao artigo 12.º do RGPD* em *Kühling/Buchner*, Rn. 34; e Quaas, *Anotação ao artigo 12.º do RGPD* em *BeckOk*, Rn. 40. Em contraposição, considerando a imposição de um padrão inferior de transparência relativamente aos critérios do n.º 1, Heckmann/Paschke, *Anotação ao artigo 12.º do RGPD* em *Ehmann/Selmayr*, Rn. 39.

[121] A sua formulação mais restrita do que o n.º 3 aparenta ser mais imperativo no prazo imposto, sem hesitações, referindo-se apenas a "*atraso*", não admitindo a suscetibilidade de um "*atraso indevido*", conforme o artigo 12.º/3, Dix, *Anotação ao artigo 12.º do RGPD* em *Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmann*, Rn. 28; Paal/Hennemann, *Anotação ao artigo 12.º do RGPD* em *Paal/Pauly,* Rn. 56a. Com desenvolvimento sobre a sua articulação com o disposto pelo artigo 11.º, Kamlah, *Anotação ao artigo 12.º do RGPD* em *Plath*, Rn. 12.

[122] Por todos, Holger Greve, *Anotação ao artigo 12.º do RGPD* em *Sydow*, Rn. 26.

[123] Quaas, *Anotação ao artigo 12.º do RGPD* em *BeckOk*, Rn. 33; e Franck, *Anotação ao artigo 12.º do RGPD* em *Gola*, Rn. 33 e 34. Com desenvolvimento quanto a tais exceções Veil, *Anotação ao artigo 12.º do RGPD* em *Gierschmann/Schlender/Stentzel/Veil,* Rn. 55-56. Sobre a identidade, vejam-se considerações *infra*.

[124] Paal/Hennemann, *Anotação ao artigo 12.º do RGPD* em *Paal/Pauly,* Rn. 60, com informação específica sobre a referência à jurisdição como obrigatória. No mesmo sentido, Pohle/Spittka,

tribunal e em que autoridade de controlo[125]. A justificação deve ser específica ao caso individual e suficientemente detalhada de modo a permitir que o titular possa aferir o seu interesse em intentar uma ação contra o indeferimento do seu pedido[126] e, exercer os seus direitos a contestar segundo o artigo 21.º e o direito de não se encontrar vinculado a uma decisão totalmente automatizada segundo o artigo 22.º[127].

3. O princípio da gratuidade e respetivas exceções

Em conformidade com o disposto pela alínea a) do artigo 12.º/5, o direito à informação dos titulares deverá ser garantido "*sem custos excessivos*", como concretização dialógica do princípio da gratuidade. Considerando os custos subjacentes à comunicação das informações como custos associados ao exercício de direitos fundamentais, por regra, a sua imputação não deverá ser a quem faz uso dos seus direitos[128]. Com efeito, as medidas de transmissão de informações impostas pelos artigos 13.º e seguintes encontram-se isentas de custos para a pessoa afetada, ou seja, para o respetivo recetor da informação[129].

Tal não logra a possibilidade de serem imputados custos ao interessado. É evidente que os custos associados à execução do exercício dos direitos, designadamente despesas de viagens, custos de envio, entre outros, não poderão ser objeto de reembolso[130]. Ao serem prestadas informações, o interessado tem direito a uma primeira cópia gratuita à luz do disposto pelo artigo 15.º/3. Todavia a solicitação de cópias acrescidas implicará um custo adicional.

Anotação ao artigo 12.º do RGPD em *Taeger/Gabel*, Rn. 24; e Heckmann/Paschke, *Anotação ao artigo 12.º do RGPD* em *Ehmann/Selmayr*, Rn. 40, e com algumas ponderações, Rn. 41.

125 Bäcker, *Anotação ao artigo 12.º do RGPD* em *Kühling/Buchner*, Rn. 32; e Quaas, *Anotação ao artigo 12.º do RGPD* em *BeckOk*, Rn. 41. Com detalhe relativo aos meios de tutela, Paal/Hennemann, *Anotação ao artigo 12.º do RGPD* em *Paal/Pauly,* Rn. 58, com as referências bibliográficas nele contidas.

126 Paal/Hennemann, *Anotação ao artigo 12.º do RGPD* em *Paal/Pauly,* Rn. 56.

127 Kamlah, *Anotação ao artigo 12.º do RGPD* em *Plath*, Rn. 12.

128 Dix, *Anotação ao artigo 12.º do RGPD* em *Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmann,* Rn. 30. Revelou-se como um verdadeiro progresso em relação à anterior D 95/46, Bäcker, *Anotação ao artigo 12.º do RGPD* em *Kühling/Buchner*, Rn. 35.

129 Desde que não comportem operações de cariz comercial ou transações financeiras, GT 29, *Orientações relativas à transparência na aceção do Regulamento 2016/679* (WP 260 rev.01), 29-nov.-2017, Rn. 2.

130 Por todos, Kamlah, *Anotação ao artigo 12.º do RGPD* em *Plath*, Rn. 19; e Paal/Hennemann, *Anotação ao artigo 12.º do RGPD* em *Paal/Pauly,* Rn. 61.

Adicionalmente, o legislador da União circunscreve as condições que mobilizam um desvio ao princípio da gratuidade, em especial, e valorativamente evidente, os casos de pedidos objetivamente infundados ou de pedidos excessivos que não preenchem os pré-requisitos para a realização de um pedido legítimo[131]. Todavia, cumpre ressalvar que o conceito de excessivo não se encontra concretizado normativamente pelo legislador. Preliminarmente, sem embargo de outras circunstâncias, o legislador elegeu como modelo padrão de excessividade o exemplo de uma repetição frequente do pedido[132]. A sua ponderação decorre de um juízo de adequação que apela a critérios objetivos avaliados perante o contexto e as circunstâncias individuais do caso[133]. A excessividade decorre de uma prática reiterada, frequentemente sem motivo viável e com um alcance desproporcional[134], ou de igual modo, se o pedido visar somente prejudicar o responsável sem pretender, de facto, um exercício efetivo dos direitos[135]. Já o pedido revela-se manifestamente infundado pela falta de fundamentação, consubstan-

[131] Quaas, *Anotação ao artigo 12.º do RGPD* em *BeckOk*, Rn. 44, com uma concretização exemplificativa; e Dix, *Anotação ao artigo 12.º do RGPD* em *Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmann*, Rn. 31. Todavia, cumpre destacar a utilização da expressão "*em particular*" pelo legislador, permitindo a inclusão de outras realidades que se reconduzem ao mesmo substrato teleológico do preceito, como excesso por não fornecer explicações sobre o objetivo visado pelo pedido. Neste sentido, Pohle/Spittka, *Anotação ao artigo 12.º do RGPD* em *Taeger/Gabel*, Rn. 22.

[132] Heckmann/Paschke, *Anotação ao artigo 12.º do RGPD* em *Ehmann/Selmayr*, Rn. 43. Tratam-se de situações de solicitação continuada de pedidos semelhantes ou quase idênticos, não obstante a transmissão constante de informações claras e precisas da pessoa responsável, Holger Greve, *Anotação ao artigo 12.º do RGPD* em *Sydow*, Rn. 28.

[133] Dix, *Anotação ao artigo 12.º do RGPD* em *Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmann*, Rn. 33. Conforme decorre do considerando 63, p.1 a sua interpretação deverá associar-se ao núcleo axiológico dos direitos fundamentais da União, Paal/Hennemann, *Anotação ao artigo 12.º do RGPD* em *Paal/Pauly*, Rn. 66. Com efeito, não se incluem, porém, o pedido de informação em intervalos razoáveis de tempo a fim de o titular se manter ciente do tratamento de dados e verificar a respetiva legalidade, Pohle/Spittka, *Anotação ao artigo 12.º do RGPD* em *Taeger/Gabel*, Rn. 22. Considerando que uma consulta por trimestre não será excessiva, Franck, *Anotação ao artigo 12.º do RGPD* em *Gola*, Rn. 35. De igual modo, ressalvam-se as situações de informações transmitidas eletronicamente, cujo acesso disponibilizado reiterado não comporta uma natureza excessiva, não se integrando no âmbito de aplicação das exceções do artigo 12.º/5, Dix, *Anotação ao artigo 12.º do RGPD* em *Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmann*, Rn. 33.

[134] Paal/Hennemann, *Anotação ao artigo 12.º do RGPD* em *Paal/Pauly*, Rn. 64.

[135] Pohle/Spittka, *Anotação ao artigo 12.º do RGPD* em *Taeger/Gabel*, Rn. 22. Com interesse Franck, *Anotação ao artigo 12.º do RGPD* em *Gola*, Rn. 35.

ciando-se num incumprimento dos requisitos de um pedido atendível de solicitação[136].

A estes poderá ser imputada uma taxa adequada segundo a alínea a) do 12.º/5 ou ainda uma recusa de tomar as medidas necessárias com base no respetivo pedido, isto é, de dar seguimento ao pedido, nos termos da alínea b). A sua natureza excecional reclama uma interpretação ponderada e restrita à luz dos ditames teleológicos subordinados ao princípio da gratuidade e no equilíbrio com o exercício dos direitos dos titulares dos dados[137]. O fundamento da sua exceção louva-se na pretensão de afastar a exposição do responsável a obrigações extraordinárias que impliquem um encargo excessivo, bem como de projetar um efeito dissuasor de comportamentos abusivos[138].

Não obstante, tais opções decorrem da demonstração por parte do responsável, a quem é imputado o ónus da prova, de fundamentar a excessividade ou falta de fundamento do pedido[139], cuja avaliação poderá ser sujeita ao juízo das autoridades de supervisão ou dos tribunais, ou ainda delimitada previamente pelas respetivas autoridades.

A configuração de uma taxa adequada reporta aos custos administrativos assumidos no fornecimento da informação ou na execução das medidas solicitadas, bem como na remuneração associada[140]. Na adoção dessas

[136] Heckmann/Paschke, *Anotação ao artigo 12.º do RGPD* em *Ehmann/Selmayr*, Rn. 43.

[137] Quaas, *Anotação ao artigo 12.º do RGPD* em *BeckOk*, Rn. 44a. Referindo a necessidade de a falta de fundamentação e respetivo abuso serem "óbvios", Heckmann/Paschke, *Anotação ao artigo 12.º do RGPD* em *Ehmann/Selmayr*, Rn. 43.

[138] Holger Greve, *Anotação ao artigo 12.º do RGPD* em *Sydow*, Rn. 28. Com desenvolvimentos, Heckmann/Paschke, *Anotação ao artigo 12.º do RGPD* em *Ehmann/Selmayr*, Rn. 47 e 48.

[139] *Inter alia* Paal/Hennemann, *Anotação ao artigo 12.º do RGPD* em *Paal/Pauly*, Rn. 70; e Heckmann/Paschke, Anotação ao artigo 12.º do RGPD em *Ehmann/Selmayr*, Rn. 49; considerando que os requisitos de prova não deverão ser muito exigentes, sob pena de impor uma obrigação excessiva ao responsável, Kamlah, *Anotação ao artigo 12.º do RGPD* em *Plath*, Rn. 21. Note-se, contudo, que a exigência de ónus de fundamentação consta apenas da alínea b) do artigo 12.º/5. O mesmo ocorre na versão alemã do regulamento. Na versão inglesa, a sua redação configura-se formulada numa frase autónoma, integrando-se no âmbito de aplicação de ambas as alíneas. Com efeito, considera-se uma aplicação sistemática de tal exigência em ambos os cenários, o que determina que, também na cobrança de uma taxa adequada, o responsável deverá justificar e provar os fundamentos para qualificar o pedido como infundado ou excessivo, *colorandi causa* Bäcker, *Anotação ao artigo 12.º do RGPD* em *Kühling/Buchner*, Rn. 29. Considerando um erro editorial, Dix, *Anotação ao artigo 12.º do RGPD* em *Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmann*, Rn. 35.

[140] Kamlah, *Anotação ao artigo 12.º do RGPD* em *Plath*, Rn. 21. Com efeito, o valor definido para a taxa não deverá ultrapassar os custos associados, nem comportar valores com natu-

medidas, o responsável deverá comunicar previamente ao interessado as repercussões associadas ao seu pedido.

O artigo 12.º/5 não regula a articulação entre as duas soluções consagradas para a prevenção de abusos, pelo que se permite uma escolha do responsável da opção mais viável ao contexto associado[141]. Todavia, perante a disponibilização de pagamento da taxa adequada pelo titular, a recusa do tratamento do seu pedido poderá comportar uma conduta contrária aos deveres de facilitar o exercício dos direitos, potencialmente sujeita a uma multa nos termos do artigo 83.º/5, alínea b)[142]. De igual modo, torna-se claro que optando pela recusa do pedido, não poderá ser associada uma taxa cumulativa, dado não existirem despesas associadas ao tratamento.

4. A identificação do titular dos dados

Os direitos dos titulares dos dados estão disponíveis apenas aos respetivos titulares que se configurem potencialmente como pessoas afetadas ou interessadas no âmbito de um determinado tratamento de dados do qual são objeto de análise[143]. Todavia, não será razoável impor ao responsável uma obrigação de integrar e organizar todos os dados que lhe permitam estabelecer a ligação precisa entre os dados individuais objeto de tratamento e o respetivo titular, sempre que necessário[144].

reza punitiva contra o interessado, Dix, *Anotação ao artigo 12.º do RGPD* em *Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmann*, Rn. 34. De modo semelhante, Paal/Hennemann, *Anotação ao artigo 12.º do RGPD* em *Paal/Pauly*, Rn. 68; e com detalhe Franck, *Anotação ao artigo 12.º do RGPD* em *Gola*, Rn. 39-41, e respetivos elementos; e Pohle/Spittka, *Anotação ao artigo 12.º do RGPD* em *Taeger/Gabel*, Rn. 23. Defendendo uma determinação perante cada caso concreto, Heckmann/Paschke, *Anotação ao artigo 12.º do RGPD* em *Ehmann/Selmayr*, Rn. 44.

[141] Bäcker, *Anotação ao artigo 12.º do RGPD* em *Kühling/Buchner*, Rn. 39. Numa formulação restritiva Heckmann/Paschke, *Anotação ao artigo 12.º do RGPD* em *Ehmann/Selmayr*, Rn. 46; e limitando valorativamente a possibilidade de escolha, Kamlah, *Anotação ao artigo 12.º do RGPD* em *Plath*, Rn. 20.

[142] Bäcker, *Anotação ao artigo 12.º do RGPD* em *Kühling/Buchner*, Rn. 39. Contra tal perspetiva e considerando que, sendo o pedido manifestamente infundado ou excessivo, o responsável poderá não ter interesse em alocar recursos no pedido, Pohle/Spittka, *Anotação ao artigo 12.º do RGPD* em *Taeger/Gabel*, Rn. 23.

[143] Bäcker, *Anotação ao artigo 12.º do RGPD* em *Kühling/Buchner*, Rn. 28.

[144] Decorre do princípio da minimização de dados segundo o artigo 4.º/1, alínea c) do RGPD, *inter alia* Holger Greve, *Anotação ao artigo 12.º do RGPD* em *Sydow*, Rn. 23. De igual modo e com desenvolvimento, Kamlah, *Anotação ao artigo 12.º do RGPD* em *Plath*, Rn. 9a.

A transmissão da informação deverá ser realizada sem prejuízo dos direitos de terceiros, devendo ser tomadas precauções no sentido de assegurar o direito à informação de quem solicita, nos termos a que se refere o n.º 2 do artigo 12.º *in fine*, em articulação com o disposto no artigo 11.º/2. No contexto de dúvida relativa à identidade do titular de dados que apresenta um pedido nos termos dos artigos 15.º a 21.º[145], é admitido ao responsável pelo tratamento a possibilidade de solicitar dados adicionais que permitam a confirmação da respetiva identidade[146].

Acompanhando a exposição do artigo 12.º são conjeturadas duas constelações plausíveis de dificuldades na identificação do requerente[147]: (i) o requerente não pode ser identificado na base de dados do responsável, decorrente da articulação normativa entretecida pelos ditames do artigo 11.º/1, que impede que sejam guardados os dados para a identificação do titular[148]. Com efeito, surgindo dúvidas posteriores nesse sentido, o titular dos dados apenas recupera os seus direitos se fornecer informações adicionais que permitam a sua identificação na base de dados do responsável. Não sendo possível, o responsável poderá recusar-se a executar o direito invocado pelo titular. Na segunda constelação, (ii) suscitam-se dúvidas se o requerente, cujos direitos alegados ao abrigo dos artigos 15.º a 21.º[149], se assume como o verdadeiro titular do seu exercício[150].

[145] Alerte-se, neste ensejo que, não se comportam as mesmas situações previstas no n.º 2 *in fine,* mas somente os casos referidos pelo artigo 11.º/2, em Dix, *Anotação ao artigo 12.º do RGPD* em *Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmann*, Rn. 36. Todavia, Bäcker, *Anotação ao artigo 12.º do RGPD* em *Kühling/Buchner*, Rn. 30, considera esta restrição como um descuido editorial. De igual modo, Paal/Hennemann, *Anotação ao artigo 12.º do RGPD* em *Paal/Pauly,* Rn. 72.

[146] Tratam-se de casos perante os quais não é concebível ao responsável identificar claramente o requente como a pessoa potencialmente afetada por determinado tratamento de dados, designadamente no âmbito de dados que se tornaram anónimos, embora tenham sido adotados todos os meios razoáveis no sentido de um exame cuidadoso, conforme decorre do considerando 64, p.1, e ainda Holger Greve, *Anotação ao artigo 12.º do RGPD* em *Sydow*, Rn. 30. Reconhecendo a inexistência de detalhes normativos relativos a este dever, em particular no considerando 57, Heckmann/Paschke, *Anotação ao artigo 12.º do RGPD* em *Ehmann/Selmayr*, Rn. 25; e Franck, *Anotação ao artigo 12.º do RGPD* em *Gola*, Rn. 43.

[147] Seguindo a abordagem de Bäcker, *Anotação ao artigo 12.º do RGPD* em *Kühling/Buchner*, Rn. 29.

[148] A referência ao artigo 11.º assume uma natureza meramente declarativa, Pohle/Spittka, *Anotação ao artigo 12.º do RGPD* em *Taeger/Gabel*, Rn. 18 e 21.

[149] Criticando o seu âmbito de aplicação restrito apenas a esses preceitos e considerando uma integração sistemática do artigo 22.º, Bäcker, *Anotação ao artigo 12.º do RGPD* em *Kühling/Buchner*, Rn. 30; e assumindo como um lapso legislativo, Vítor Palmela Fidalgo, *Ano-*

O considerando 64, em complemento ao artigo 12.º/6, impõe ao responsável o dever de adotar "*todas as medidas razoáveis para verificar a identidade do titular dos dados*"[151], designadamente solicitando informações adicionais.

De igual modo, foi também consagrado um dever de cooperação do titular na sua identificação[152]. A falta de cooperação em prestar informações que permitam a sua identificação, implica a possibilidade do responsável recusar agir ou dar tratamento ao pedido do interessado[153]. Todavia, não se podem colocar obstáculos ao exercício dos direitos do titular, pelo que devem ser solicitadas apenas as medidas necessárias à sua identificação[154].

tação ao artigo 12.º do RGPD, em *Comentário ao Regulamento Geral de Proteção de Dados e à Lei n.º 58/2019,* Rn. 35.

[150] Tratam-se de dúvidas fundamentadas que devem ser avaliadas e justificadas no âmbito do caso concreto. Bäcker, *Anotação ao artigo 12.º do RGPD* em *Kühling/Buchner*, Rn. 30. Excluem-se as situações de identificação de rotina, Rn. 30; e Kamlah, *Anotação ao artigo 12.º do RGPD* em *Plath*, Rn. 9c.

[151] A identificação realizada por documentos pessoais poderá ser solicitada, sendo, contudo, *ultima ratio,* atendendo ao princípio da minimização dos dados do artigo 5.º/1, sujeito a restrições e requisitos adicionais de tutela. Com detalhe, Pohle/Spittka, Anotação ao artigo 12.º do RGPD em Taeger/Gabel, Rn. 20. As opções alternativas de identificação incluem a verificação usando dados de login (veja-se o considerando 57), apresentar uma pergunta de segurança, ou solicitar detalhes do cliente, como a data de nascimento ou número de telefone, desde que se reporte a informações já disponibilizadas ao responsável, Pohle/Spittka, Anotação ao artigo 12.º do RGPD em Taeger/Gabel, Rn. 19; e Quaas, *Anotação ao artigo 12.º do RGPD* em *BeckOk*, Rn. 29. Debatendo a admissibilidade de solicitar dados do cartão de identidade, sustentando a necessidade de destruição das suas cópias após a devida identificação, Kamlah, *Anotação ao artigo 12.º do RGPD* em *Plath*, Rn. 9c, e sobre a solicitação de dados por telefone, Rn. 9d.

[152] Projeta-se na exigência do titular fornecer detalhes sobre a sua identidade, bem como a especificação do seu pedido de modo a torná-lo percetível, segundo o considerando 63, p. 7.

[153] Por todos, Paal/Hennemann, *Anotação ao artigo 12.º do RGPD* em *Paal/Pauly,* Rn. 72-73. Também Kamlah, *Anotação ao artigo 12.º do RGPD* em *Plath*, Rn. 9a, e destacando este dever de cooperação, Rn. 24; e ainda Veil, *Anotação ao artigo 12.º do RGPD* em *Gierschmann/Schlender/Stentzel/Veil,* Rn. 43-45. O ónus cabe ao responsável, Heckmann/Paschke, *Anotação ao artigo 12.º do RGPD* em *Ehmann/Selmayr*, Rn. 26.

[154] No interesse da economia de dados e simultaneamente, na segurança do respetivo titular, Dix, *Anotação ao artigo 12.º do RGPD* em *Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmann*, Rn. 36. Aludindo ao equilíbrio entre o requisito da economia dos dados e a necessidade de identificação, Quaas, *Anotação ao artigo 12.º do RGPD* em *BeckOk*, Rn. 34 e 50. Para recomendações específicas de ação para diferentes constelações de casos, consulte Kremer, *Das Auskunftsrecht der betroffenen Person in der DSGVO*, 9 CR (2018), 560-569, 567; Heckmann/Paschke, *Anotação ao artigo 12.º do RGPD* em *Ehmann/Selmayr*, Rn. 29.

No domínio do direito à informação e da portabilidade dos dados, as nervuras problemáticas da identificação do requerente ganham novo fôlego. As suas implicações conferem uma particular importância do responsável em evitar assumir o risco de divulgar dados pessoais a terceiros sem autorização do titular[155]. A obrigação do responsável deve modelar-se perante os casos de potencial violação da proteção de dados, que, por conseguinte, implicam efeitos nefastos ao titular e podem comportar sanções pela divulgação não autorizada de dados ao responsável[156]. Com efeito, do que ficou dito, é possível descortinar a tutela significativa do RGPD contra o acesso não autorizado de terceiros, acautelando em particular as situações nas quais terceiros se fazem erroneamente passar por titulares dos dados[157].

5. Informação por meio de ícones

As informações sobre o tratamento de dados com que atualmente se confrontam os titulares comportam um nível de complexidade técnica e densidade textual que, por vezes, prejudicam a sua inteligibilidade. A determinação dos contornos do tratamento reclama uma dialética funcionalmente ligada ao precedente critério da compreensibilidade, que se projeta na necessidade de concretização do escopo do tratamento[158]. Todavia, a sua concretização a um propósito específico frequentemente requer descrições precisas que comportam um conteúdo excessivo e de difícil compreensão. Com efeito, a integração de conteúdos visuais que concretizem a explicação dos processos de tratamento de dados ganha particular acuidade a este nível[159]. Em particular, nos domínios de tratamento de dados complexos ou de

[155] Dix, *Anotação ao artigo 12.º do RGPD* em *Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmann*, Rn. 37. Sobre os perigos de divulgação a terceiros, Cormack, *Is the Subject Access Right Now Too Great a Threat to Privacy?,* 2/1 EDPL (2016), 15-27, 16 e ss., que, perante a possibilidade de prova eletrónica de identidade, deverá acautelar aos riscos de manipulação e definir opções ajustadas ao fim visado.

[156] Daí ser atribuída uma margem de concretização ao responsável, Heckmann/Paschke, *Anotação ao artigo 12.º do RGPD* em *Ehmann/Selmayr*, Rn. 27.

[157] Com algumas críticas, veja-se Cormack, *Is the Subject Access Right Now Too Great a Threat to Privacy?* cit., 26.

[158] Bäcker, *Anotação ao artigo 12.º do RGPD* em *Kühling/Buchner*, Rn. 19.

[159] GT 29, *Orientações relativas à transparência na aceção do Regulamento 2016/679* (WP 260 rev.01), 29-nov.-2017, Rn. 52. Embora a utilização de ícones fosse já integrada no âmbito das tecnologias dos computadores e *smartphones*. As primeiras tentativas desse tipo foram feitas com a *Platform for Privacy Preferences Project* (P3P) desenvolvida pelo *World Wide Web Consortium*, Dix, *Anotação ao artigo 12.º do RGPD* em *Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmann*, Rn. 38.

longo prazo, ou ainda, em situações quotidianas de caráter instantâneo, a utilização de ícones normalizados permite fornecer de forma rápida e eficaz aos interessados as informações básicas e necessárias à sua orientação, configurando-se como uma projeção do princípio da transparência pela utilização de ferramentas de visualização adequadas, que contribuem para a salvaguarda da autodeterminação[160]. Com efeito, é neutralizado o problema da sobrecarga de informação, dado que os ícones que as acompanham evitam declarações escritas longas e confusas, e definem o sentido cognitivo a transmitir[161].

Não obstante as cautelas e riscos que podem ser convocados na sua utilização[162], foi saudada a integração pelo legislador no âmbito do artigo 12.º/7 desta possibilidade das informações exigidas pelos artigos 13.º e 14.º poderem ser fornecidas em combinação com ícones normalizados[163]. A integração deste prisma visual permite que seja aprimorada significativamente a compreensibilidade e receção das informações prestadas[164], superando barreiras relacionadas com idade ou idioma, e reforçando a transparência[165]. Todavia, em diálogo axiológico com o considerando 60, exige-se um conhecimento prévio dos ícones, e um formato que permita uma leitura automática por uma máquina[166], ou seja que sejam reconhecidos e interpretados

[160] Heckmann/Paschke, Anotação ao artigo 12.º do RGPD em *Ehmann/Selmayr*, Rn. 53; e GT 29, *Orientações relativas à transparência na aceção do Regulamento 2016/679* (WP 260 rev.01), 29-nov.-2017, Rn. 49; e Quaas, *Anotação ao artigo 12.º do RGPD* em *BeckOk*, Rn. 53.

[161] Paal/Hennemann, *Anotação ao artigo 12.º do RGPD* em *Paal/Pauly*, Rn. 77; Heckmann/Paschke, Anotação ao artigo 12.º do RGPD em *Ehmann/Selmayr*, Rn. 53 e, com particular detalhe Rn. 54.

[162] Numa análise profunda aos seus efeitos e riscos, Mondschein, *Some Iconoclastic Thoughts on the Effectiveness of Simplified Notices and Icons for Informing Individuals as Proposed in Article 12(1) and (7) GDPR,* 4/2 EDPL (2016), 507-520, 516 e ss.

[163] No âmbito do processo de aprovação do RGPD, o Parlamento Europeu apresentou no Anexo ao seu Relatório, a proposta de um elenco de seis ícones a serem incorporados na versão final do RGPD. Todavia, a sua proposta não vingou na versão final, em *Relatório*, 92. Com indicação dos ícones incorporados na proposta, *Franck*, *Anotação ao artigo 12.º do RGPD* em *Gola*, Rn. 49. De igual modo, Vítor Palmela Fidalgo, *Anotação ao artigo 12.º do RGPD*, em *Comentário ao Regulamento Geral de Proteção de Dados e à Lei n.º 58/2019,* Rn. 40.

[164] Com particular projeção nos serviços *online*, mas também na transmissão de informações relacionadas com a vigilância por vídeo, utilização de sensores ou tecnologia *wifi*, *inter alia* Bäcker, *Anotação ao artigo 12.º do RGPD* em *Kühling/Buchner*, Rn. 20.

[165] Pohle/Spittka, *Anotação ao artigo 12.º do RGPD* em *Taeger/Gabel*, Rn. 28.

[166] Heckmann/Paschke, Anotação ao artigo 12.º do RGPD em *Ehmann/Selmayr*, Rn. 53 e, com particular detalhe Rn. 55. Mais profundo, Holger Greve, *Anotação ao artigo 12.º do RGPD* em *Sydow*, Rn. 31; e Franck, *Anotação ao artigo 12.º do RGPD* em *Gola*, Rn. 51-52.

automaticamente, integrando um formato legível por máquinas, ao abrigo do artigo 12.º/7 *in fine*[167].

Embora o responsável possa decidir livremente pela utilização dos ícones, deverá ser garantido um fácil e rápido acesso às informações detalhadas e precisas[168]. Com efeito, a utilização de ícones "*em combinação*", implica um caráter complementar de acompanhar a informação, e não de substituí-la em exclusivo[169].

VI. Poder legislativo da Comissão

O disposto pelo n.º 8 do artigo 12.º projeta-se como norma habilitante de atos delegados à Comissão. Com assento normativo no artigo 92.º do RGPD, a Comissão é dotada de uma competência normativa de integrar atos delegados no âmbito do RGPD, em conformidade com o artigo 290.º do TFUE[170]. Com efeito, o artigo 12.º/8 vem habilitar a Comissão a adotar atos delegados na regulação das informações que podem constar e ser representadas por meios dos ícones. Não se trata de configurar uma imposição de transmissão por ícones, mas de consagrar a sua admissibilidade[171].

[167] E não apenas sejam revelados por um navegador, Paal/Hennemann, *Anotação ao artigo 12.º do RGPD* em *Paal/Pauly,* Rn. 22. No mesmo sentido, Vítor Palmela Fidalgo, *Anotação ao artigo 12.º do RGPD*, em *Comentário ao Regulamento Geral de Proteção de Dados e à Lei n.º 58/2019,* Rn. 39.

[168] Trata-se de uma possibilidade e não de uma obrigação, podendo, contudo, apresentar uma vantagem na proteção dos dados, Franck, *Anotação ao artigo 12.º do RGPD* em *Gola*, Rn. 46; e GT 29, *Orientações relativas à transparência na aceção do Regulamento 2016/679* (WP 260 rev.01), 29-nov.-2017, Rn. 50. Todavia, considerando que embora opcional, à luz do requisito da compreensibilidade e do dever de facilitar o exercício dos direitos do titular, a transmissão de informações de cariz técnico ou complexo poderá exigir o auxílio de utilização de ícones normalizados, Bäcker, *Anotação ao artigo 12.º do RGPD* em *Kühling/Buchner*, Rn. 23 e 37.

[169] Dix, *Anotação ao artigo 12.º do RGPD* em *Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmann*, Rn. 39; Bäcker, *Anotação ao artigo 12.º do RGPD* em *Kühling/Buchner*, Rn. 21; Pohle/Spittka, *Anotação ao artigo 12.º do RGPD* em *Taeger/Gabel*, Rn. 28; Holger Greve, *Anotação ao artigo 12.º do RGPD* em *Sydow*, Rn. 31; Franck, *Anotação ao artigo 12.º do RGPD* em *Gola*, Rn. 47. Admitindo em determinados domínios a substituição da informação por ícones, Veil, *Anotação ao artigo 12.º do RGPD* em *Gierschmann/Schlender/Stentzel/Veil,* Rn. 25.

[170] Considerando 166, p. 1. Com desenvolvimento sobre a integração dos atos delegados no âmbito do RGPD veja-se Dina Freitas Teixeira, *Anotação ao artigo 92.º do RGPD,* em *Comentário ao Regulamento Geral de Proteção de Dados e à Lei n.º 58/2019,* Rn. 6 e ss, e respetivos elementos indicados.

[171] Não obstante não se consubstanciar numa obrigação legal, a sua utilização é recomendada devido à vantagem adicional na sua compreensão, Dix, *Anotação ao artigo 12.º do RGPD*

A sua competência projeta-se na aprovação de requisitos uniformes para a configuração dos ícones padronizados, após consulta e estudo detalhados, com o envolvimento de especialistas e do Comité Europeu de Proteção de dados[172]. Trata-se de definir as informações sujeitas ao complemento padronizado de ícones. O seu catálogo compreende uma natureza exemplificativa, dado não comportar todas as informações cuja representação gráfica é admissível[173].

Além deste pilar material, cabe à Comissão determinar o procedimento aplicável ao fornecimento de ícones normalizados. O procedimento deve garantir a qualidade e a aceitação dos ícones, cujo processo de decisão deverá integrar representantes dos responsáveis pelo tratamento, os titulares ou potenciais pessoas afetadas, bem como outros organismos com conhecimento especializado, como as autoridades de supervisão[174].

A regulamentação definida pela Comissão encontra-se adicionalmente sujeita a parecer emitido pelo Comité Europeu para a Proteção de Dados nos termos do artigo 70.º/1, alínea r). O Comité poderá publicar orientações e recomendações que estabeleçam boas práticas a serem implementadas no domínio da aplicação do artigo 12.º[175].

em *Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmann*, Rn. 41; e Franck, *Anotação ao artigo 12.º do RGPD* em *Gola*, Rn. 49. Considerando a sua obrigatoriedade, Paal/Hennemann, *Anotação ao artigo 12.º do RGPD* em *Paal/Pauly,* Rn. 79-80; e Vítor Palmela Fidalgo, *Anotação ao artigo 12.º do RGPD*, em *Comentário ao Regulamento Geral de Proteção de Dados e à Lei n.º 58/2019,* Rn. 43.

[172] Ver considerando 166, p. 3. Assinalando o evidente valor acrescentado desta dinâmica, Holger Greve, *Anotação ao artigo 12.º do RGPD* em *Sydow*, Rn. 32; e Pollmann/Kipker, *Informierte Einwilligung in der Online-Welt. Datenschutz Datensich* 40 DuD (2016), 378-381, 381, que considera sensata a intervenção de peritos externos à Comissão.

[173] Paal/Hennemann, *Anotação ao artigo 12.º do RGPD* em *Paal/Pauly,* Rn. 78. Na realidade, não será a Comissão a definir os ícones a utilizar, mas a criar uma padronização que garante a sua confiança e expressividade em conformidade com o artigo 12.º/7, Pohle/Spittka, *Anotação ao artigo 12.º do RGPD* em *Taeger/Gabel*, Rn. 29; e Bäcker, *Anotação ao artigo 12.º do RGPD* em *Kühling/Buchner*, Rn. 24, com respetivas referências. Considerando que podem ser especificados pela Comissão os ícones a serem usados, Pollmann/Kipker, *Informierte Einwilligung in der Online-Welt. Datenschutz Datensich* cit., 381.

[174] Seguindo Bäcker, *Anotação ao artigo 12.º do RGPD* em *Kühling/Buchner*, Rn. 24. Com detalhe sobre o procedimento e a sua metodologia, e em tom crítico pela ausência de concretização dos respetivos termos, Veil*, Anotação ao artigo 12.º do RGPD* em *Gierschmann/Schlender/Stentzel/Veil,* Rn. 65-69.

[175] Heckmann/Paschke, *Anotação ao artigo 12.º do RGPD* em *Ehmann/Selmayr*, Rn. 57.

VII. A tutela do consumidor no âmbito da proteção de dados

Expostos e compreendidos os contornos delimitados no capítulo precedente relativo à contemplação do princípio da transparência no âmbito da proteção de dados e respetiva projeção na imposição dos deveres de informação, cumpre estabelecer uma simbiose sistemática das coordenadas normativas apresentadas com a tutela do consumidor. A relação de consumidor implica a necessidade de partilha e de transmissão de dados pessoais ao profissional com quem contrata.

Na verdade, no domínio das relações creditícias poderá emergir uma relação entre o titular de dados e o responsável pelo tratamento de dados no domínio contratual, perante a qual o titular assume a posição de consumidor. Neste contexto, revela-se imperiosa a integração dos ditames da proteção dos dados pessoais no sentido de garantir um equilíbrio entre a proteção do consumidor, titular de dados, e os termos da contratação, que se desenvolvem numa partilha constante e complexa de dados dos consumidores, encarados como bens transacionáveis com valor económico.

A revisitação do contexto do consumidor revela novos desafios decorrentes das modernas relações contratuais, integradas numa sociedade de informação complexa e estruturada com contornos distintos a serem acautelados. A este propósito, desvelam-se novas dinâmicas contratuais que acentuam a vulnerabilidade dos consumidores, quer seja pela assimetria informativa ou pela suscetibilidade de monetarização das suas informações pessoais[176], cumuladas com os desenvolvimentos operados pela introdução da inteligência artificial no tratamento de dados, a criação de perfis de consumo e a construção de bancos de dados[177]. O domínio da atividade *online* desencadeia novos perigos e desafios à proteção de dados no contexto contratual do consumidor, que limitam a liberdade de escolha contratual bem como a discriminação em função da criação de um perfil com os dados fornecidos[178].

[176] Demonstrando os contornos desta problemática quanto ao acesso de dados pessoais que permitem campanhas de marketing e modelos de venda agressivos, e quanto à utilização dos dados pessoais além das finalidades visadas na sua transmissão, Mafalda Miranda Barbosa, *Proteção de dados, consentimento e tutela do consumidor,* em *Estudos de Direito do Consumidor*, 38.

[177] Destacando a informação de dados pessoais como uma *comodity* sobre a qual se geram novos modelos de negócio, Departamento de Proteção e defesa do consumidor, *Proteção de dados pessoais nas relações de consumo: para além da informação creditícia,* Brasília (2010), 11 e 27; e Alessandro Mantelero, *The future of consumer data protection in the E.U. Re-thinking the "notice and consent" paradigm in the new era of predictive analytic*s, 30/6 CLSR (2014), 643-660, 648.

[178] Apontando críticas e dificuldades à criação de perfis encobertos, EDPS, *Opinion 7/2015 on Meeting the challenges of big data* cit., 10.

Daqui decorre a necessidade de adaptação do quadro normativo da proteção dos dados ao domínio contratual do consumidor, e às suas particularidades no âmbito do comércio *online*[179]. Desde logo, reiteram-se todos os critérios normativos impostos pelo artigo 12.º no âmbito do princípio da transparência de informação sobre os dados pessoais transmitidos pelo consumidor enquanto titular de dados. Com efeito, a transmissão do tratamento de dados relativos ao consumidor deverá assumir uma natureza simples, clara e compreensível mediante esclarecimento, preliminar ao consentimento e disponível a todo o tempo ao seu titular[180]. Com efeito, o legislador europeu incorpora, de igual modo, na legislação do consumidor, a mesma formulação de tutela dos deveres de informação do titular dos dados[181].

Adicionalmente, cumpre destacar que, no domínio negocial do consumidor, a prestação da informação através de um formulário a solicitar o respetivo consentimento, elaborado de forma prévia, unilateral e rígida, ficará sujeito às regras dispostas pelo Decreto-Lei n.º 446/85[182] relativo aos contratos de adesão, e aos respetivos deveres de informação contidos nos artigos 5.º e 6.º desse mesmo diploma, em articulação com os critérios impostos pelo legislador europeu no RGPD e exposto ao longo do presente estudo. De facto, atendendo às considerações relativas aos riscos associados à sociedade de informação, na qual se integram as relações de consumo, é reclamado o reforço da configuração de um consentimento sólido e informado, e a possibilidade de um acompanhamento *a posteriori* pelo titular através da oneração dos responsáveis de deveres de informação contínuos que salvaguardem os respetivos direitos. A configuração de um dever de informação exigente permite um controlo contínuo do tratamento e a verificação do cumprimento das finalidades consentidas[183].

[179] A sua fusão já se encontrava presente na disciplina das comunicações não solicitadas, conhecidas por *spam,* tratada no artigo 13.º/1 da Diretiva 2002/58/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de Julho de 2002, relativa ao tratamento de dados pessoais e à proteção da privacidade no sector das comunicações eletrónicas.

[180] EDPS, *Opinion 7/2015 on Meeting the challenges of big data* cit., 10 e 11.

[181] Designadamente na Diretiva 93/13/CEE do Conselho, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas em contratos de consumo, em particular no seu artigo 4.º/2 e 5.º. Na verdade, o considerando 42, p. 3 do RGPD remete expressamente para o domínio da respetiva Diretiva no que respeita ao consentimento do titular dos dados.

[182] Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro, que institui o regime jurídico das cláusulas contratuais gerais.

[183] EDPS, *Opinion 7/2015 on Meeting the challenges of big data* cit., 10. De facto, perante as deficiências e lacunas associadas à complexidade e desenvolvimento da sociedade de infor-

Todavia, a insuficiência da disciplina normativa da proteção de dados perante os riscos inerentes à integração de realidades virtuais e de inteligência artificial no domínio da relação de consumo, impõem a necessidade de complemento da disciplina protetiva do RGPD com as garantias efetivas da tutela dos consumidores. Desde logo, verificou-se o reforço do quadro normativo europeu no que diz respeito à aplicação efetiva da tutela do consumidor através das alterações às Diretiva 2011/83/UE, Diretiva 93/13/CEE, Diretiva 98/6/CE, Diretiva 2005/29/CE, no sentido de modelar o conteúdo normativo das relações de consumo e mitigar os riscos inerentes à sua integração na sociedade de informação[184]. O novo enquadramento entretecido pela tutela da proteção de dados reforça a obrigatoriedade de cumprir os deveres subjacentes ao RGPD, no âmbito do artigo 13.º/4 da Diretiva 2011/83/UE, estendendo o seu âmbito de aplicação a novas realidades emergentes de contratos de fornecimento de conteúdos digitais e de serviços digitais.

Doravante, as realidades contratuais subjacentes encontram-se integradas na tutela normativa da proteção de dados e da proteção do consumidor, articuladas num reforço dos deveres de informação impostos aos profissionais[185], configurados como responsáveis pelo tratamento dos dados. Por conseguinte, verifica-se um robustecimento das obrigações do RGPD com uma articulação fortalecedora com a tutela do consumidor, por vezes sobreposta ou complementar, que configura um quadro normativo adequado e adaptado à realidade que integra.

mação, o consentimento inicial revela-se inócuo perante a sua integração num ambiente virtual, no qual o consumidor não apresenta uma consciência exata do impacto e dos contornos do seu consentimento por se revelarem indeterminados ou imprecisos, Alessandro Mantelero, *The future of consumer data protection in the E.U.* cit., 653.

184 Seguindo Mafalda Miranda Barbosa, *Proteção de dados, consentimento e tutela do consumidor,* em *Estudos de Direito do Consumidor,* 86.

185 Veja-se o considerando 45 da proposta de Diretiva dos preços, que sem prejuízo das obrigações impostas pelo RGPD, determina um novo dever de informação clara sobre os preços de ofertas para consumidores específicos ou categorias específicas de consumidores, baseados em *automated decision-making and profiling of consumer behaviour,* que impede que os titulares sejam submetidos a decisões automatizadas, incluindo através de *profiling,* Mafalda Miranda Barbosa, *Proteção de dados, consentimento e tutela do consumidor,* em *Estudos de Direito do Consumidor,* 88.

Nota conclusiva

O princípio da transparência como obrigação de informação reflete-se no fortalecimento de uma abordagem de autodeterminação informacional, criando uma base sólida de cognoscibilidade sobre os aspetos fundamentais que sustentam a tomada de decisão, seja no consentimento inicial, seja no controlo subsequente, ou na verificação da violação do tratamento dos dados. Apenas quando o titular conhece o quê, o quando e em que situações se encontra a decorrer o tratamento dos seus dados, poderá conformar a sua vontade de consentir e de exercer os seus direitos de proteção. Configura-se como um instrumento de gestão atribuído ao titular relativo aos seus direitos.

A eficácia do conteúdo do princípio da transparência compreende, face ao exposto, o cumprimento dos critérios indicados pelo artigo 12.º do RGPD na transmissão das informações: (i) concisas, transparentes, inteligíveis e de fácil acesso; (ii) utilização de linguagem clara e simples, com particularidade perante crianças; (iii) prestadas por escrito "*ou por outros meios, incluindo se for caso disso, por meios eletrónicos*"; (iv) se o titular dos dados o solicitar, podem ser prestadas oralmente; e, (v) são em geral fornecidas a título gratuito.

O CONSENTIMENTO E O DIREITO AO ESQUECIMENTO DOS DADOS

João Gabriel

Sumário: *1. Introdução; 2. Consentimento; 2.1. Consentimento para o tratamento de dados pessoais no contexto da execução do contrato com um consumidor; 2.2. Validade do consentimento para o tratamento de dados pessoais de um consumidor dado no contexto de um contrato; 2.3. Consentimento para o tratamento de dados pessoais de categoria especial de um consumidor no contexto da execução do contrato; 3. Direito ao esquecimento enquanto garantia de um consentimento livre; 4. Conclusão.*

Palavras-Chave*: Consentimento, Esquecimento, Consumidor, Garantias, Vontade.*

1. Introdução

O debate sobre a extensão que o Direito confere à protecção das pessoas e bens é fundamental para uma sociedade democrática.

Decorre deste debate um dos primeiros trabalhos sobre privacidade que hoje conhecemos. Samuel Warren e Louis Brandeis, na Harvard Law Review em 1890, ao publicarem o artigo "*The Right to Privacy*"[1] determinam como fundamental que o indivíduo possa escolher a quem conferir acesso às suas informações, sejam estas fotografias, sons ou ideias.

[1] Samuel D. Warren; Louis D. Brandeis, *The right to Privacy,* Harvard Law Review, Vol. 4, No. 5. (Dec. 15, 1890), pp. 193-220.

Já em 1890 Samuel Warren e Louis Brandeis consideraram o consentimento como um meio através do qual o indivíduo poderia conceder que a sua esfera pessoal fosse conhecida[2], inferindo do direito de propriedade intelectual, a disponibilidade da limitação do direito à Privacidade.

O consentimento aparece assim como a possibilidade voluntária da limitação do direito à privacidade, o que, até aos nossos dias, toldou o entendimento doutrinário e jurisprudencial do tema.

O consentimento, como limitação de um direito, permite analisar a disponibilidade do mesmo, ou seja, uma vez que o consentimento é uma limitação de um direito, este tem de ser livre e retirável, condicionando o direito limitado apenas na medida do desejado.

Assim, torna-se fundamental perceber a extensão da limitação, incluindo, saber a extensão das consequências da revogação do consentimento.

O direito ao esquecimento dos dados, enquanto consequência da revogação do consentimento, pode ser assim visto como a disponibilidade da limitação que o consentimento confere. Se o indivíduo pode limitar o direito, também deve ter a capacidade de retirar tal limitação, que deve produzir consequências, como o esquecimento.

Com o advento das novas tecnologias, que, como a Comissão Europeia afirma, "(...) *transformaram a economia e a vida social*"[3], é forçosamente necessário debater novamente a extensão que o Direito confere à protecção das pessoas e bens.

As considerações sobre consentimento e direito ao esquecimento devem ter em conta que a transformação digital, através de novos meios, tecnologias, vias, gadgets, equipamentos, pessoas, software, apps, fibra óptica, etc. não teve como consequência "*uma época de mudanças mas uma mudança de época*".[4]

Esta mudança de época trouxe novas visões, parâmetros, considerações e conceitos jurídicos, com o objectivo de *"gerar confiança no ambiente em linha"*[5].

Como afirma Hanna Arendt, *"Uma crise* [mudança de época] *obriga-nos a voltar às perguntas originais e exige de nós respostas sejam elas novas ou velhas, mas que*

[2] IDEM pp. 214 e 218.

[3] Proposta de regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho 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), Proposta legislativa adotada pela Comissão COM(2012) 10, disponível em http://eur-lex.europa.eu.

[4] Papa Francisco, in Entrevista concedida pelo Papa Francisco ao jornal italiano "II Messaggero" de 29 de junho 2014.

[5] IDEM Proposta legislativa adotada pela Comissão COM(2012) 10 p. 1.

respondam directamente à questão. Uma crise apenas se transformará num desastre se for respondida com juízos preconcebidos, ou seja, preconceitos" [tradução nossa].[6]

O nosso objectivo neste estudo é exactamente esse de, com base nas questões iniciais, nomeadamente dos desafios colocados pela utilização de dados pessoais nas relações de consumo, tentar responder aos desafios colocados pela integração dos diferentes conceitos com base nas necessidades e oportunidades das relações jurídicas contemporâneas.

2. Consentimento

O consentimento, considerado de acordo com as normas de protecção de dados, é uma situação de licitude, ou seja, permite que quem determina os meios e as finalidades dos dados (responsável pelo tratamento) trate os dados pessoais do indivíduo que deu o consentimento (titular dos dados).

O consentimento, como situação de licitude, é regulada no ordenamento jurídico português na al. a) do n.º 1 do art.º 6, no art.º 7.º, 8.º e 9.º do Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho de 27 de Abril de 2016 (RGPD), e ainda o art.º 13.º da Lei n.º 59/2019 de 8 de Agosto.

Em suma, e nos termos da al. 11) do art.º 4.º do RGPD, o consentimento tem de ser uma manifestação de vontade, livre, específica, informada e inequívoca, pela qual o titular dos dados aceita, mediante declaração ou acto positivo inequívoco, que os dados pessoais que lhe dizem respeito sejam objecto de tratamento.

2.1. Consentimento para o tratamento de dados pessoais no contexto da execução do contrato com um consumidor

A necessária inequivocidade e informação fundamentais para o consentimento, interpretadas no âmbito da protecção do consumidor, são consonantes e não divergentes no ordenamento jurídico português, sendo complementares à sistemática prevista e adoptada nas normas de protecção do consumidor, nomeadamente nas alíneas c) e d) da art.º 3.º da Lei de Defesa do Consumidor aprovada pela Lei n.º 24/96, de 31 de Julho (doravante Lei da Defesa do Consumidor).[7]

[6] *"A crisis forces us back to the questions themselves and requires from us either new or old answers, but in any case direct judgments. A crisis becomes a disaster only when we respond to it with preformed judgments, that is, with prejudices."* Arendt, Hanna (1993) *Between Past and Future: Eight Exercises in Political Thought*, Penguin Books, [versão Google Books] p. 141.

[7] Seguimos assim a posição de A. Barreto Menezes Cordeiro de recondução do conceito de consentimento ao "*universo dos negócios jurídicos*" – Cordeiro, A. Barreto Menezes *O consen-*

Contudo, para aferirmos o conceito de manifestação de vontade livre, ou seja, para considerar uma declaração negocial válida, sem falta ou vícios de vontade como a coacção e o erro, é necessário interpretar o Regulamento Europeu de acordo com as normas de interpretação de normas europeias, sistemática que pode diferir da metodologia aplicada na lei portuguesa.[8]

Para tal, e socorrendo-nos da interpretação legítima, conforme prevista na al. e) do n.º 1 do art.º 70.º do RGPD, o Comité Europeu para a Protecção de Dados refere que, para avaliar *"se o consentimento é dado livremente, importa ter em conta a situação específica em que o consentimento está subordinado à execução de um contrato ou à prestação de um serviço, tal como descrito no artigo 7.º, n.º 4."*.[9]

Para considerarmos tal interpretação, é necessário ter em conta que o Comité Europeu para a Protecção dos Dados considera que "«*associar*» *a execução de um contrato ou a prestação de um serviço a um pedido de consentimento para tratamento de dados pessoais que não sejam necessários para a execução desse contrato ou para a prestação desse serviço, é considerada muito indesejável. Caso o consentimento seja dado nesta situação, presume-se que não é dado de livre vontade*".[10]

Por outras palavras, um responsável pelo tratamento, para a execução de um contrato, não deve tratar os dados pessoais de um titular dos dados com base no seu consentimento, mas sim fazê-lo de acordo com a situação de licitude prevista na al. b) do n.º 1 do art.º 6.º do RGPD.

Ou seja, no âmbito da execução de um contrato, deve ser esta execução contratual a situação de licitude e não o consentimento.

Socorrendo-nos do referido n.º 4 do art.º 7.º do RGPD, para avaliar se o consentimento é livre[11] no contexto da execução de um contrato ou da prestação de um serviço, é necessário verificar se os dados pessoais para os

timento do titular dos dados no RGPD, Working paper, disponível em https://blook.pt/PGwG, consultado a 02/11/2021, p. 9.

[8] Cordeiro, A. Barreto Menezes *Interpretação dos Regulamentos Europeus e das Correspondentes Leis de Execução: o Caso Paradigmático do RGPD e da Lei n.º 58/2019* in Revista de Direito e Tecnologia, Vol. 1 (2019), No. 2, 175-200

[9] EDPB. Diretrizes 05/2020 relativas ao consentimento na aceção do Regulamento 2016/679, de 4 de maio de 2020, disponível em https://edpb.europa.eu/sites/default/files/files/file1/edpb_guidelines_202005_consent_pt.pdf, acedido em 02 de Novembro de 2021 p. 8.

[10] IDEM, p. 11.

[11] Sobre as situações em que o consentimento não se considera livre, seguimos a posição de A. Barreto Menezes no comentário ao art.º 4.º do RGPD, A. Barreto Menezes Cordeiro (coord.*), Comentário ao Regulamento Geral da Proteção de Dados e à Lei n.º 58,* Almedina, 2021, pp. 90-91.

quais é pedido o consentimento são necessários para a execução do contrato ou para a prestação do serviço.

A contrario, se para a prestação de um serviço ou fornecimento de um bem for necessário realizar operações de tratamento sobre dados pessoais para os quais seja solicitado o consentimento, este consentimento não seria à partida livre, logo, não seria válido.

Apesar de não existir uma proibição expressa da utilização do consentimento como situação de licitude para o tratamento de dados que sejam necessários para a execução do contrato e a verificação da sua admissibilidade ter de ser verificada no caso concreto[12], o seu desencorajamento pelo Comité Europeu de Protecção de Dados e a interpretação do n.º 4 do art.º 7.º indicam uma situação em que pode estar em causa a existência de um vício de vontade na expressão do consentimento.

Adicionalmente, o n.º 1 do art.º 2.º conforme interpretação integrada com art.º 7.º e 8.º da Lei da Defesa do Consumidor, define que um consumidor é "*todo aquele a quem sejam fornecidos bens, prestados serviços ou transmitidos quaisquer direitos, destinados a uso não profissional, por pessoa que exerça com carácter profissional uma atividade económica que vise a obtenção de benefícios*", através do encontro de vontades negociais, que visa a celebração de um contrato.

Nestas relações de consumo, são conferidos ao consumidor direitos e garantias especiais de protecção, de forma a aferir a existência de falta ou vícios de vontade no âmbito das declarações negociais.

Uma leitura conjugada dos dois regimes, permite identificar que, quando é solicitado o consentimento dos consumidores para o tratamento dos seus dados pessoais para o fornecimento de bens ou prestação de serviços, a posição de consumidor e titular dos dados é concentrada no mesmo indivíduo.

Assim, será indissociável também a verificação da falta ou vícios de vontade do consumidor na declaração negocial de consentimento, declaração essa relevante para o RGPD.

Nestes termos, e considerando a existência dos dois regimes de protecção, sai reforçada a opinião de que não deveria, em princípio, ser solicitado o consentimento dos consumidores, titulares dos dados, para o tratamento dos seus dados pessoais necessários para o fornecimento de bens ou prestação de serviços, uma vez que esta situação pode indicar a falta ou vício da vontade na declaração negocial.

[12] Adoptamos a posição cautelosa e fundamentada em Cordeiro, A. Barreto Menezes *O consentimento do titular dos dados no RGPD*, Working paper, disponível em https://blook.pt/PGwG, consultado a 02/11/2021, p. 16.

2.2. Validade do consentimento para o tratamento de dados pessoais de um consumidor dado no contexto de um contrato

Resta saber em que casos é admissível a solicitação do consentimento de um consumidor, titular dos dados.

Socorrendo-nos novamente da interpretação negativa já apresentada do n.º 4 do art.º 7.º do RGPD, o consentimento de um consumidor, titular dos dados, apenas deverá ser solicitado para aqueles dados que não sejam necessários para a execução de um contrato.

Por exemplo, se no âmbito do fornecimento de tinteiros para a impressora, o Responsável pelo tratamento, que seja uma pessoa que exerça com carácter profissional uma actividade económica que vise a obtenção de benefícios, solicitar a morada do domicílio para a entrega dos tinteiros ou facturação, não deverá ser utilizado o consentimento para o tratamento deste dado pessoal, porque este é necessário para o fornecimento de um bem.

Contudo, se no âmbito do fornecimento de tinteiros para a impressora, o responsável pelo tratamento que seja uma pessoa que exerça com carácter profissional uma actividade económica que vise a obtenção de benefícios, solicitar o tamanho de camisas que o consumidor veste, poder-se-ia equacionar a utilização do consentimento para o tratamento deste dado pessoal, porque o tamanho de camisa não é um dado necessário para o fornecimento dos tinteiros.

Muito embora no âmbito da última hipótese, sejam solicitados dados pessoais que não são necessários para os bens fornecidos ou serviços prestados, ainda assim poderemos ter de considerar o titular destes dados enquanto consumidor.

O responsável pelo tratamento que seja uma pessoa que exerça com carácter profissional uma actividade económica que vise a obtenção de benefícios, apenas terá interesse nestes dados (dados não necessários para a execução de um contrato), em princípio, para indicar a adequação de futuras declarações negociais (como a proposta de aquisição de camisas).

Nestes termos, o pedido de consentimento ao titular dos dados enquanto consumidor, será preliminar de uma relação de consumo futura, devendo estar igualmente abrangido pelo âmbito de aplicação da Lei de Defesa dos Consumidor, nos termos do n.º 1 do seu art.º 9.º, e caso se aplique, pela proteção conferida às Cláusulas Contratuais Gerais, aprovadas pelo Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro.

Em suma, quando seja solicitado o consentimento de um titular dos dados no contexto do âmbito de aplicação da Lei de Defesa do Consumidor,

mesmo que estes dados não sejam necessários para a prestação do serviço ou fornecimento de um bem, deverá o Titular dos Dados ser considerado um consumidor para efeitos de aplicação das garantias previstas.

Considerando a protecção do titular dos dados relativamente à liberdade do consentimento, poder-nos-íamos questionar se a protecção do titular dos dados seria comparável à protecção do consumidor.

Nos termos do n.º 1 do art.º 9.º da Lei de Defesa do Consumidor, impõe-se nas relações jurídicas de consumo, a igualdade material dos intervenientes, prevendo-se na al. b) do n.º 2 do mesmo artigo a não inclusão de cláusulas em contratos singulares que originem significativo desequilíbrio em detrimento do consumidor.

Acresce que o considerando n.º 43 do RGPD, indicia que, ao aferir a liberdade do consentimento, deve ser verificada a posição subjectiva do titular dos dados, indicando que:

A fim de assegurar que o consentimento é dado de livre vontade, este não deverá constituir fundamento jurídico válido para o tratamento de dados pessoais em casos específicos em que exista um desequilíbrio manifesto entre o titular dos dados e o responsável pelo seu tratamento, nomeadamente quando o responsável pelo tratamento é uma autoridade pública pelo que é improvável que o consentimento tenha sido dado de livre vontade em todas as circunstâncias associadas à situação específica em causa.

Ora, tendo nós afirmado que, no âmbito de uma relação comercial ao abrigo da Lei de Defesa do Consumidor, quando seja solicitado o consentimento, o Titular dos Dados deve considerado um consumidor para efeito de aplicação das garantias previstas, levanta-se a questão de saber se o seu consentimento será válido ou se será o produto de um significativo desequilíbrio em detrimento do consumidor.

Por outras palavras, o consentimento de um consumidor é válido existindo um desequilíbrio manifesto na relação de consumo?

É assim fundamental a aferição da existência, no caso concreto, de um desequilíbrio manifesto, enquanto vício do consentimento do titular dos dados, que poderia impedir que o consentimento do consumidor fosse considerado livre.

Contudo, e considerando que pode ser excessivo considerar sempre a existência de um desequilíbrio entre os consumidores e os comerciantes[13], há que verificar se as garantias existentes no RGPD permitem obviar qual-

[13] Cordeiro, A. Barreto Menezes *O consentimento do titular dos dados no RGPD,* Working paper, disponível em https://blook.pt/PGwG, consultado a 02/11/2021, p. 15, citando Benedikt

quer desequilíbrio que possa existir, para aferir no caso concreto da admissibilidade de consentimento do consumidor.

No ordenamento jurídico português, mesmo que possa existir uma posição de manifesto desequilíbrio entre as partes, é possível, que, verificadas determinadas garantias, o negócio jurídico seja considerado válido e sem falta ou vícios de vontade.

O regime da Cláusulas Contratuais Gerais e a Directiva 93/13/CEE do Conselho, de 5 de Abril de 1993, relativa às cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores, transposta pelo Decreto-Lei n.º 249/99, de 07 de Julho que altera o Decreto-Lei n.º 446/85 de 25 de Outubro, prevêem a validade dos negócios jurídicos, mesmo existindo uma posição de manifesto desequilíbrio, se preenchidas determinadas condições.

Assim, e considerando os seguintes requisitos e garantias relativamente ao consentimento:

a) uma manifestação de vontade, livre, específica, informada e inequívoca;
b) as garantias previstas na Lei da Defesa do Consumidor;
c) as garantias previstas explicitamente no n.º 2 do art.º 7.º do RGPD obrigando a que o pedido de consentimento deva ser apresentado de uma forma que o distinga claramente de outros assuntos de modo inteligível e de fácil acesso e numa linguagem clara e simples.

E tendo em conta a similaridade dos regimes de protecção do Titular dos Dados no caso concreto e a posição do consumidor, somos da opinião que os requisitos indicados são suficientes para indiciar a existência de liberdade no consentimento do Titular dos Dados.

Nestes termos consideramos forçoso afastar a opinião de que um consumidor que seja titular dos dados nunca poderia dar o seu consentimento por estar sempre numa posição de manifesto desequilíbrio negocial com o Responsável pelo Tratamento, tendo contudo, no caso concreto, de verificar a existência das garantias supra citadas.

2.3. Consentimento para o tratamento de dados pessoais de categoria especial de um consumidor no contexto da execução do contrato

O consentimento, enquanto previsto no RGPD, para além de situação de licitude para o tratamento de dados pessoais, pode ser uma excepção à

Buchner/Jürgen Kühling, Anotação ao artigo 4.º, 11) do RGPD em *Kühling/Buchner, Datenschutz-Grundverordnung*, 2.ª ed., Beck, Munique, 2018.

proibição de tratamento de dados pessoais de categoria especial prevista no art.º 9.º do RGPD.

Ou seja, com o consentimento do titular dos dados, o responsável pelo tratamento pode tratar dados, que revelem a origem racial ou étnica, as opiniões políticas, as convicções religiosas ou filosóficas, ou a filiação sindical, bem como o tratamento de dados genéticos, dados biométricos para identificar uma pessoa de forma inequívoca, dados relativos à saúde ou dados relativos à vida sexual ou orientação sexual de uma pessoa, nos termos do previsto no n.º 1 do art.º 9.º do RGPD.

Analisado o art.º 9.º do RGPD não é possível encontrar, à semelhança do que acontece com a al. b) do n.º 1 do art.º 6.º do mesmo diploma, uma igual excepção que preveja a execução do contrato.

Assim, e na linha do já exposto, será necessário analisar como proceder perante o tratamento de dados pessoais de categoria especial quando estes dados sejam necessários para a execução de um contrato.

A primeira, e mais óbvia resposta seria alicerçar a excepção à proibição de tratamento de dados de categoria especial noutras excepções previstas no art.º 9.º do RGPD, de forma a obviar a análise a que procedemos anteriormente sobre a validade do consentimento no âmbito de uma relação de consumo.

Contudo, existem casos em que é necessário efectuar operações de tratamento de dados de categoria especial para o fornecimento de bens ou para a prestação de serviços em casos não tipificados no art.º 9.º do RGPD.

Como exemplo dessas situações não previstas, temos:

a) A prestação da actividade seguradora relativamente ao tratamento de sinistros em alguns contratos de seguros não obrigatórios em que, para a aferição do ressarcimento do dano do tomador do seguro, é necessário realizar operações de tratamento sobre os seus dados de saúde – a avaliação do dano físico decorrente de uma queda num seguro de acidentes pessoais.
b) A prestação de um serviço de encontros online, em que o titular dos dados manifesta as suas preferências, indicando a aprovação ou desaprovação de perfis, revelando dados relativos à sua orientação sexual, necessários para a utilização da aplicação.

Relevando estes dois casos específicos, aproveitamos para recentrar o ponto fundamental deste estudo – questionar a extensão que o Direito confere à protecção das pessoas e bens.

Sendo o consentimento, como vimos, uma autolimitação de um direito do titular dos dados, caberá cotejar se o consumidor pode dispor deste direito para aceder aos serviços indicados.

Os dois casos apresentados não apresentam solução directa no nosso ordenamento jurídico, e a sua integração ou identificação enquanto lacuna é dificultada pela integração e interpretação das normas comunitárias.

Considerando a perspectiva pugnada anteriormente relativa à avaliação da existência de um desequilíbrio manifesto, apenas será possível responder à questão avaliando as garantias existentes no caso concreto, tarefa demasiado ambiciosa para o presente estudo.

A integração do consentimento com a execução contratual para o tratamento de dados de categoria especial apresenta assim um manifesto interesse para a solução de situações concretas no nosso ordenamento jurídico, podendo beneficiar de uma análise sistemática da comparação das garantias dos consumidores e dos direitos dos titulares dos dados.

3. Direito ao esquecimento enquanto garantia de um consentimento livre

No presente estudo já identificámos a importância da análise das garantias, no caso concreto, para a identificação da validade da declaração negocial de consentimento no âmbito de uma relação de consumo.

Destarte, é ainda fundamental aferir as consequências da revogação do consentimento para verificar o efectivo cumprimento das garantias ao consumidor, titular dos dados.

Se o consentimento tem de ser livre, como já vimos, também tem de ser livremente retirável, a todo o momento, nos termos do n.º 3 do art.º 7.º do RGPD.

A revogação do consentimento terá como consequência a inexistência de uma situação de licitude nos termos do art.º 6.º do RGPD ou a inexistência de uma excepção à proibição de tratamento de dados de categoria especial nos termos do art.º 9.º do RGPD.

Nestes termos, e reconciliando as duas situações aferidas supra, a revogação do consentimento no contexto da prestação de um serviço ou fornecimento de um bem, pode ter como consequência:

a) a impossibilidade da prestação do serviço ou fornecimento de um bem, caso os dados sejam necessários para a relação de consumo em causa, ou;

b) a impossibilidade de efectivar a declaração negocial preliminar ou em formação, caso os dados não sejam necessários para a relação de consumo já existente.

No primeiro caso em que a revogação do consentimento tenha como consequência o fim da relação de consumo, os serviços já prestados ou bens já fornecidos não serão afectados pela revogação, nos termos do n.º 3 do art.º 7.º do RGPD.

No segundo caso, apenas a potencialidade da relação de consumo é afectada, não podendo o consumidor ter os seus dados pessoais tratados para efeitos de uma futura adequação de oferta[14].

Contudo, nas duas situações, deixa de existir uma razão para a continuação das operações de tratamento, nascendo no consumidor, titular dos dados, o direito ao apagamento dos seus dados, nos termos da al. b) do n.º 1 do art.º 17.º do RGPD.

O direito ao apagamento, ou mais comumente referenciado como "direito ao esquecimento"[15], tem sido tratado principalmente pela jurisprudência no âmbito da actividade dos operadores de motores de busca.[16] É forçoso contudo referir que a jurisprudência do Tribunal de Justiça se refere maioritariamente a casos de oposição e consequente apagamento, porquanto estamos perante o interesse público enquanto situação de licitude.

Destarte, o direito ao apagamento no contexto da revogação do consentimento, não pode deixar de ser visto como uma revogação do autolimite ao direito conferido relativo à protecção de dados.

A ideia da autolimitação deste direito de personalidade tem em si a capacidade de disposição livre sobre o mesmo, admitindo, alguns autores, a possibilidade de revogação parcial[17].

[14] Conforme refere Vítor Palmela Fidalgo, no seu comentário ao art.º 17.º do RGPD, a revogação do consentimento tem efeitos *ex nunc*, A. Barreto Menezes Cordeiro (coord.*), Comentário ao Regulamento Geral da Proteção de Dados e à Lei n.º 58,* Almedina, 2021, pp. 190

[15] Ou ainda, relativamente à sua expressão no âmbito do exercício perante operadores de motores de busca, referido como "direito à desindexação", antevendo já a limitação do seu exercício, Rui Paulo Coutinho De Mascarenhas Ataíde, Direito ao Esquecimento, Revista de Direito Civil (Instituto de Direito Privado – Faculdade de Direito de Lisboa), ano III (2018), 2, pp. 282-283, p. 289.

[16] Sobre a resenha jurisprudencial e debate no alcance do exercício do direito ao apagamento seguimos a opinião de Graça Canto Moniz, *Anotação o caso Google Vs. CNIL*, 6 Forum de Proteção de Dados (2019) 144-149, 145, acessível em https://www.cnpd.pt/media/y1nosvyp/forum6_af_web_low.pdf (consultado a 2 de Novembro 2021), p. 145.

[17] Vítor Palmela Fidalgo, no seu comentário ao art.º 17.º do RGPD, afirma a possibilidade de uma revogação parcial, que afecte apenas a divulgação dos dados, A. Barreto Menezes Cor-

Tal liberdade inclui a capacidade de revogação, caso contrário, em vez de uma autolimitação livre, estaríamos perante uma limitação determinada por factores externos, o que, pelo já exposto, desconfiguraria o próprio conteúdo da faculdade de limitação.

Esta liberdade de revogação do consentimento, terá contudo limites no âmbito da sua expressão perante negócios jurídicos existentes ou outros direitos, pelo que, muito embora, o consentimento tenha de ser livre para ser válido, as consequências da sua revogação estão limitadas à existência de outros interesses juridicamente relevantes[18].

Os problemas relativos à efectivação do direito ao apagamento decorrem maioritariamente da sua eficácia relativa à protecção da esfera do consumidor, titular dos dados[19].

Muito embora a revogação do consentimento e o consequente direito ao apagamento limitem as acções futuras do responsável pelo tratamento, a pré-existência de uma relação anterior não pode ser afectada pela revogação posterior do consentimento, sendo necessário não só proteger as legítimas expectativas do consumidor como também do mercado, permitindo a confiança nos negócios jurídicos.

Assim, em bom rigor, a revogação do consentimento e o apagamento dos dados não efectivam um esquecimento, uma vez que não permitem a devolução ao consumidor do estado da sua esfera jurídica ao momento em que deu o seu consentimento, estando este efeito limitado pela continuação da produção de efeitos ao momento em que este é dado[20].

Esta condicionante ao apagamento é reforçada pela aplicação de outras situações de licitude que previnem o apagamento dos dados, como os requisitos legais para a manutenção de escrituração mercantil.

deiro (coord), *Comentário ao Regulamento Geral da Proteção de Dados e à Lei n.º 58*, Almedina, 2021, pp. 190.

[18] Sobre a limitação do direito ao apagamento num caso em que o interesse público da informação se sobrepõe à defesa da honra e da vida privada a análise ao Acórdão do Tribunal De Justiça (Grande Secção) de 13 de maio de 2014 no caso C-131/12 de Rui Paulo Coutinho De Mascarenhas Ataíde, *Direito ao esquecimento*, CyberLaw, Vol. 1, No. 7 (2019), CIJIC – Centro de Investigação Jurídica do Ciberespaço, p .23, disponível em https://www.cijic.org/wp-content/uploads/2021/03/DIREITO-AO-ESQUECIMENTO-Rui-Ataide-vf.pdf.

[19] Graça Canto Moniz, Obra citada, p. 149.

[20] Às limitações referidas, acrescem ainda as considerações sobre a operacionalidade extraterritorial do exercício do direito ao esquecimento, conforme referidas por Vicente, Dário Moura, *Aplicação extraterritorial do direito ao esquecimento na internet?*, Revista da Ordem dos Advogados, Lisboa, a.80 n.3-4 (Jul.-Dez. 2020), p. 475-488.

O direito ao esquecimento é assim contraposto pelas limitações inerentes tanto no n.º 3 do art.º 7.º, como nas excepções previstas no art.º 17.º, em confronto com outros valores.

Contudo, a capacidade de efectivar o direito ao esquecimento, ainda que com limitações, é uma garantia de um consentimento livre, sem falta ou vícios de vontade.

Nesta medida, será sempre difícil enquadrar como livre um consentimento de um consumidor, titular dos dados, relativamente a dados necessários para a execução de um contrato, porquanto seria forçoso considerar como fundamento de resolução do contrato a revogação do consentimento e o exercício do direito ao esquecimento.

Assim, a considerar possível que um consumidor possa dar o seu consentimento para o tratamento dos seus dados no âmbito de uma relação de consumo, a capacidade e efeitos da revogação deste consentimento, porque por princípio limitados, devem ser analisados enquanto garantia da inexistência de uma relação de desequilíbrio, indicativa de um vicio de vontade na formulação inicial do consentimento.

A impossibilidade de apagamento ou esquecimento dos dados pessoais do consumidor após a revogação do seu consentimento deverá então ser vista como não verificação da garantia da liberdade do consentimento inicialmente formulado.

4. Conclusão

Pretendemos no presente estudo evidenciar as limitações do consentimento para o tratamento de dados pessoais no âmbito da prestação de serviços ou fornecimento de bens numa relação de consumo.

Do exposto, é possível concluir que é indissociável refazer a resposta às novas questões colocadas pela omnipresença de dados pessoais nos negócios jurídicos, voltando, como Hanna Arendt indica, às questões iniciais.

A análise casuística das situações de garantia e protecção evidenciadas, que se devem tomar como mero exemplo e não como análise exaustiva dos regimes, trazem à colação a necessidade de identificação dos bens jurídicos e conteúdo dos direitos em colisão, confronto ou integração e os seus limites.

Avaliar o consentimento sem integrá-lo enquanto contexto de declaração negocial é ignorar o problema da sua aplicabilidade real. Assim, é necessário identificar os seus limites, as suas razões e as suas relações com outros regimes jurídicos, de forma a responder directamente à questão da

sua validade e manutenção num mundo de conceitos jurídicos que podem estar em crise com o exponencial desenvolvimento tecnológico.

Por fim, esperamos com o presente estudo, ter trazido à colação a necessidade de uma exigente análise das garantias dos titulares de dados, enquanto consumidores, para a verificação da liberdade do seu consentimento, seja através das garantias na formação da declaração negocial, seja através da operacionalidade e consequências da sua revogação.

O TRATAMENTO DE DADOS SENSÍVEIS DO CONSUMIDOR

Miguel Duarte Santos[1]

Sumário: *1. Enquadramento; 2. Âmbito; 2.1. Os dados sensíveis; 2.2. O consumidor; 2.3. O tratamento de dados sensíveis no âmbito de relações de consumo; 3. Especificidades do tratamento de dados sensíveis de consumidores; 3.1. Exceções à regra geral de proibição de tratamento de dados sensíveis; 3.2. Outras especificidades; Conclusões.*

Palavras-chave: *dados pessoais; dados sensíveis; consumidor; consentimento*

1. Enquadramento

O regulamento geral de proteção de dados pessoais[2]-[3] (doravante, "RGPD") veio alterar significativamente as normas que regulam o tratamento de dados pessoais, substituindo um modelo de notificação ou autorização prévia por um modelo predominantemente informacional, assente na responsabilização da pessoa que defina os meios e as finalidades do tratamento[4].

[1] Especialista em Direito Bancário e dos Seguros pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Advogado.

[2] 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.

[3] As disposições legais não acompanhadas de fonte correspondem a artigos do RGPD.

[4] Acerca do novo modelo, em geral, Joel A. Alves, *O Novo Modelo de Proteção de Dados Pessoais Europeu – Da Heterorregulação à Autorregulação Publicamente Regulad*a, Coimbra, Almedina, 2021, em especial a pp. 108 e seguintes.

O impacto fez-se sentir particularmente na regulação do tratamento de dados sensíveis, sujeito a um regime mais garantístico que o estabelecido para o tratamento dos dados pessoais em geral – que se reflete, nomeadamente, na regra geral de proibição de tratamento e na previsão de exceções sujeitas a requisitos apertados – mas em que, todavia, se prescindiu do controlo prévio da licitude e dos termos do tratamento por parte de uma autoridade de controlo.

Atenta a relevância económica e jurídica do tratamento de dados pessoais no âmbito das relações de consumo[5], e sem prejuízo da natureza preliminar que o presente estudo sempre revestirá, impõe-se a análise e determinação das interseções entre normas de Direito do Consumo e de Direito da Proteção de Dados, apontando especificidades do tratamento de dados sensíveis no âmbito de relações de consumo, ilustradas através de casos típicos relevantes ao presente estudo.

2. Âmbito

2.1. Os dados sensíveis[6]

A Diretiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 24 de outubro de 1995[7] (doravante simplesmente designada por "Diretiva") estabelecia um regime especial de tratamento de dados reconduzíveis a certas categorias específicas[8], ou "dados sensíveis"[9]-[10], refletido nos artigos 7.º e 8.º

[5] Relação a que damos particular relevância quer na sistematização quer na interpretação e aplicação das normas aplicáveis no âmbito do Direito do Consumo. Quanto à "relação de consumo" e à sua relevância central no Direito do Consumo vide, por todos, José Engrácia Antunes, *Direito do consumo*, Coimbra, Almedina, 2021 (Reimpressão), pp. 47 e seguintes.

[6] Em geral quanto ao conceito de "dados sensíveis" e respetivo regime estabelecido no RGPD, A. Barreto Menezes Cordeiro, *Direito da proteção de dados à luz do RGPD e da Lei n.º 58/2019*, Coimbra, Almedina. 2020 (Reimpressão), pp. 132 a 142 e 238 a 256.

[7] Relativa à protecção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados.

[8] Expressão utilizada na epígrafe da Secção respeitante (III) e do artigo 8.º da Diretiva.

[9] Expressão utilizada nos Considerandos (34) e (70) da Diretiva.

[10] Apontando o facto de o Direito da União Europeia parecer utilizar indistintamente as expressões, com o que concordamos, A. Barreto Menezes Cordeiro, "Direito da proteção de ...", pp. 132 a 142 e 238 a 256. Com efeito, o RGPD faz referência a "dados sensíveis" no seu Considerando (10), expressamente utilizando a mesma como sinónimo para categorias especiais de dados pessoais.

da Lei n.º 67/98, de 26 de outubro, que a transpôs para o ordenamento jurídico português[11].

Mantendo a opção de não definir, mas elencar taxativamente, as categorias abrangidas[12], o RGPD manteve as categorias anteriormente elencadas no artigo 8.º, n.º 1 da Diretiva, acrescentando os dados genéticos[13], os dados biométricos para identificar uma pessoa de forma inequívoca[14], os dados relativos à saúde[15] e os dados relativos à orientação sexual de uma pessoa[16] no artigo 9.º, n.º 1 do RGPD[17].

Sem prejuízo da autonomização do tratamento de dados pessoais relacionados com condenações penais e infrações no artigo 10.º estes continuam a ser tratados, no essencial, como "dados sensíveis"[18], pelo que

[11] Já o artigo 6.º ("Special categories of data") da Convenção 108 do Conselho da Europa para a Proteção das Pessoas Singulares no que diz respeito ao Tratamento Automatizado de Dados Pessoais, de 28 de janeiro de 1981 (comummente designada "Convenção 108"), estabelecia uma proibição de tratamento de dados sensíveis através de meios automatizados a menos que a lei do Estado acautelasse devidamente o tratamento, no que se pode considerar uma primeira intervenção de âmbito europeu no que respeita ao tratamento de dados sensíveis.

[12] A. Barreto Menezes Cordeiro, "Direito da proteção de dados...", página 133.

[13] Definidos no artigo 4.º, 13) do RGPD como "os dados pessoais relativos às características genéticas, hereditárias ou adquiridas, de uma pessoa singular que deem informações únicas sobre a fisiologia ou a saúde dessa pessoa singular e que resulta designadamente de uma análise de uma amostra biológica proveniente da pessoa singular em causa...". Vide A. Barreto Menezes Cordeiro, "Direito da proteção de dados...", página 139.

[14] Definidos no artigo 4.º, 14) do RGPD como "[d]ados pessoais resultantes de um tratamento técnico específico relativo às características físicas, fisiológicas ou comportamentais de uma pessoa singular que permitam ou confirmem a identificação única dessa pessoa singular, nomeadamente imagens faciais ou dados dactiloscópicos...". Vide A. Barreto Menezes Cordeiro, "Direito da proteção de dados...", pp. 140 e 141.

[15] Definidos no artigo 4.º, 1) como "[d]ados pessoais relacionados com a saúde física ou mental de uma pessoa singular, incluindo a prestação de serviços de saúde, que revelem informações sobre o seu estado de saúde...".

[16] A. Barreto Menezes Cordeiro, "Direito da proteção de dados...", pp. 141 e 142.

[17] São assim abrangidos pelo artigo 9.º, n.º 1 do RGPD os dados pessoais que revelem a origem racial ou étnica, as opiniões políticas, as convicções religiosas ou filosóficas, ou a filiação sindical, bem como o tratamento de dados genéticos, dados biométricos para identificar uma pessoa de forma inequívoca, dados relativos à saúde ou dados relativos à vida sexual ou orientação sexual de uma pessoa.

[18] Tal resulta da equiparação do tratamento de categorias especiais previstas no artigo 9.º, n.º 1 e dos dados pessoais relacionados com condenações penais e infrações nos artigos 35.º, n.º 3, b) e 37.º, n.º 1, c). Por outro lado, e apesar da não aplicação do artigo 9.º a tais dados, o preenchimento dos critérios definidos no artigo 10.º pode, na prática, mostrar-se mais

poderiam ser reconduzidos ao conceito[19]-[20]. Não os incluíremos, porém, na presente análise, que fica reservada aos dados sensíveis abrangidos nas categorias especiais previstas no artigo 9.º, n.º 1.

Não obedecendo a um critério de ordenação unívoco, a regulação diferenciada destas categorias de dados pessoais é orientada pelos especiais riscos que o seu tratamento pode levantar para direitos e liberdades fundamentais[21], pela proibição de discriminação, pela natureza de direitos fundamentais assumida por parte das categorias abrangidas, pela potencial situação de vulnerabilidade dos titulares dos dados e pelos potenciais efeitos que podem resultar do tratamento destes dados[22].

Assim, a regra geral de admissibilidade de tratamento mediante o cumprimento dos princípios estabelecidos no artigo 5.º e as normas gerais do RGPD vem sofrer uma restrição no artigo 9.º do diploma, que proíbe o tratamento de dados sensíveis (n.º 1) a menos que se encontre cumulativamente[23] preenchida uma das exceções taxativamente previstas, em termos restritivos, no n.º 2.

Por outro lado, seguindo uma *ratio* de garantia de especial proteção no âmbito do tratamento de dados sensíveis abrangidos pelas categorias especiais previstas no artigo 9.º, n.º 1: o seu tratamento em grande escala deve

complexo e exigente que o dos definidos no artigo 9.º, em particular quanto às exigências de *controlo por autoridade pública* ou de *previsão de medidas adequadas para os direitos e liberdades dos titulares dos dados*.

[19] Apontam ainda no sentido da inclusão de dados relacionados com condenações penais nos dados sensíveis argumentos históricos – os dados relacionados com "criminal convictions" encontravam-se abrangidos pelo artigo 6.º ("Special categories of data") da Convenção 108 e pelo artigo 8.º, n.º 5 da Diretiva – e teleológicos, na medida em que se aplicam aqui vários dos valores que motivaram o tratamento diferenciado dos dados sensíveis de que se dará nota *infra*, em particular no que respeita à proibição de discriminação, à particular vulnerabilidade dos titulares dos dados e aos potenciais efeitos do tratamento.

[20] Destaca-se a posição contrária de A. Barreto Menezes Cordeiro, apoiada na discussão havida nos trabalhos preparatórios e no afastamento dos dados relacionados com condenações penais e infrações do elenco dos dados de categoria especial e com a admissibilidade do tratamento destes dados de acordo com qualquer dos fundamentos previstos no artigo 6.º, n.º 1, acrescidos do *plus* definido no artigo 10.º, cfr. A. Barreto Menezes Cordeiro, "Anotação ao artigo 10.º", *in* A. Barreto Menezes Cordeiro (Coord.), *Comentário ao Regulamento Geral de Proteçao de Dados e à Lei n.º 58/2019*, Almedina, Coimbra, 2021, pp. 142 a 144).

[21] Como expressamente indicado no Considerando (51) do RGPD.

[22] A. Barreto Menezes Cordeiro, "Direito da proteção de dados...", pp. 132 e 133.

[23] Cumulativamente com o cumprimento dos demais requisitos estabelecidos no RGPD, nomeadamente o cumprimento do artigo 5.º e a verificação de um dos fundamentos de licitude previsto no artigo 6.º.

ser precedido de avaliação de impacto sobre a proteção de dados (artigo 35.º) e, quando aplicável, consulta prévia (artigo 36.º), impondo ainda a designação de um encarregado de proteção de dados [artigo 37.º, n.º 1, c)]; e a possibilidade de um titular dos dados ficar sujeito a decisões tomadas exclusivamente com base no tratamento automatizado, incluindo a definição de perfis, que produzam efeitos na sua esfera jurídica ou que o afetem significativamente de forma similar, ao abrigo do artigo 22.º, n.º 2, só é permitida caso sejam aplicáveis as excepções previstas no artigo 9.º, n.º 2, a) ou g) e sejam aplicadas medidas adequadas para salvaguardar os direitos e liberdades e os legítimos interesses do titular.

2.2. O consumidor[24]

Consumidor vem definido no artigo 2.º, n.º 1 da Lei n.º 24/96, de 31 de julho, que estabelece o regime legal aplicável à defesa dos consumidores (comummente designada "Lei de defesa dos consumidores" ou "LDC"), como "[t]odo aquele a quem sejam fornecidos bens, prestados serviços ou transmitidos quaisquer direitos, destinados a uso não profissional, por pessoa que exerça com carácter profissional uma atividade económica que vise a obtenção de benefícios.".

Embora existam definições sectoriais relevantes, a definição constante da referida norma tem aplicação geral, enunciando elementos comuns do conceito, de natureza eminentemente relacional[25]. Assim, o consumidor será a entidade colocada como último elo do processo económico, que adquire ou utiliza um determinado bem ou serviço para seu uso pessoal ou privado e não para uso profissional, assumindo-se esta *finalidade de consumo*, como elemento-chave do conceito[26]. Já o tipo de bem ou serviço adquirido e a forma como o mesmo é adquirido apenas ganham relevância para efeitos de aplicação de normas especiais[27].

A LDC não impõe expressamente que o consumidor seja uma pessoa singular, embora a finalidade típica subjacente aos atos de consumo seja normalmente verificada em pessoas singulares e diversos diplomas especiais

[24] Em geral quanto ao conceito de consumidor e à relação de consumo, José Engrácia Antunes, "Direito do consumo", pp. 47 e seguintes.

[25] José Engrácia Antunes, "Direito do consumo", pp. 46 a 49.

[26] José Engrácia Antunes, "Direito do consumo", pp. 67 e 68.

[27] Enunciando múltiplos diplomas especiais de consumo, onde incluía a própria Lei n.º 67/98, de 26 de outubro ("Lei da Protecção de Dados Pessoais"), José Engrácia Antunes, "Direito do consumo", pp. 18 e 20.

limitem o conceito expressamente a estas pessoas[28]. Neste sentido, a doutrina e a jurisprudência portuguesas têm vindo a admitir a extensão do conceito a certas pessoas coletivas[29] ou a entidades sem personalidade jurídica[30].

O movimento de progressiva equiparação, de certas entidades, em certos setores e para certos efeitos, tem vindo a ser evidenciado em diplomas nacionais[31] e, em especial, europeus, fundamentando-se em particular na necessidade de mitigar os efeitos da assimetria das posições negociais das partes, que pode ser tão marcada no que respeita a pessoas singulares quanto coletivas, de natureza comercial ou outra, e qualquer que seja a finalidade prosseguida através da aquisição do bem ou serviço[32].

Sem prejuízo do exposto, o Direito da proteção de dados pessoais apenas abrange informações relativas a pessoas singulares identificadas ou identificáveis[33], pelo que a presente análise terá necessariamente apenas em conta o tratamento de dados de consumidores pessoas singulares.

[28] José Engrácia Antunes, "Direito do consumo", pp. 53 e 54.

[29] José Engrácia Antunes, "Direito do consumo", pp. 54 e 69 a 71.

[30] J. Cura Mariano, *Responsabilidade civil do empreiteiro pelos defeitos da obra*, 3.ª edição, Coimbra, Almedina, 2013, pp. 238 e ss..

[31] Segundo José Engrácia Antunes, esta extensão é expressamente prevista em certos diplomas, como seja na Lei n.º 23/96, de 26 de julho, que cria no ordenamento jurídico alguns mecanismos destinados a proteger o utente de serviços públicos essenciais, ou "LSP" – José Engrácia Antunes, "Direito do consumo", pág. 54. É também o caso da extensão de aplicação de disposições dos capítulos II – Transparência das condições e dos requisitos de informação aplicáveis aos serviços de pagamento – e III – Direitos e obrigações relativamente à prestação e utilização de serviços de pagamento – do Regime Jurídico dos Serviços de Pagamento e da Moeda Eletrónica ("RJSPME"), aprovado em anexo ao Decreto-Lei n.º 91/2018, de 12 de novembro, efetuado pelos artigos 76.º e 100.º do diploma, mantendo no essencial a opção constante dos artigos 40.º e 62.º do anterior RJSPME, aprovado em anexo DL n.º 317/2009, de 30 de Outubro – sobre este, em termos que se mantém atuais e onde aludimos a esta temática, vide o nosso *O beneficiário nas operações de pagamento de transferência escritural de fundos [Conclusão]*, *in* "O Direito", Ano 149 (2017), IV, Almedina, Coimbra, pp. 989-1059, a pp. 993 a 995.

[32] Está em causa proteção da parte estruturalmente débil no contrato, já não reconduzida apenas ao consumidor mas sim a qualquer cliente que se apresente numa situação de assimetria de poder contratual relativamente ao prestador decorrente de fatores fisiológicos, e não patológicos, a que a doutrina recente tem dado o nome de contrato assimétrico. Ver também, em especial, Vincenzo Roppo, *in* "Ancora su contratto asimmetrico e terzo contratto. Le coordinate del dibattio, con qualche elemento di novità", *in La vocacione civile del giurista – Saggi dedicati a Stefano Rodotà*, organizado por Guido Alpa e Vincenzo Roppo, Editori Laterza, 2013, pp. 178 a 203.

[33] Cfr. artigo 4.º, 1) do RGPD.

Por outro lado, apenas interessa ao Direito do consumo a aquisição de bens ou serviços a uma pessoa que exerça com carácter profissional uma atividade económica que vise a obtenção de benefícios, e que os aliene ou preste no âmbito de tal atividade.

2.3. O tratamento de dados sensíveis no âmbito de relações de consumo

I – O tratamento de dados pessoais no âmbito de relações de consumo pode ocorrer tendo em vista múltiplas finalidades licitamente prosseguidas[34] pela entidade com quem o consumidor se relacione ou outras entidades, direta ou indiretamente implicadas na relação[35]. Assim, a par do tratamento necessário para efeitos de negociação, celebração ou execução de negócio jurídico ou para efeitos de análise, categorização ou *marketing*, poderão ainda existir tratamentos de dados com vista ao cumprimento de obrigações jurídicas a que a entidade se encontre sujeita.

Como resulta da própria extensão do conceito de "relação de consumo" esta pode ocorrer entre os tipos mais variados de entidades, no âmbito das mais diversas relações e áreas de atividade e implicando o recurso a diversos tipos negociais e formas de negociação e contratação. Tal circunstância deverá ser colocada em evidência, na medida que o tratamento de dados sensíveis no âmbito de relações de consumo variará em maior ou menor grau de acordo com as específicas circunstâncias atinentes aos sujeitos envolvidos na relação, à área de atividade em que esta ocorra, ao tipo de negócio celebrado ou a celebrar e à forma como o mesmo seja celebrado.

II – Os dados pessoais tratados ou a tratar no âmbito de relações de consumo poderão por vezes reconduzir-se a categorias de dados especiais e, como tal, implicar o referido preenchimento cumulativo de uma das exceções taxativamente previstas no artigo 9.º, n.º 2, bem como o cumprimento das demais normas especialmente aplicáveis.

Nesta medida, há que destacar que nem todos os fundamentos de licitude previstos no artigo 6.º, n.º 1 encontram um correspetivo no artigo 9.º,

[34] Licitude do tratamento que pode ser entendida em sentido estrito, no sentido de suscetibilidade de enquadramento numa das situações previstas no artigo 6.º do RGPD, cfr. A. Barreto Menezes Cordeiro, "Direito da proteção de dados...", pág. 152.

[35] A entidade pode tratar dados do consumidor para os seus próprios fins ou prosseguindo fins de terceiro, por quem atue como subcontratado. Existem ainda situações em que a própria lei poderá impor e regular determinado tratamento, instrumental à prossecução de fins públicos.

n.º 2 e, mesmo quando encontrem, este não corresponde perfeitamente ao fundamento de licitude. Partindo da análise do artigo 6.º, n.º 1, vemos que os fundamentos de ilicitude previstos nas suas diferentes alíneas poderão encontrar as seguintes correspondências, mais ou menos diretas: a) o consentimento do titular dos dados para o tratamento visando uma ou mais finalidades específicas encontra correspondência no 9.º, n.º 2, a), em termos mais restritivos[36]; b) a necessidade para a execução de um contrato no qual o titular dos dados é parte, ou para diligências pré-contratuais a pedido do titular dos dados poderá encontrar alguma correspondência no 9.º, n.º 2, alíneas b), d) ou h); c) a necessidade para o cumprimento de uma obrigação jurídica a que o responsável pelo tratamento esteja sujeito, corresponderá, em termos muito restritivos, ao artigo 9.º, n.º 2, b)]; d) a necessidade para a defesa de interesses vitais do titular dos dados ou de outra pessoa singular encontra correspondência no artigo 9.º, n.º 2, c), embora com maior restrição[37]; e) O tratamento necessário ao exercício de funções de interesse público ou ao exercício da autoridade pública de que está investido o responsável pelo tratamento encontra correspondência imperfeita no artigo 9.º, n.º 2, alíneas g), h), i) e j, embora com maior restrição; f) a necessidade para efeito dos interesses legítimos prosseguidos pelo responsável pelo tratamento ou por terceiros, exceto se prevalecerem os interesses ou direitos e liberdades fundamentais do titular que exijam a proteção dos dados pessoais, em especial se o titular for uma criança, encontra correspondência imperfeita no artigo 9.º, n.º 2, f).

As relações de correspondência acima indicadas obedecem a um mero intuito expositivo, visando a demonstração da impossibilidade de garantir o preenchimento de uma causa de exclusão de ilicitude do artigo 9.º, n.º 2 pelo mero facto de se encontrar preenchido um fundamento de licitude do artigo 6.º, n.º 1. Não traduzem, contudo, qualquer limitação às possibilidades de correspondência efetiva entre um determinado fundamento de licitude e uma qualquer causa de exclusão de ilicitude do 9.º n.º 2. Apenas perante o caso concreto se poderá aferir quais os fundamentos de licitude e causas de exclusão de ilicitude suscetíveis de aplicação.

[36] O 9.º, n.º 2, a) admite que o direito da União ou de um Estado-Membro preveja que a regra geral de proibição do n.º 1 não possa ser anulada pelo titular dos dados.

[37] Que exige que o titular dos dados esteja física ou legalmente incapacitado de dar o seu consentimento.

De quanto fica exposto resultam dificuldades de aplicação prática, na medida em que o responsável pelo tratamento deverá previamente ao tratamento determinar a necessidade de tratamento de dados sensíveis, os respetivos fundamentos de licitude e causas de exclusão da regra geral de proibição, adaptando os seus procedimentos e registos internos e a informação a transmitir ao consumidor tendo em conta tal circunstância[38].

III – Um primeiro exemplo das dificuldades suscitadas pela falta de correspectividade entre os fundamentos de licitude do artigo 6.º, n.º 1 e as exceções à regra geral de proibição de tratamento de dados sensíveis previstas no artigo 9.º, n.º 2 encontra-se desde logo nas situações em que ocorra a necessidade de tratamento de dados sensíveis no âmbito de certas relações de consumo, por força do próprio objeto do negócio jurídico em causa.

Fazemos aqui referência a situações em que o tratamento de dados sensíveis se encontra diretamente ligado ao objeto do negócio em termos em que este tratamento é necessário à execução de diligências pré-contratuais, à celebração ou à própria execução do negócio, não podendo o negócio ser celebrado ou executado sem o tratamento dos dados sensíveis.

Nestas situações, o consumidor não poderá ver satisfeitos os seus fins na execução das diligências pré-contratuais ou do próprio contrato sem que o tratamento dos dados seja efetuado, pelo que a sua participação em tais diligências ou, sendo o caso, a celebração do contrato legitimam, regra geral, o tratamento de tais dados pessoais, desde que o consumidor tenha conhecimento quanto às operações de tratamento que serão realizadas em momento prévio à respetiva realização, de modo a que possa tomar uma decisão informada quanto às mesmas[39]. O artigo 6.º, n.º 1, b) do RGPD prevê precisamente enquanto causas de licitude de tratamento de dados pessoais

[38] Tal traduz o cumprimento de deveres a que o responsável pelo tratamento sempre se encontrará sujeito, nos termos dos artigos 5.º, 12.º, 13.º, 14.º, 24.º, 25.º, 30.º e 32.º e seguintes do RGPD. Não se poderá falar, portanto, em deveres acrescidos neste contexto – ao contrário do que se passa por via dos artigos 9.º, 22.º, n.º 2, 35.º, 36.º e 37.º, n.º 1, c) – mas apenas numa diferente complexidade de cumprimento dos deveres sempre aplicáveis, por via da natureza dos dados pessoais em causa.

[39] A falta de conhecimento redundará no incumprimento de deveres de informação especificamente decorrentes do RGPD, resultando na ilicitude do tratamento de dados e na sujeição à aplicação das sanções previstas para o efeito, mas poderá ainda resultar em quebra de deveres de boa-fé pré-contratual que façam atuar o artigo 227.º do Código Civil ou, sendo o caso, determinando o vício na formação da vontade do consumidor na celebração do contrato, a resolver nos termos gerais.

em geral a necessidade[40] de tratamento de dados para execução de um contrato no qual o titular dos dados é parte e para a realização de diligências pré-contratuais a pedido do titular.

No entanto, estas situações não se encontram genericamente previstas como exclusões à proibição de tratamento de dados pessoais no artigo 9.º do RGPD, apenas encontrando algum reflexo nas previsões das alíneas b), d) ou h) e, mesmo aí, em termos restritivos.

Ainda assim, o RGPD não terá por objetivo alterar o mercado de modo a proibir a celebração de negócios jurídicos em que o tratamento de dados sensíveis seja necessário para a realização de diligências pré-contratuais a pedido do titular ou para a execução do contrato. Por um lado, tal intenção não é assumida pelo legislador; por outro, o cumprimento dos requisitos estabelecidos no RGPD parece suficiente a acautelar objetivos legítimos de proteção das partes, nomeamente garantido que a parte mais fraca num contrato assimétrico dispõe da informação e da liberdade suficientes para decidir se, e em que termos, se vincular.

Admitindo assim que o RGPD não pretende proibir o tratamento de dados sensíveis necessários à execução de um contrato no qual o titular dos dados é parte ou para a realização de diligências pré-contratuais a pedido do titular, será necessário determinar a eventual aplicação cumulativa de uma causa de exclusão do artigo 9.º, n.º 2 ao caso.

Poderão ser dadas como exemplo de relações de consumo em que este problema se coloca o tratamento de dados relativos à saúde do consumidor no âmbito da celebração de contratos de prestação de serviços de saúde ou no âmbito de diligências pré-contratuais e de execução de seguros de saúde, de vida ou de acidentes.

IV – Para além de tratamentos de dados por força do objeto do negócio jurídico em causa, poderá ainda dar-se o caso em que o tratamento de dados seja efetuado em prossecução de fins da própria entidade com quem o consumidor se relaciona, como seja o tratamento de dados efetuado para efeitos de análise, categorização e *marketing*.

[40] O tratamento será necessário sempre que exista uma relação direta entre o tratamento e o cumprimento das obrigações contratuais, ou, no caso das diligências pré-contratuais, quando a preparação da oferta ou a conclusão do contrato pressuporem o tratamento. Neste sentido, e quanto ao preenchimento do conceito de necessidade e à discussão em torno deste, A. Barreto Menezes Cordeiro, "Direito da proteção de dados...", pp. 210 a 212.

A difusão do tratamento de dados para tais finalidades há muito que determinou a estipulação de normas especiais na matéria, com destaque para as relações de consumo, nomeadamente no âmbito de negócios celebrados à distância, em geral ou relativos a serviços financeiros. Fora dos casos abrangidos por tais normas, o artigo 6.º, n.º 1, f) do RGPD admite o tratamento que se mostre necessário para efeito dos interesses legítimos prosseguidos pelo responsável pelo tratamento ou por terceiros, no qual se poderá incluir o tratamento de dados pessoais efetuado para efeitos de comercialização direta[41].

Sem prejuízo do exposto, tal fundamento de licitude do tratamento não se aplica quando prevalecerem os interesses ou direitos e liberdades fundamentais do titular que exijam a proteção dos dados pessoais e o interesse legítimo não se encontra previsto no artigo 9.º, n.º 2 do RGPD como causa de exclusão da ilicitude do tratamento de dados sensíveis, devendo, também aqui, procurar determinar-se, em cada situação concreta, a eventual aplicação de uma das causas de exclusão.

3. Especificidades do tratamento de dados sensíveis de consumidores

3.1. Exceções à regra geral de proibição de tratamento de dados sensíveis

I – Resultou da exposição já efetuada que um primeiro reflexo do regime especial aplicável ao tratamento de dados sensíveis poderá ser encontrado na proibição geral de tratamento de dados sensíveis e na exigência de aplicação cumulativa de uma causa de exclusão de ilicitude prevista no artigo 9.º, n.º 2 para que o tratamento possa ser efetuado. Também já foram enunciadas as potenciais dificuldades de aplicação prática que poderão advir de tal exigência e do facto de as causas de exclusão de ilicitude não refletirem diretamente os fundamentos de licitude do artigo 6.º, n.º 1. Cabe agora indicar alguns termos de solução de tal circunstância.

II – É de admitir, em primeiro lugar, que em certas relações de consumo, a necessidade para a execução de um contrato no qual o titular dos dados é parte, ou para diligências pré-contratuais a pedido do titular dos dados, poderá encontrar alguma correspondência no 9.º, n.º 2, alínea b), viabilizando o tratamento de dados sensíveis por tal via.

[41] Conforme resulta expressamente do Considerando (47) do RGPD.

A alínea b) admite o tratamento de dados sensíveis que se mostre necessário para efeitos do cumprimento de obrigações e do exercício de direitos específicos do responsável pelo tratamento ou do titular dos dados em matéria de legislação laboral, de segurança social e de proteção social, na medida em que esse tratamento seja permitido pelo direito da União ou dos Estados-Membros ou ainda por uma convenção coletiva nos termos do direito dos Estados-Membros que preveja garantias adequadas dos direitos fundamentais e dos interesses do titular dos dados.

Na identificação dos casos susceptíveis de enquadramento na disposição acima referida há que ter em conta a extensão dos conceitos de segurança social e de proteção social tal como utilizados na legislação europeia[42] e, reflexamente, portuguesa[43], que abrangerão relações de consumo tão distintas quanto as que resultam da adesão a fundos de pensões abertos ou fechados[44] ou da contratação de seguros de vida, de acidentes ou de saúde[45]-[46], bem como associações mutualistas[47].

[42] Nos termos do artigo 1.º, alínea l) do Regulamento (CE) n.º 883/2004 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 29 de abril de 2004, relativo à coordenação dos sistemas de segurança social, «Legislação», de segurança social será, em relação a cada Estado-Membro, as leis, os regulamentos, as disposições legais e outras medidas de aplicação respeitantes aos ramos de segurança social referidos no artigo 3.º, n.º 1, que, por sua vez, inclui: a) Prestações por doença; b) Prestações por maternidade e por paternidade equiparadas; c) Prestações por invalidez; d) Prestações por velhice; e) Prestações por sobrevivência; f) Prestações por acidentes de trabalho e por doenças profissionais; g) Subsídios por morte; h) Prestações por desemprego; i) Prestações por pré-reforma; j) Prestações familiares.

[43] Vejam-se os artigos 26.º e 52.º da Lei n.º 4/2007, de 16 de janeiro, que aprova as bases gerais do sistema de segurança social e, em especial, os artigos 81.º e seguintes, relativos ao sistema complementar de proteção e de solidariedade social.

[44] Que a atividade em causa tem enquadramento como segurança social resulta claro da natureza das contingências que poderão conferir o direito a receber os benefícios previstos nos planos de pensões, nos termos dos artigos 17.º e 21.º do regime jurídico da constituição e do funcionamento dos fundos de pensões e das entidades gestoras de fundos de pensões, aprovado em anexo à Lei n.º 27/2020, de 23 de julho. Na doutrina portuguesa refere que a legislação de segurança social inclui pensões, remetendo para o Considerando 52 do RGPD, António Barreto Menezes Cordeiro, "Direito...", pág. 242.

[45] Respetivamente disciplinados nos artigos 183.º e seguintes, 210.º e seguintes e 213.º e seguintes do regime jurídico do contrato de seguro, aprovado em anexo ao Decreto-Lei n.º 72/2008, de 16 de abril. Quanto à necessidade de tratamento de dados sensíveis no âmbito de contratos de seguro vide Luís Poças, "Problemas e dilemas do setor segurador: o RGPD e o tratamento de dados de saúde", *in Problemas e soluções de Direito dos Seguros*, Almedina, Lisboa, pp. 243-305, pp. 261 a 265.

A posição acima assumida não é pacífica, sendo expressamente afastada pela comissão nacional de proteção de dados ("CNPD") no que respeita aos contratos de seguro, que, seguindo a posição restritiva que já tomava quanto à admissibilidade de tratamento de dados pessoais por parte de empresas de seguros[48], sustentou no seu Parecer 20/2018[49] que apenas os seguros de saúde seriam recondutíveis ao artigo 9.º, n.º 2, b) e que, no respeita aos restantes seguros, apenas os obrigatórios poderiam ser abrangidos pelo artigo 9.º, n.º 2, g), ficando a admissibilidade de tratamento de dados sensíveis nos restantes contratos proibida a menos que o legislador nacional previsse tal tratamento nos termos do n.º 4[50].

Sem prejuízo de maiores desenvolvimentos noutra sede, sempre se diga que a limitação dos seguros abrangidos pelo conceito de "segurança social" aos seguros de saúde reflete uma limitação injustificada do conceito, tal como resultante das disposições da União Europeia e nacionais relevantes, devendo ser afastada.

Nesta medida, o tratamento de dados sensíveis cujo tratamento seja necessário para a execução de um contrato individual ou de uma adesão coletiva a fundos de pensões, de seguro de vida, de acidentes ou de saúde no qual o titular dos dados seja parte, ou para diligências pré-contratuais a pedido do titular dos dados, deverá ser considerado admitido nos termos do artigo 9.º, n.º 2, alínea b) do RGPD, desde que o tratamento seja neces-

[46] Admitindo o recuso ao artigo 9.º, n.º 2, b), no que respeita a seguros obrigatórios e facultativos, Luís Poças, "Problemas e dilemas...", pp. 284 a 294.

[47] O que resulta claro dos artigos 1.º a 4.º, inclusive, do código das associações mutualistas ("CAM"), aprovado em anexo ao Decreto-Lei n.º 59/2018, de 2 de agosto. Neste caso, porém, existe a concorrência da causa de exclusão de ilicitude prevista no artigo 9.º, n.º 2, d), atendendo à natureza específica das associações mutualistas enquanto pessoas coletivas de direito privado, de natureza associativa, sem fim lucrativo, aos quais é reconhecido estatuto de instituições particulares de solidariedade social, nos termos do artigo 1.º do CAM.

[48] Quanto a esta questão, em termos que acompanhamos, Luís Poças, "Problemas e dilemas...", pp. 265 e 266.

[49] Consultável *online in* https://www.uc.pt/protecao-de-dados/suporte/20180502_parecer_20_cnpd (consult. a 12.12.2021), a pp. 37v e 38.

[50] Indicando os termos da solução e da posição da CNPD, Luís Poças, "Problemas e dilemas...", pp. 296 a 299. Seguindo as referidas posições da CNPD, Filipe Miguel Cruz de Albuquerque Matos, "O regulamento de protecção de dados pessoais (2016/679) no contexto dos desafios da actividade seguradora – o caso particular dos seguros de saúde", *in Revista Online Banca, Bolsa e Seguros, Instituto de Direito Bancário, da Bolsa e dos Seguros*, n.º 3, 2018, pp. 51-121, em especial pp. 113 a 121, consultável online in https://www.fd.uc.pt/bbs/wp-content/uploads/2019/01/bbs3_final_2p.pdf, (consult. a 13.12.2021).

sário para efeitos do cumprimento de obrigações e do exercício de direitos específicos do responsável pelo tratamento ou do titular dos dados.

Nas obrigações específicas aqui em causa deverão caber as obrigações resultantes do próprio contrato celebrado, do qual resulta a vinculação das entidades que prossigam tais atividades com fins lucrativos à realização das prestações[51].

Finalmente, tal tratamento será admitido às entidades que figurem diretamente como partes no negócio jurídico em causa, desde que o seu tratamento se afigure necessário[52], bem como, quando efetivamente necessário, por parte de mediadores de seguros que intervenham na celebração ou execução do contrato[53].

III – Situação similar à referida verifica-se no âmbito do tratamento admitido nos termos do artigo 9.º, n.º 2, h). No que interessa mais especificamente às relações de consumo[54], o diagnóstico médico, a prestação de cuidados ou tratamentos de saúde ou de ação social ou a gestão de sistemas e serviços de saúde ou de ação social, seja efetuada com base no direito da União ou dos Estados-Membros ou por força de um contrato com um pro-

[51] A imprescindibilidade e relevância económica e social dos sistemas complementares, de iniciativa privada, para os sistemas de segurança social em geral são um facto que temos por adquirido e que condiciona todo o sistema, quer a nível da União Europeia quer a nível nacional, o que deverá ser tido em conta na interpretação da disposição do artigo 9.º, n.º 2, b) do RGPD.

[52] Como exemplo, nas adesões coletivas a fundos de pensões abertos e nos fundos de pensões fechados, a entidade gestora – sociedade gestora de fundos de pensões ou empresa de seguros – tem necessidade de tratar dados sensíveis de participantes, quer para execução de diligências pré-contratuais a pedido do titular dos dados (realização de cálculos atuariais ou, nos seguros e mais genericamente, avaliação do risco) quer para efeitos de execução do contrato (por exemplo, no âmbito da comunicação da contingência que confere direito à prestação ou do sinistro e respetiva avaliação). Em sentido contrário, já não necessitará de receber tais dados o empregador que figure como associado do plano de pensões ou contrato ou como tomador do seguro, pelo que qualquer tratamento de dados sensíveis por este terá de ser admitido nos termos de outra causa de exclusão.

[53] De relembrar que o mediador de seguros – que pode atuar igualmente enquanto distribuidor de fundos de pensões, quando tenha autorização para o efeito – é muitas vezes o ponto de receção dos dados recolhidos para efeitos de avaliação de risco e de participação de contingência ou sinistro coberto, assumindo um papel essencial na operacionalização do sistema.

[54] E sem prejuízo de poderem ocorrer relações de consumo no âmbito da medicina do trabalho e da avaliação da capacidade de trabalho do empregado.

fissional de saúde, implicará naturalmente o tratamento de dados de saúde, o que será admitido sempre que se verifiquem cumulativamente as condições dos artigos 6.º, n.º 1, b) e do artigo 9.º, n.º 2, h).

Como condição especificamente prevista para estes efeitos, estipula-se no artigo 9.º, n.º 3 que estes dados deverão ser tratados por ou sob a responsabilidade de um profissional sujeito à obrigação de sigilo profissional, nos termos do direito da União ou dos Estados-Membros ou de regulamentação estabelecida pelas autoridades nacionais competentes, ou por outra pessoa igualmente sujeita a uma obrigação de confidencialidade ao abrigo do direito da União ou dos Estados-Membros ou de regulamentação estabelecida pelas autoridades nacionais competentes.

IV – A par das situações indicadas em que existe, efetivamente, tratamento de dados admitido, cabe ainda apontar para situações em que se verifica a necessidade de tratamento para o cumprimento de uma obrigação jurídica a que o responsável pelo tratamento esteja sujeito, nos termos do artigo 6.º, n.º 1, c). Nesta medida, além da admissibilidade de cumulação com o artigo 9.º, n.º 2, g)[55], expressamente admitida pela CNPD, cabe ainda apontar a possível cumulação com o artigo 9.º, n.º 2, b), onde poderão ser enquadrados tratamentos efetuados no âmbito de relações de consumo envolvendo organismos da Administração Pública, pessoas coletivas públicas, empresas de capitais públicos ou detidos maioritariamente pelo Estado, regiões autónomas ou pelas autarquias locais ou empresas concessionárias de serviços públicos[56].

V – Além de tais situações, poderia discutir-se a eventual aplicação das alíneas c), e), f) ou i) do artigo 9.º, n.º 2 do RGPD. No entanto, tais causas de exclusão de ilicitude de tratamento são essencialmente situações de exceção, de natureza concreta-desviante e não enquadradas numa regular programação de tratamento de dados, naturalmente baseada numa previsibilidade do futuro tratamento, pelo que não terão fácil aplicação no âmbito das relações de consumo.

Tal não significa, no entanto, que não possam ocorrer tratamentos de dados sensíveis enquadráveis nestas causas de exclusão, aferíveis perante casos concretos.

[55] Remetemos para o referido Parecer da CNPD n.º 20/2018, a pp. 37v. e 38.

[56] A quem foi estendida a aplicação da LDC – cfr. Teresa Almeida, Lei de Defesa do Consumidor Anotada, Instituto do Consumidor, Lisboa, 2001, pp. 12 e ss..

VI – Como fundamento de licitude aplicável residualmente, é igualmente reconhecida aplicação ao consentimento no âmbito do tratamento de dados sensíveis, na medida em que o artigo 9.º, n.º 2, a) admite o recurso a esta causa de exclusão de ilicitude desde que tal não seja afastado por normas especiais[57].

O consentimento será essencial como causa de exclusão de ilicitude do tratamento de dados sensíveis efetuado para fins da própria entidade com quem o consumidor se relaciona, como seja o tratamento de dados efetuado para efeitos de análise, categorização e *marketing*. Na medida em que a prossecução de fins próprios do responsável do tratamento não é admitida como causa de exclusão de ilicitude nos termos do artigo 9.º, n.º 2, exceto nas situações patológicas e restritivas indicadas no ponto anterior, apenas o consentimento do consumidor se afigurará aplicável a este tipo de situações[58].

Ponto assente é que o consentimento seja efetivamente livre[59], não se encontrando o consumidor contratualmente condicionando à prestação do consentimento, sob pena de este se tornar nulo por contrário aos artigos 6.º, n.º 1, a) e 9.º, n.º 2, a), bem como do artigo 9.º, n.º 1 e 2, b) da LDC e, eventualmente, do artigo 11.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 57/2008, de 26 de março, bem como de disposições do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro[60].

[57] Desenvolvendo a matéria, António Barreto Menezes Cordeiro, "Direito...", pp. 240 e 241.

[58] Como exemplo, incluímos em princípio a temática do "Telematics Insurance" no âmbito das situações em que se poderá vir a ter de recorrer ao consentimento como causa de exclusão de ilicitude de tratamento de dados pessoais sensíveis. Estando em causa contratos de seguro em que a seguradora recorre a sistemas informáticos para efetuar um acompanhamento permanente do risco, e sendo atualmente discutida a sua conceptualização e enquadramento perante a introdução de meios de acompanhamento do uso de veículos abrangidos pela obrigação de contratação de seguro de responsabilidade civil emergente de circulação automóvel [Freyja van den Boom, "Regulating Telematics Insurance – Role for the IDD to Complement the GDPR on Improving Consumer Data Protection in the Context of Telematics Insurance", in Pierpaolo Marano e Kyriaki Noussia (ed.) *Insurance Distribution Directive, A Legal Analysis*, AIDA Europe, pp. 294 a 325, consultável in https://link.springer.com/content/pdf/10.1007%2F978-3-030-52738-9.pdf (consult. a 13.12.2021)], não se colocará fora de hipótese uma possível futura extensão a outro tipo de seguros que impliquem o tratamento de dados sensíveis, como sejam seguros de saúde. Nestes casos, e não se prevendo uma fácil sustentação da recondução do tratamento a qualquer outra causa de exclusão de ilicitude prevista no artigo 9.º, n.º 2, a hipotética causa aplicável será o consentimento.

[59] Problematizando a admissibilidade do consentimento no âmbito de relações de consumo, João Miguel Gabriel, "O consentimento e o direito ao esquecimento dos dados", na presente obra, pp. [...].

[60] Quanto ao tema, com especial enfoque nas declarações de consentimento pré-formuladas no âmbito de relações de consumo e da relação entre a Directiva 1993/13/CEE,

Sem prejuízo do exposto, caberá ter em conta, por um lado, que mesmo o tratamento com base em consentimento deverá abranger dados necessários às finalidades para os quais estes foram recolhidos e que, por outro, o tratamento deverá cessar no momento em que o consumidor retire o consentimento[61].

VII – No caso da alínea d) não estarão em causa relações de consumo, pelo que a respetiva análise perde relevância para efeitos do presente estudo[62], o que será igualmente o caso no que respeita à causa de exclusão prevista na alínea j).

3.2. Outras especificidades

I – As limitações decorrentes das causas de exclusão de ilicitude de tratamento não esgotam as especificidades do regime aplicável ao tratamento de dados sensíveis. Nestas avultam ainda normas especiais relativas a decisões individuais automatizadas, ao registo de atividades de tratamento, à avaliação de impacto sobre a proteção de dados e à designação de encarregado de proteção de dados.

de 5 de abril de 1993, transposta pelo D.L. n.º 446/85, e o RGPD, Nuno Pinto de Oliveira, "A declaração de consentimento pré-formulada – articulação entre a Directiva 1993/13/CEE, de 5 de abril de 1993, e o Regulamento 2016/679/EU, de 27 de abril de 2016", in Revista Online Banca, Bolsa e Seguros, Instituto de Direito Bancário, da Bolsa e dos Seguros, n.º 3, 2018, pp. 5-30. Em geral, Damian Clifford, Inge Graef e Peggy Valcke, in "Pre-formulated Declarations of Data Subject Consent – Citizen-Consumer Empowerment and the Alignment of Data, Consumer and Competition Law Protections", in German Law Journal (2019), 20, pp. 679–721, consultável in https://www.cambridge.org/core/journals/german-law-journal/article/preformulated-declarations-of-data-subject-consentcitizenconsumer-empowerment-and-the-alignment-of-data-consumer-and-competition-law-protections/293BB74ABDC953F88ECB10895755589B (consult. a 10.12.2021).

[61] Quanto ao direito ao esquecimento, por todos, Rui Ataíde, *Direito ao esquecimento*, *RDC* 3 (2018) 2, 281-295.

[62] Ainda assim, não se inserindo no âmbito do presente estudo, cumpre destacar a potencial relevância do tratamento de dados sensíveis em larga escala por entidades do terceiro setor com peso significativo na sociedade – e na economia – portuguesa, como sejam organizações eclesiásticas, a Santa Casa da Misericórdia, grandes associações mutualistas ou federações desportivas, a título de exemplo. Se a nível de proteção de dados o artigo 6.º, n.º 1, b) e o 9.º, n.º 2, d) admite o tratamento de dados, mesmo que sensíveis, por tais entidades, estabelecendo limites ao mesmo, nem por isso deixa de ser equacionável a extensão de normas de proteção de consumidor a certas relações estabelecidas com estas entidades.

II – O artigo 22.º, n.º 1 do RGPD estipula que o titular dos dados tem o direito de não ficar sujeito a nenhuma decisão tomada exclusivamente com base no tratamento automatizado, incluindo a definição de perfis, que produza efeitos na sua esfera jurídica ou que o afete significativamente de forma similar, a menos que se apliquem as condições previstas no n.º 2, onde se inclui o consentimento explícito do titular dos dados e que seja dado cumprimento ao n.º 3[63].

No entanto, o n.º 4 estipula que as decisões individuais autonomizadas apenas se podem basear em dados sensíveis quando foram aplicáveis as alíneas a) ou g) do 9.º, n.º 2, e sejam aplicadas medidas adequadas para salvaguardar os direitos e liberdades e os legítimos interesses do titular[64]. Fora destas situações não será admitida a utilização de dados sensíveis no âmbito de decisões individuais automatizadas[65].

III – Outra especificidade encontra-se prevista no artigo 30.º, relativo ao registo de atividades de tratamento. Seguindo um princípio de proporcionalidade, o RGPD exclui da obrigação de preparação de registo de atividades de tratamento empresas ou organizações com menos de 250 trabalhadores, a menos que o tratamento efetuado seja suscetível de implicar um risco para os direitos e liberdades do titular dos dados, não seja ocasional ou abranja dados sensíveis. Desta forma, e em consonância com as especiais necessidades de proteção dos titulares de dados quanto ao tratamento de dados sensíveis, qualquer organização que trate um dado sensível deve preparar e conservar um registo de todas as atividades de tratamento sob a sua responsabilidade.

IV – Finalmente, sempre que o responsável pelo tratamento pretenda efetuar operações de tratamento em grande escala de dados sensíveis é

[63] O n.º 3 exige que o responsável pelo tratamento aplique medidas adequadas para salvaguardar os direitos e liberdades e legítimos interesses do titular dos dados, designadamente o direito de, pelo menos, obter intervenção humana por parte do responsável, manifestar o seu ponto de vista e contestar a decisão. Tal conjuga-se com as obrigações de informação quanto a tal direito, previstas nos artigos 13.º, n.º 2, f) e 14.º, n.º 2, f) do RGPD.

[64] Quanto ao regime em causa, Vítor Palmela Fidalgo, "Anotação ao artigo 22.º", *in* "Comentário...", pp. 221-227, em especial pp. 226 e 227.

[65] Gerald Spindler, "C. Current Issues and Case Law Concerning Consumer Data Protection in Germany and Europe", in AAVV, *Consumer Data Protection in Brazil, China and Germany*, Göttingen University Press, 2016, pp. 181-195, pp. 186 a 188.

obrigatório efetuar a avaliação de impacto sobre a proteção de dados [artigo 35.º, n.º 3, b)][66] e designar encarregado de proteção de dados [artigo 37.º, n.º 1, c)][67].

4. Conclusões

O profundo impacto do RGPD na regulação do tratamento de dados pessoais manifestou-se com particular acuidade no âmbito do tratamento de dados sensíveis, cujas especiais necessidades de proteção identificadas pelo legislador conduziram à introdução de diversos requisitos específicos, dos quais se destaca a proibição geral de tratamento e a previsão de causas taxativas de exclusão de ilicitude de tratamento.

Pesem embora os termos restritivos em que as causas de exclusão de ilicitude previstas no artigo 9.º, n.º 2 do RGPD se encontram estabelecidas, a recondução, ainda que imperfeita, a diversos fundamentos de licitude admitidos nos termos do artigo 6.º, n.º 1 e, em particular, a admissibilidade de princípio de conjugação de fundamentos e causas de exclusão de ilicitude permite conferir alguma latitude à busca de soluções normativas para o tratamento de dados sensíveis.

Atenta tal latitude e a extensão das relações de consumo sujeitas à aplicação das normas de defesa do consumidor, é de admitir que em certas relações de consumo, a necessidade para a execução de um contrato no qual o titular dos dados é parte, ou para diligências pré-contratuais a pedido do titular dos dados, poderá ser viabilizada por recurso ao artigo 9.º, n.º 2, alíneas b) ou h). A par destas situações poderão ainda existir situações em que se verifica a necessidade de tratamento para o cumprimento de uma obrigação jurídica a que o responsável pelo tratamento esteja sujeito, nos termos do artigo 6.º, n.º 1, c), em cumulação com o artigo 9.º, n.º 2, g) ou, eventualmente, com o artigo 9.º, n.º 2, b). Fora destas situações caberá o recurso ao consentimento, nos termos do artigo 9.º, n.º 2, a), o qual se afigura como a causa normalmente aplicável sempre que o tratamento de dados sensíveis prossiga finalidades da própria entidade com quem o consumidor se relaciona.

[66] Explicando o ponto: Francisco Rodrigues Rocha, "Anotação ao artigo 35.º", in "Comentário...", pp. 281-285.

[67] Francisco Rodrigues Rocha, "Anotação ao artigo 35.º", in "Comentário...", pp. 288-294, em especial pág. 292, § 16.

As outras causas de exclusão de ilicitude do tratamento de dados sensíveis previstas no artigo 9.º, n.º 2 não serão, à partida e por regra, aplicáveis, na medida em que não têm por casos típicos relações de consumo [alíneas d) e j)] ou são dirigidas a situações de exceção, de natureza concreta-desviante e não enquadradas numa regular programação de tratamento de dados [caso das alíneas c), e), f) ou i)]. Tal não impede, porém, que no caso concreto se possa verificar a aplicação de tais normas.

O balanço da análise empreendida permite apurar um regime equilibrado no sentido da prossecução de soluções para os específicos riscos apresentados pelo tratamento de dados sensíveis. No entanto, é previsível que as dificuldades de interpretação-aplicação das normas em causa continue a suscitar perplexidades e querelas, dificultando a operação dos agentes económicos e criando riscos de cumprimento relevantes, que tornam aconselhável a intervenção legislativa nos termos do artigo 9.º, n.º 4 do RGPD para os casos típicos e de maior relevância social e económica.

Lisboa, 25 de janeiro de 2023.

O DIREITO DE PORTABILIDADE DOS DADOS PESSOAIS

Vítor Palmela Fidalgo*

Sumário: § **1.** *Introdução* § **2.** *O efeito lock-in e os objetivos do direito de portabilidade* § **3.** *Requisitos 3.1. Dados pessoais 3.2. Base de licitude 3.3. Meios automatizados 3.4. Tratamento baseado no interesse público ou de autoridade pública* § **4.** *Conteúdo do direito 4.1. Generalidades 4.2. Direito de obter cópia dos dados 4.3. Direito a transmitir diretamente os dados pessoais* § **5.** *O dever de informação relacionado com direito de portabilidade* § **6.** *O procedimento para o exercício do direito de portabilidade* § **7.** *A conjugação do direito de portabilidade com o direito ao apagamento dos dados* § **8.** *O direito de portabilidade de dados e os direitos e liberdades de terceiros* § **9.** *Natureza jurídica*

Palavras-chave: *Dados pessoais; efeito lock-in; direito de portabilidade*

§ 1. Introdução

O Regulamento Geral de Proteção de Dados[1] (doravante RGPD[2]) consagrou como uma das suas novidades o direito de portabilidade de dados

* Assistente Convidado da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Membro do Centro de Investigação de Direito Privado (CIDP) e do Instituto do Direito do Consumo (IDC). Diretor Jurídico na consultora Inventa International. Advogado. Poderá ser contactado através do seguinte correio eletrónico: «vitorpalmela@fd.ulisboa.pt».

[1] 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.

[2] A referência a um artigo sem o respetivo diploma legal ao longo do texto deve considerar-se como correspondendo às normas do RGPD.

pessoais. Este direito constitui uma novidade absoluta no âmbito do regime jurídico europeu da proteção de dados, não tendo paralelo na Diretiva 95/46[3] (doravante D 95/46)[4].

O direito de portabilidade vem previsto no artigo 20.º e permite, em termos gerais, que o titular dos dados possa, por um lado, obter cópia dos seus dados e, por outro, transmiti-los a outro responsável pelo tratamento. Neste último caso, o direito de portabilidade permite que o titular requeira que os seus dados sejam transmitidos *diretamente* para o novo responsável[5]. Se o direito de obter cópia dos dados pessoais poderia ser enquadrado, *grosso modo*, no direito de acesso já presente na D 95/46, o mesmo já não sucede com esta última prerrogativa que não conta com quaisquer antecedentes, constituindo a grande mais-valia deste *novo* direito.

Um dos objetivos que está por detrás do direito de portabilidade é o de minorar a dependência que existe habitualmente entre o titular dos dados e o prestador de serviços (aqui como responsável pelo tratamento dos dados). Tem lugar o denominado efeito *lock-in*. A importância que assume o tratamento dos dados pessoais e a onerosidade da sua transmissão para um outro prestador de serviços tem, amiúde, como consequência o *enclausuramento* do titular dos dados ao prestador. Constituindo os dados pessoais um bem transacionável, podendo mesmo consubstanciar uma contraprestação do contrato celebrado no âmbito de uma relação de consumo[6], este novo direito promete beneficiar desde logo o titular dos dados.

No âmbito do presente opúsculo iremos analisar e revisitar um tema já anteriormente abordado[7], sobre o conteúdo e a natureza jurídica do direito de portabilidade dos dados pessoais. Após uma análise sobre o efeito *lock-in* e os objetivos do direito de portabilidade (§ 2), iremos abordar, em detalhe, este novo regime jurídico, nomeadamente os seus requisitos (§ 3), o conteúdo do direito (§ 4), o dever de informação relacionado com o direito

[3] Diretiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de outubro de 1995, relativa à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados.

[4] *Vide*, por todos, Vítor Palmela Fidalgo, *Anotação ao artigo 20.º do RGPD*, em *Comentário ao Regulamento Geral da Proteção de Dados e à Lei n.º 58/2019* (coord. A. Barreto Menezes Cordeiro), Almedina, Coimbra, 2021, p. 205.

[5] Veja-se o n.º 2, do artigo 20.º.

[6] Jorge Morais de Carvalho, *Manual de Direito do Consumo*, 5.º ed., Coimbra, Almedina, 2018, p. 50.

[7] Vítor Palmela Fidalgo, "O Direito à Portabilidade de Dados Pessoais", *RDTec*, vol. 1 (2019), pp. 89 e ss. e *Anotação ao artigo 20.º do RGPD*, cit., pp. 204 e ss.

de portabilidade (§ 5), o procedimento para o exercício do direito de portabilidade (§ 6), a conjugação do direito de portabilidade com o direito ao esquecimento (§ 7), bem como com outros direitos e interesses de terceiros (§ 8). Finalizaremos com a análise à sua natureza jurídica (§ 9).

§ 2. O efeito *lock-in* e os objetivos do direito de portabilidade

O efeito *lock-in* (ou *vendor lock-in*) é um termo trazido das ciências económicas. Esta expressão é usada para explicar o comportamento de um agente que toma as decisões mais eficientes, considerando os elevados custos de alteração (*high switching costs*), mas que, em termos económicos, tem um efeito adverso[8]. A expansão da economia da sociedade da informação tornou habitual a utilização desta expressão no discurso jurídico, especialmente no âmbito do Direito da concorrência, tendo em conta a criação de barreiras de mercado. As práticas comerciais levadas a cabo por plataformas como a *Microsoft*, *Apple* ou *Google*, bem como a falta de interoperabilidade dos sistemas usados, tornaram-nas alvo de investigação no sentido de minorar o efeito *lock-in*.

No âmbito da economia dos dados esta situação tem-se feito igualmente sentir. De facto, atendendo ao volume de dados disponibilizados no ambiente digital, bem como a necessidade de tratamento dos mesmos para a utilização e otimização de serviços prestados, a impossibilidade de os transmitir *aprisiona* o titular ao seu prestador de serviços habitual. O titular dos dados pessoais, perante a possibilidade de perder todo o histórico dos dados, não irá mudar de prestador de serviço, mesmo que no mercado sejam disponibilizados serviços com uma maior qualidade, mais baratos e mais favoráveis à proteção dos dados pessoais ("privacy friendly"). Esta circunstância não é ultrapassada pela oportunidade de o titular poder inserir os dados novamente, dado que, para além de poder ser bastante oneroso, alguns dados *objetivos* e *subjetivos* dificilmente poderão ser *restaurados*. O enclausuramento do titular provoca, inevitavelmente, efeitos na concorrência entre prestadores de serviços e, consequentemente, no mercado digital comum. A manutenção da relação entre o titular e o prestador de serviços já não se baseará na qualidade do serviço, mas sim na *dependência* daquele. Por outro lado, bloqueia-se a entrada de novos concorrentes e, consequentemente, manifestam-se todas desvantagens inerente aos monopólios. Com o incremento das transações baseadas na exploração de dados (p.e. *big data*, *cloud*,

[8] Vítor Palmela Fidalgo, "O Direito...", cit., p. 97.

internet das coisas (IoT)), onde muitos modelos negócios são dependentes, total ou parcialmente, de dados pessoais, o efeito *lock-in* poderá representar um bloqueio no mercado, prejudicando tanto os utilizadores (em especial, os consumidores), como a concorrência no mercado digital[9].

Com efeito, na medida em que permite superar a dependência, o direito de portabilidade dos dados poderá constituir um fator-chave para minorar o efeito *lock-in*. Experiências anteriores no âmbito europeu têm oferecido resultados vantajosos para a concorrência[10]. Com a portabilidade dos dados não se deixa também de promover a concorrência efetiva entre as empresas; consequentemente, incrementa a qualidade dos serviços prestados – *qualidade* essa que passa também por serviços que promovam a proteção dos dados pessoais. Esta prerrogativa é exponenciada pela possibilidade de solicitar a *transmissão direta* dos dados, bem como pela *tendencial gratuidade* do exercício deste direito[11].

§ 3. Requisitos

O exercício do direito de portabilidade de dados pessoais está subordinado a três requisitos. De acordo com o artigo 20.º, n.º 1, (i) os dados pessoais deverão ter sido *fornecidos* pelos próprio titular; (ii) o tratamento dos dados pessoais deve basear-se no consentimento ou num contrato; e (iii) o tratamento dos dados pessoais deve ter sido realizado por meios automati-

[9] Stephanie Elfering, *Unlocking the Right to Data Portability. An Analysis of the Interface with the Sui Generis Database Right*, Nomos, Munique, 2019, p. 11.

[10] O antecedente mais próximo diz respeito à portabilidade do número de telefone, que veio permitir ao utilizador de telefone (fixo ou móvel) a conservação do mesmo número quando decida mudar de operadora de telecomunicações. V. Diretiva 2002/22/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 7 de março de 2002, relativamente ao serviço universal e aos direitos dos utilizadores em matéria de redes e serviços de comunicações eletrónicas (Diretiva serviço universal), que entrou em vigor no dia 25 de julho de 2003. Por força do seu artigo 30.º, n.º 1, "os Estados-Membros garantirão que todos os assinantes de serviços telefónicos acessíveis ao público, incluindo serviços móveis, que o solicitem possam manter o(s) seu(s) número(s) independentemente da empresa que oferece o serviço (...)". A norma foi alvo de alteração por via da Diretiva 2009/136/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de novembro de 2009.

[11] No âmbito deste direito aplica-se a regra geral do artigo 12.º, n.º 5, onde se estabelece a gratuidade deste pedido, apenas podendo ser cobrada uma "taxa razoável" (ou até a recusa em dar seguimento ao pedido) se os pedidos do forem "manifestamente infundados ou excessivos, nomeadamente devido ao seu caráter repetitivo" (artigo 12.º, n.º 5, *segunda parte*).

zados. Os requisitos são cumulativos[12], pelo que o não preenchimento de qualquer um deles inviabilizará o exercício do direito.

De uma leitura geral dos requisitos verifica-se, desde logo, que o exercício do direito de portabilidade poderá, por um lado, ter lugar em qualquer setor de atividade; por outro, este *novo* direito não requer a existência de uma relação de concorrência entre os responsáveis pelo tratamento. Neste contexto, será perfeitamente possível pedir a transmissão direta dos dados entre, a título de exemplo, um prestador de serviços bancários e uma empresa de contabilidade. Adicionalmente, o exercício deste direito não estará sujeito a qualquer juízo de oportunidade por parte do responsável, nem caduca pelo não exercício.

3.1. Dados pessoais

Por força do disposto no artigo 20.º, n.º 1, o direito de portabilidade poderá ser exercido unicamente com relação aos "dados fornecidos" pelo titular. A ambiguidade da redação tem gerado dúvidas interpretativas. O esclarecimento desta questão é essencial, ditando, em grande parte, a importância prática deste novo direito.

Em estudos anteriores[13] identificámos três posições a este respeito, que podemos designar como *restrita*, *intermédia* e *ampla*. Numa perspetiva *restrita*, estarão apenas em causa os dados pessoais que são disponibilizados, ativamente, pelo titular. Tal será o caso dos dados pessoais submetidos pelo titular, como o nome, a morada, a idade, o endereço eletrónico ou o nome do usuário. Se adotarmos uma *conceção intermédia*, para além dos dados fornecidos ativamente (ou diretamente) pelo titular, estarão em causa, igualmente, os dados que *derivam* da utilização e interação do titular com a plataforma. Neste âmbito, poderemos incluir tanto os dados que são obtidos, de forma simples, da interação com uma plataforma (p.e. dados pessoais relacionados com o histórico de utilização do titular), como aqueles que são obtidos através de sistemas informáticos *inteligentes*, cujos dados são obtidos através da *observação* dos comportamentos do titular utilizador (p.e. os dados pessoais obtidos através das tecnologias *wearable*). Finalmente, se

[12] Piltz, *Anotação ao artigo 20.º do RGPD* em Gola, *Datenschutz-Grundverordnung – DS-GVO (EU) 2016/679 Kommentar*, 13.º ed., Beck, Munique, 2019, Rn. 19. A disposição não deixa margem para dúvidas ao incluir a conjunção "e" na alínea a) do mesmo número, que, neste caso, indica adição.

[13] Vítor Palmela Fidalgo, "O direito à portabilidade", cit., pp. 109 e ss. e Vítor Palmela Fidalgo, *Anotação ao artigo 20.º do RGPD*, cit., p. 208.

adotarmos uma *conceção ampla*, estarão em causa os dados pessoais criados pelo responsável pelo tratamento, que resultam da análise e do tratamento analítico de outros dados pessoais. A título de exemplo, além dos dados referidos anteriormente, estarão em causa, ainda, as preferências musicais de um utilizador de serviços *streaming* de música ou o perfil de risco criado por uma empresa do setor financeiro.

O Grupo de Trabalho do Artigo 29.º, ainda antes da entrada em vigor do RGPD, veio tomar posição sobre esta matéria, referindo que "os dados «fornecidos pelo» titular devem, igualmente, incluir os dados pessoais que *sejam observados a partir das atividades dos utilizadores*, tais como os dados brutos tratados por um contador inteligente ou por outros tipos de objetos conectados, os registos das atividades e os históricos da utilização de um sítio Web ou das pesquisas realizadas"[14] (itálico nosso).

A posição assumida pelo GT 29 tem sido criticada por parte da doutrina alemã[15], com ecos na doutrina nacional[16], advogando-se por uma perspetiva restritiva nesta matéria. Pela nossa parte, continuamos a aderir à uma *conceção restritiva* a este respeito[17]. Salvo melhor opinião, são vários os argumentos que podem ser apresentados em favor deste entendimento.

Desde logo, o elemento literal parece favorável a esta tese: considerando que o termo "fornecido" não é definido pelo RGPD, o mesmo deverá ser interpretado da forma que é comumente entendida e, desse prisma, a sua interpretação aponta num sentido restritivo. Este entendimento é corroborado pelo artigo 15.º, n.º 3, que parece não limitar o direito a obter cópia aos *dados fornecidos* pelo titular, mas sim, aos que estão em "tratamento", estabelecendo-se, deste modo, a destrinça entre esta prerrogativa e o artigo 20.º em análise[18]. Finalmente, parece-nos que a conceção restritiva é aquela que melhor se coaduna com o n.º 4, do artigo 20.º. Nos termos desta norma, o

[14] Grupo de Trabalho do Artigo 29.º para a Proteção dos Dados (GT 29), *Orientações sobre o direito à portabilidade*, WP 242 rev.01, 05.04.2017, p. 10.

[15] Strubel, *Anwendungsbereich des Rechts auf Datenübertragbarkeit*, 8 ZD (2017), pp. 355 e ss., pp. 357 e ss.; Plitz, *Anotação ao artigo 20.º do RGPD* em Gola, cit., Rn. 15. Contra, defendendo um âmbito mais alargado dos dados sujeitos à portabilidade, num sentido próximo ao dado pelo GT20, v. Jülicher/Röttgen/Schönfeld, *Das Recht auf Datenübertragbarkeit Ein datenschutzrechtliches Novum* cit., 359; Vanberg/Ünver, *The right to data portability in the GDPR and EU competition law: odd couple or dynamic duo?*, vol. 8, 1, EJLT (2017), pp. 1 e ss., p. 3.

[16] A. Barreto Menezes Cordeiro, *Direito da Proteção de Dados à luz do RGPD e da Lei n.º 58/2019*, Almedina, Coimbra, 2020, pp. 293 e 294.

[17] Vítor Palmela Fidalgo, *Anotação ao artigo 20.º do RGPD*, cit., p. 208.

[18] V. *infra* 4.2.

direito de portabilidade dados não pode prejudicar "os direitos e liberdades de terceiros". A recolha de dados por observação do comportamento do titular dos dados obriga, na maior das vezes, a elevados investimentos neste tipo de tecnologia, tecnologia essa que poderá estar protegida por direitos de propriedade intelectual. Neste contexto, uma interpretação conforme esta regra poderá ditar, inevitavelmente, que o direito de portabilidade de dados tenha de ser circunscrito a uma *conceção restritiva*.

Curiosamente, o artigo 18.º, n.º 1, da Lei da Proteção de Dados Pessoais[19] parece corroborar com esta posição, ao estatuir que "o direito à portabilidade dos dados, previsto no artigo 20.º, abrange *apenas* os dados fornecidos pelos respetivo titulares" (itálico nosso). Este argumento apresenta, no entanto, fragilidades; para tal, basta afirmar que ao legislador nacional não foi atribuída competência para interpretar o sentido do RGPD nesta matéria[20].

Considerando a sensibilidade desta questão para o exercício do direito de portabilidade, bem como as dúvidas que se têm suscitado, será provável que o Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) seja chamado a resolvê-las. Tendo em conta os interesses em jogo, a forma como o TJUE decidir interpretar esta questão não terá, apenas, influência no direito de portabilidade, podendo constituir um indicador mais geral sobre a forma como poderá ser conjugado o direito de proteção dos dados com outros direitos e interesses concorrentes.

3.2. Base de licitude

O tratamento dos dados pelo responsável pelo tratamento requer que este seja baseado em alguns dos fundamentos presentes no artigo 6.º. Convoca-se, neste âmbito, o princípio de licitude do tratamento dos dados.

O artigo 20.º limita o direito de portabilidade a apenas dois fundamentos de licitude. De acordo com o artigo 20.º, n.º 1, *a)*, o titular apenas poderá exercer o direito de portabilidade caso (i) tenha existido consentimento do titular, nos termos dos artigos 6.º/1, *a)* e 9.º/2, *a)*; e (ii) na medida em que os dados sejam tratados no âmbito da execução de um contrato ou das

[19] Lei n.º 58/2019, de 08 de agosto, que assegura a execução, na ordem jurídica nacional, do Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento e do Conselho, 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.

[20] A. Barreto Menezes Cordeiro, *Direito da Proteção de Dados*, cit., p. 294.

diligências pré-contratuais das quais o titular faça parte[21]. Com efeito, tal como é confirmado pelo Considerando 68, ficarão de fora todas as restantes situações de tratamento lícito dos dados.

Não se apreende a existência de interesses ponderosos para tal limitação, que em grande medida coarta o direito da sua utilidade prática. Em particular, no caso de tratamento lícito dos dados nos termos do artigo 6.º, n.º 1, *f)*. Nada impede, no entanto, que o responsável pelo tratamento possa voluntariamente ampliar a extensão da prerrogativa aos dados pessoais tratados de acordo com outra base de licitude.

3.3. Meios automatizados

Como último requisito, o artigo 20.º, n.º 1, *b)*, exige que o direito de portabilidade só possa ser exercido caso o tratamento pelo responsável seja "realizado por meios automatizados". O termo "automatizado" significará aqui o mesmo que "informatizado"[22]. Esta circunstância demonstra que o exercício do direito de portabilidade tem em vista o tratamento de dados por sistemas computorizados e, em particular, pelas plataformas online[23], excluindo-se os dados pessoais tratados em formato físico[24]. Esta interpretação tem uma consequência importante na prática: poupará o responsável ao esforço de converter registos não legíveis por máquina em dados legíveis digitalmente[25]. Caso o tratamento seja realizado de forma parcialmente automatizada, o titular será apenas beneficiário da portabilidade no que respeita à parte automatizada.

3.4. Tratamento baseado no interesse público ou de autoridade pública

Por força do artigo 20.º, n.º 3, parágrafo 2, o direito de portabilidade será excluído em duas situações de tratamento baseado no interesse público:

[21] Ruth Janal, *Data Portability – A Tale of Two Concepts*, 8 JIPITEC (2017), pp. 59 e ss., p. 62, defende que, ainda que não esteja previsto, deverá admitir-se a portabilidade dos dados pessoais tratados de forma ilícita por um responsável pelo tratamento.

[22] Fernández-Samaniego/Fernández-Longoria, *Reglamento General de Protección de Datos: Hacia un nuevo modelo europeo de privacidad*, Dir. José Luis Piñar Mañas, coord. María Alvarez Caro/Miguel Recio Gayo, Madrid, Reus, 2016, p. 264.

[23] Piltz, *Anotação ao artigo 20.º do RGPD* em *Gola*, cit., Rn. 20.

[24] *Idem*.

[25] Herbst, *Anotação ao artigo 20.º do RGPD* em *Kühling/Buchner, Datenschutz-Grundverordnung, Bundesdatenschutzgesetz Kommentar*, 2.º ed., Beck, Munique, 2018, Rn. 13; Munz, *Anotação ao artigo 20.º do RGPD* em *Taeger/Gabel, Kommentar DSGVO – BDSG, 3.º* ed., R&W, Frankfurt, 2019, Rn. 33.

(i) tratamento dos dados necessários para o exercício de funções de *interesse público*[26] e (ii) tratamento dos dados necessários para o exercício da *autoridade pública*[27] de que está investido o responsável pelo tratamento. Estas constelações correspondem aos casos do artigo 6.º/1, *e)*.

Discute-se qual o real âmbito desta exclusão. De acordo com o Considerando 68, parágrafo 6, o direito de portabilidade dos dados pessoais não será aplicável quando o tratamento for necessário para o cumprimento de uma obrigação jurídica à qual o responsável esteja sujeito, para o exercício de atribuições de interesse público ou para o exercício da autoridade pública de que esteja investido o responsável pelo tratamento. Se atentarmos à hipótese referida pelo Considerando, chega-se à conclusão que esta corresponde, unicamente, a um dos casos do artigo 6.º/1, *c)*, com a particularidade de o tratamento se basear em funções de interesse público ou no exercício da autoridade pública. Uma vez que a base de licitude é delimitada pelo artigo 20.º/1, *a)* e a restrição ao tratamento baseado no interesse público ou de autoridade pública se aplica independentemente do tratamento em causa, como já afirmámos[28], dever-se-á entender esta hipótese do Considerando apenas como um exemplo.

Questiona-se, ainda, como harmonizar o artigo 18.º, n.º 3, da Lei da Proteção de Dados Pessoais. Esta disposição parece admitir o exercício do direito de portabilidade no âmbito da administração pública. Considerando que o RGPD não permite a intervenção dos Estados-membros nesta matéria, a exigência de interpretação e aplicação uniforme deste diploma obriga a uma interpretação restritiva do disposto na LE, nomeadamente no sentido de que o direito de portabilidade apenas poderá ser exercido nos termos do artigo 20.º, n.º 1, *a)*[29].

[26] O RGPD não concretiza o significado de "interesse público", cabendo essa prerrogativa ao direito da União ou dos Estados-membros. Podem, porém, ser retirados diversos exemplos dos seus considerandos e normas: proteção contra ameaças graves para a saúde (artigo 9.º, n.º 2, *i)*); gestão dos serviços e sistemas de saúde ou de ação social (Considerando 53, p. 1); segurança pública (artigo 23, n.º 1, *c)*); a prevenção, a investigação, a deteção ou a repressão de infrações penais, ou a execução de sanções penais (artigo 23, n.º 1, *d)*), entre outros.

[27] Não existe, igualmente, uma definição de autoridade pública. Caberá ao Direito da União ou do Estado-membro defini-lo, de acordo com o artigo 6.º, n.º 3.

[28] Vítor Palmela Fidalgo, *Anotação ao artigo 20.º do RGPD*, cit., p. 209, nota 32.

[29] A. Barreto Menezes Cordeiro, *Direito da Proteção de Dados...*, cit., pp. 296 e 297.

§ 4. Conteúdo do direito

4.1. Generalidades

Nos termos do disposto no artigo 20.º, n.º 1, o direito à portabilidade de dados pessoais subdivide-se em duas prerrogativas distintas a favor do titular: (i) o direito a obter cópia dos dados pessoais; e (ii) o direito a que os dados pessoais sejam transmitidos para outro responsável pelo tratamento. Nesta última situação, o n.º 2, do artigo 20.º permite que o titular solicite que a transmissão dos dados seja realizada diretamente entre os responsáveis pelo tratamento. Vejamos cada uma destas prerrogativas em detalhe.

4.2. Direito de obter cópia dos dados

Por força da *primeira parte* do n.º 1 do artigo 20.º, o titular dos dados tem o direito de receber os dados pessoais que lhe digam respeito e que tenha fornecido a um responsável pelo tratamento. Em termos técnicos, o titular tem direito a receber esses dados num *formato estruturado*, de *uso corrente* e de *leitura automática*.

Em sentido técnico-jurídico, não estamos perante uma transmissão de dados. Trata-se, sim, de uma *reaquisição* dos mesmos. Desta circunstância surge uma consequência óbvia: o titular dos dados não estará sujeito às regras sobre a proteção dos dados pessoais. A segurança destes deve ser assegurada pelo próprio[30].

Existem aqui inegáveis semelhanças para com a situação do artigo 15.º, n.º 3: por força desta norma, o responsável pelo tratamento deve fornecer uma cópia dos dados pessoais em fase de tratamento. Uma análise mais profunda permite, porém, desvendar diferenças substanciais. Desde logo, são bastante mais limitados os dados que podem ser obtidos no direito de portabilidade. Adicionalmente, a forma como a informação pode ser obtida também difere. O artigo 15.º, n.º 3 obriga, unicamente, a que informação seja fornecida num *formato eletrónico de uso corrente*[31]. Por seu turno, o artigo 20.º, n.º 1, exige, além de um formato de *uso corrente*, que este seja também *estruturado* e de *leitura automática*. Esta circunstância demonstra que, ao contrário da regra do artigo 15.º, n.º 3, o artigo 20.º, n.º 1 tem como objetivo

[30] Kai von Lewinski, *Anotação ao artigo 20.º do RGPD* em Wolff/Brink, Datenschutzrecht, 38.º ed., Beck, Munique, 2018, Rn. 53-54/1.

[31] Herbst, *Anotação ao artigo 20.º do RGPD* em Kühling/Buchner, Rn. 19.

promover o reuso e a transmissão dos dados. No fundo, não se trata apenas de *aceder* aos dados, mas sim permitir a sua *utilização* posterior.

Adicionalmente, conforme referimos, o n.º 1 do artigo 20.º estatui que os dados pessoais deverão ser transmitidos "num formato estruturado, de uso corrente e de leitura automática". No RGPD não são fornecidas pistas para a interpretação destes conceitos. Ainda assim, podemos retirar algumas diretrizes, nomeadamente:

(i) o RGPD visou manter-se tecnologicamente neutro. A utilização de conceitos abertos demonstra este objetivo[32]. Esta questão foi discutida durante as negociações, nas quais o Conselho reconheceu que não poderia fornecer orientações específicas sobre o formato, optando, assim, por estabelecer requisitos mínimos nesta matéria[33].

(ii) deste modo, entendeu-se não deixar a escolha deste ao critério do responsável[34]: nos termos da presente disposição, o formato deve ser *estruturado*; de *uso corrente*; e de *leitura automática*.

A exigência de um formato *estruturado* (v.g., através de uma base de dados) diz respeito à organização da informação[35] para a transmissão dos dados, permitindo que estes possam ser reutilizados, de forma parcial ou total, simplificando, ainda, a sua exportação para terceiros. Não está especificado se essa estrutura deve também ser lógica ou de fácil entendimento para o titular[36]. Porém, considerando as restantes exigências quanto ao formato, a resposta não poderá deixar de ser afirmativa, tendo em conta a bitola de um *homem médio*.

No que concerne à exigência de um formato de *uso* corrente, será inviável, no atual estado da arte, estabelecer um formato que seja de uso corrente em todos os tipos de indústria. Dever-se-á, assim, ter em conta o setor de atividade em causa[37]; o formato usado, p.e., na indústria da música (v.g., MP3 ou AAC) será diferente do utilizado no setor da saúde (v.g., ODM)[38].

[32] Neste sentido: Piltz, *Anotação ao artigo 20.º do RGPD* em *Gola*, cit., Rn. 24; Helena Ursic, *Unfolding the New-Born Right to Data Portability: Four Gateways to Data Subject Control*, SCRIPTed, 15/1, (2018) 42-69, 50.

[33] Piltz, *Anotação ao artigo 20.º do RGPD* em *Gola*, cit., Rn. 24.

[34] Piltz, *Anotação ao artigo 20.º do RGPD* em *Gola*, cit., Rn. 23.

35 Piltz, *Anotação ao artigo 20.º do RGPD* em *Gola*, Rn. 23; Kamann/Braun, *Anotação ao artigo 20.º do RGPD* em *Ehmann/Selmayr*, cit., Rn. 23.

[36] Piltz, *Anotação ao artigo 20.º do RGPD* em *Gola*, cit., Rn. 23.

[37] Piltz, *Anotação ao artigo 20.º do RGPD* em *Gola*, cit., Rn. 23.

[38] Helena Ursic, *Unfolding the New-Born Right to Data Portability: Four Gateways to Data Subject Control* cit., 51.

De qualquer forma, deverá constituir um formato *conhecido* e *frequentemente* usado no mercado[39].

Finalmente, no que respeita ao formato de *leitura automática,* podemos socorrer-nos da definição europeia presente na Diretiva 2003/98/CE, relativa à reutilização de informações no setor público, que foi alterada pela Diretiva n.º 2013/37/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de junho de 2013. Nos termos do seu Considerando 21, o formato de leitura automática ou "legível por máquina" será o constituído por "um formato de ficheiro estruturado de modo a ser facilmente possível, por meio de aplicações de software, identificar, reconhecer e extrair dele dados específicos". O GT29 menciona alguns formatos em particular, presentes no estado da arte, que são comummente utilizados, nomeadamente os formatos XML, JSON ou CSV[40]. Esta perspetiva foi recentemente adotada pelo Tribunal de Amsterdão (*Rechtbank Amsterdam*) num dos primeiros casos sobre o direito de portabilidade a nível europeu. Os litígios opuseram motoristas às plataformas *Uber* e *Ola Cabs*[41]. Os primeiros solicitaram a portabilidade dos dados à luz do artigo 20.º, n.º 1, especificando que os mesmos deveriam ser transmitidos por meio de uma API ou formato CVS. O tribunal interpretou o termo "legível por máquina" com referência à Diretiva 2013/37/EU. Todavia, sustentou que o mesmo não requer, necessariamente, que um responsável forneça os dados pessoais por meio de uma API ou formato CVS. A questão de fundo acabou, no entanto, por não ser decidida, dado que o tribunal argumentou que os titulares dos dados não haviam explicitado as razões para o facto de serem pedidos dados adicionais, uma vez que o direito de portabilidade já havia sido exercido anteriormente. Os autores recorreram, pelo que existe a expetativa de que um tribunal superior possa oferecer novas orientações nesta matéria.

Suscita-se a questão de saber se o responsável pelo tratamento é obrigado a utilizar um formato que seja interoperável. O Considerando 68, p. 1 menciona esta circunstância, adicionando este requisito aos restantes previstos no corpo do n.º 1, do artigo 20.º. Esta exigência, porém, não surge na redação do artigo 20.º, n.º 1, o que tem levantado bastantes dúvidas na doutrina[42].

[39] Piltz, *Anotação ao artigo 20.º do RGPD* em *Gola*, cit., Rn. 23.

[40] GT 29, *Orientações sobre o direito à portabilidade*, cit., pp. 20 e 21.

[41] *Rechtbank Amsterdam*, de 11.03.2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:1020; *Rechtbank Amsterdam*, de 11.03.2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:1019.

[42] Cf. Herbst, *Anotação ao artigo 20.º do RGPD* em *Kühling/Buchner*, cit., Rn. 20. Defendendo que o formato também deve ser interoperável, Piltz, *Anotação ao artigo 20.º do RGPD*

O GT29 refere que a interoperabilidade deve ser entendida como a meta que pode ser alcançada através das exigências de formato presentes no artigo 20.º/1, *a)*[43]. Como ponto de partida, constituindo os considerandos meros elementos auxiliares de interpretação, a sua discordância para com o texto da lei ditará a prevalência da redação da norma. Pensamos, contudo, que os elementos sistemático e teleológico oferecem uma diferente interpretação. Por um lado, o artigo 12.º, n.º 2 estatui que o responsável pelo tratamento deve *facilitar* o exercício dos direitos do titular dos dados, consubstanciando-se num requisito de cariz processual. Por outro, tendo em conta que o artigo 20.º, n.º 1 obriga a que o responsável pelo tratamento transmita a informação num *formato estruturado*, de *uso corrente* e de *leitura automática*, dificilmente a interoperabilidade não será concebível. Refira-se que a interoperabilidade diz respeito apenas à suscetibilidade de um sistema informatizado se *comunicar* com outro sistema e não à existência de um *formato compatível*. Em suma, a eventual recusa em satisfazer este direito devido à existência de um formato que não é interoperável dificilmente será defensável, pois será contrária aos princípios e regras presentes no RGPD.

4.3. Direito a transmitir diretamente os dados pessoais

O direito de portabilidade permite, igualmente, a transmissão dos dados a outro responsável pelo tratamento. De acordo com o n.º 2 do artigo 20.º, o titular dos dados poderá transmitir os seus dados pessoais a outro responsável de forma indireta ou direta.

A possibilidade de transmissão direta dos dados constitui a grande atração do direito da portabilidade de dados. Esta obrigação não é dirigida ao responsável pelo tratamento que irá receber os dados. Apenas o responsável transmitente dos dados será obrigado a aceitar a transmissão[44]. Apesar de a disposição não o mencionar expressamente, é possível que esta transmissão direta seja realizada de forma automatizada, utilizando-se, por exemplo, uma interface de programação de aplicações (*Application Programming Interface* – ou API)[45].

em *Gola*, cit., Rn. 22; Paal, *Anotação ao artigo 20.º do RGPD* em *Paal/Pauly*, Datenschutz-Grundverordnung – Bundesdatenschutzgesetz, 2.º ed., Beck, Munique, 2018, Rn. 19.

[43] GT29, *Orientações sobre o direito à portabilidade* cit., 20. Kamann/Braun, *Anotação ao artigo 20.º do RGPD* em *Ehmann/Selmayr*, Rn. 22.

[44] Herbst, *Anotação ao artigo 20.º do RGPD* em *Kühling/Buchner*, cit., Rn. 23.

[45] Herbst, *Anotação ao artigo 20.º do RGPD* em *Kühling/Buchner*, cit., Rn. 23.

Por força da disposição, a transmissão direta dos dados dar-se-á apenas se for tecnicamente possível. Estamos perante um conceito indeterminado, de difícil densificação. Mantemos o já referido anteriormente[46]:

(i) a impossibilidade técnica deve ser aferida à luz do estado da arte, considerando-se apenas os casos onde a transmissão se vislumbre impossível ou demasiado onerosa para o responsável pelo tratamento[47], adotando-se uma perspetiva objetiva;
(ii) o ónus da prova recairá sobre o responsável pelo tratamento;
(iii) ficarão de fora os eventuais custos com a transmissão direta dos dados, uma vez que os constrangimentos são apenas técnicos.
(iv) o responsável pelo tratamento deverá adotar uma postura ativa e colaborativa neste âmbito; assim o exige o artigo 12.º, n.º 2, quando estatui que o responsável deve *facilitar* o exercício dos direitos pelo titular[48-49].

Caso ocorram constrangimentos técnicos que culminem com a recusa ao pedido de portabilidade, o responsável deverá informar o titular nos termos do artigo 12.º, n.º 4[50].

§ 5. O dever de informação relacionado com direito de portabilidade

Um dos aspetos em que o RGPD vincou a diferença para com a Diretiva foi no significativo reforço do princípio da transparência. O legislador europeu formaliza-o como princípio normativo no artigo 5.º, n.º 1, *a)*, relacionando-o com o *princípio da lealdade*. Adicionalmente, concretiza-o ao longo de todo o regulamento, mas fá-lo, em especial, no conteúdo de três artigos: artigos 12.º a 14.º[51].

[46] Vítor Palmela Fidalgo, *Anotação ao artigo 20.º do RGPD*, cit., pp. 211 e 212.

[47] GT 29, *Orientações sobre o direito à portabilidade*, cit., p. 17. Piltz, *Anotação ao artigo 20.º em Gola*, cit., Rn. 27, refere que nesta sede deverá existir um teste de proporcionalidade tendo em conta a situação de ambos os responsáveis pelo tratamento.

[48] No mesmo sentido, v. Piltz, *Anotação ao artigo 20.º do RGPD* em *Gola*, cit., Rn. 28; Dix, *Anotação ao artigo 20.º do RGPD* em *Simitis/Hornung/Spiecker*, Rn. 14. Aparentemente em sentido diverso, em particular devido à indefinição do termo, v. Jülicher/Röttgen/Schönfeld, *Das Recht auf Datenübertragbarkeit Ein datenschutzrechtliches Novum* cit., p. 359.

[49] Os custos na aplicação de uma medida são levados em linha de conta no exercício de outros direitos, como é o caso do direito ao esquecimento (v. artigo 17.º/2).

[50] GT 29, *Orientações sobre o direito à portabilidade*, cit., p. 17.

[51] A. Barreto Menezes Cordeiro, *Anotação ao artigo 5.º do RGPD*, cit., p. 103.

O artigo 12.º constitui um *regime-quadro* que deve ser conjugado com algumas regras especiais, em particular, as que respeitam a cada dos direitos do titular dos dados. Os artigos 13.º e 14.º regulam deveres específicos que oneram o responsável pelo tratamento. Estamos perante *deveres de informação ativos*, *id est*, operam independentemente da solicitação do titular. Estes são complementados pelo artigo 15.º, n.º 1, que prevê *deveres de informação passivos*. Os objetivos são claros: combater a (normal) assimetria informativa entre os titulares e os responsáveis pelo tratamento, bem como a de promover uma maior confiança no mercado digital.

Já aqui demos conta da aplicação ao direito de portabilidade de algumas das regras do artigo 12.º, nomeadamente a exigência de o responsável pelo tratamento *facilitar* o exercício dos direitos do titular. Concentremo-nos, então, nos artigos 13.º e 14.º.

Os artigos 13.º e 14.º, embora sistematicamente apartados, têm o mesmo conteúdo teleológico e fundamentos dogmáticos: ambos regulam os deveres de informação ativos por parte do responsável pelo tratamento, concretizando os princípios da transparência e, por consequência, o princípio da lealdade[52]. Por esse motivo, concordamos com a doutrina que olha para estes deveres de informação como um corolário lógico do artigo 8.º, da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFUE)[53], em especial do n.º 2. Por um argumento de maioria de razão, estes deveres de informação estão protegidos constitucionalmente, por via do artigo 35.º da Constituição da República Portuguesa (CRP)[54]. A diferença sistemática resulta de um único motivo: o artigo 13.º diz respeito à informação a facultar quando os dados pessoais *são recolhidos* junto do titular; o artigo 14.º relaciona-se com as informações a facultar quando os dados *não são recolhidos* junto do titular. Esta circunstância implica que, pontualmente, algumas regras sejam distintas. Porém, no que respeita ao tema do nosso estudo, em ambos os casos o dever de informação tem o mesmo conteúdo: o responsável pelo tratamento deve informar o titular dos dados da possibilidade de exercer o direito de portabilidade (artigos 13.º, 2, *b)* e 14.º, n.º 2, *c)*).

Aceita-se que a explicação sobre o direito de portabilidade seja genérica, uma vez que o responsável não pode prever se e quais os direitos o titular irá exercer. Não obstante, tal não obsta a que, nos termos do artigo

[52] Vítor Palmela Fidalgo, in: *Anotação ao artigo 13.º do RGPD*, cit., p. 159.

[53] *Annarita Ricci, Il Nuovo Regolamento*, cit., 138.

[54] A. Barreto Menezes Cordeiro, *Direito da Proteção de Dados...*, cit., p. 341.

15.º, n.º 1, o titular possa obter informação mais detalhada sobre o exercício do direito de portabilidade.

O dever de informação é, porém, excluído caso o direito de portabilidade, em abstrato, não seja aplicável[55]. De qualquer forma, a referência ao direito não será constitutiva para o responsável. Caso o exercício não seja possível no caso concreto, a sua menção ao abrigo destas disposições não vincula o responsável a dar seguimento ao pedido do titular[56].

§ 6. O procedimento para o exercício do direito de portabilidade

O artigo 20.º não contém regras específicas quanto ao procedimento de execução do direito de portabilidade, aplicando-se as regras gerais presentes no artigo 12.º. Considerando a *automaticidade* inerente aos serviços digitais, é previsível que em termos práticos a resposta a um pedido de portabilidade de dados seja possível em tempo real[57]. De qualquer forma, por força no disposto no artigo 12.º, n.º 3, o responsável pelo tratamento deverá satisfazer o pedido de portabilidade no prazo de um mês a contar da receção do pedido. Esta prazo poderá ser alargado até dois meses adicionais em dois casos[58]: (i) caso a operação se relevar complexa; e (ii) considerando o elevado número de pedidos.

Duas explicações adicionais são necessárias. Por um lado, caso o responsável deseje aproveitar o prazo de prorrogação, deverá informar o titular dentro do prazo de um mês para a execução do direito, dando conta, igualmente, das razões subjacentes. Por outro, no que concerne à segunda situação, parece-nos que o elevado número de pedidos a ter em conta não dependerá apenas daqueles que são solicitados pelo titular em concreto, podendo contabilizar-se os solicitados por outros titulares[59].

Caso o responsável decida não dar seguimento ao pedido, de acordo com o artigo 12.º, n.º 4, deverá informar o titular "sem demora", sendo que

[55] Bäcker, *Anotação ao artigo 13.º do RGPD* em *Kühling/Buchner*, cit., Rn. 37.

[56] Franck, *Anotação ao artigo 13.º do RGPD* em *Gola*, cit., Rn. 21.

[57] Vítor Palmela Fidalgo, "O direito à portabilidade", cit., p. 116.

[58] Não é totalmente claro se estamos perante condições cumulativas ou alternativas. Da redação parece resultar que se trata de condições cumulativas. Expressando dúvidas sobre esta questão, v. Bäcker, *Anotação ao artigo 12.º do RGPD* em *Kühling/Buchner*, cit., Rn. 34. Defendendo uma aplicação alternativa destas duas condições: Spittka, *Anotação ao artigo 12.º do RGPD* em *Taeger/Gabel*, cit., Rn. 25.

[59] Heckmann/Paschke, *Anotação ao artigo 12.º do RGPD* em *Ehmann/Selmayr*, Rn. 33; Paal/Hennemann, *Anotação ao artigo 12.º do RGPD* em *Paal/Pauly*, cit., Rn. 54.

esse prazo não poderá ultrapassar um mês a contar da data de receção do pedido. A norma menciona ainda o conteúdo que deve constar da informação transmitida pelo responsável, nomeadamente (i) as razões que impossibilitaram o não prosseguimento do pedido; e (ii) a menção à possibilidade de o titular apresentar reclamação administrativa ou ação judicial. Ao contrário do que sucede no número anterior, na presente situação não existe possibilidade de prorrogar o prazo.

§ 7. A conjugação do direito de portabilidade com o direito ao apagamento dos dados

Uma das questões que se coloca em matéria de direito de portabilidade é a sua conjugação com o direito ao apagamento dos dados. O direito ao apagamento dos dados permite, mediante o preenchimento de determinados requisitos, o apagamento dos dados pessoais. Já tendo sido previsto na Diretiva 95/46[60], este surge atualmente elencado no artigo 17.º. O direito ao apagamento dos dados (em sentido lato) pode ser subdividido em dois direitos[61]: (i) o direito ao apagamento *strito sensu*, presente no n.º 1 do artigo referido, e (ii) o direito ao esquecimento, previsto no n.º 2 da norma. Considerando que o direito ao esquecimento constitui, primordialmente, uma *obrigação de informação*[62] que onera o responsável pelo tratamento, as dúvidas sobre a conjugação para com o direito de portabilidade colocam-se, primordialmente, no que diz respeito ao direito ao apagamento *strito sensu*.

A *primeira parte* do n.º 3 do artigo 20.º vem tomar posição sobre esta questão. Nos termos do disposto neste artigo, o direito de portabilidade "aplica-se *sem prejuízo* do artigo 17.º" (itálico nosso). Da mesma forma, o Considerando 68, p. 9 estabelece que o direito de portabilidade não prejudica o direito ao apagamento dos dados, nem as restrições previstas a este direito, chamando ainda a atenção para a circunstância de os dados poderem continuar a ser necessários, p.e., para a execução de um determinado contrato, o que poderia impossibilitar o seu apagamento nos termos do artigo 17.º[63].

Evitam-se, assim, equívocos interpretativos. Por um lado, do exercício do direito de portabilidade não resulta que os dados devam ser apagados

[60] Cf. artigo 12.º, *b)* da Diretiva 95/46.

[61] Vítor Palmela Fidalgo, *Anotação ao artigo 17.º do RGPD*, cit., p. 189.

[62] *Idem*, p. 193.

[63] Reforçando este ponto, v. Piltz, *Anotação ao artigo 20.º do RGPD* em *Gola*, Rn. 33; Paal, *Anotação ao artigo 20.º do RGPD* em *Paal/Pauly*, cit., Rn. 23.

pelo responsável pelo tratamento[64]; aliás, conforme refere o Considerando 68, p. 9, os dados até poderão continuar a ser legalmente necessários (p.e. para a execução de um contrato). Por outro, o responsável não poderá manter ou adiar o apagamento dos dados apenas para satisfazer um eventual pedido de portabilidade[65], não existindo, com efeito, obrigações adicionais quanto ao armazenamento dos dados[66].

§ 8. O direito de portabilidade de dados e os direitos e liberdades de terceiros

À semelhança do que é previsto no âmbito do direito de acesso aos dados pessoais[67], o n.º 4, do artigo 20.º estatui que o direito de portabilidade "não prejudica os direitos e liberdades de terceiros". Esta disposição surgiu como resposta às várias críticas que eram dirigidas a este novo direito, nomeadamente o seu potencial cariz anticoncorrencial ou a suscetibilidade de colocar seriamente em causa direitos e interesses de terceiros. Esta circunstância levou a que no projeto do Conselho fosse incluído um novo n.º 4, com conteúdo idêntico à atual disposição.

Devemos ressaltar duas notas prévias sobre esta disposição. Desde logo, embora a norma remeta apenas para o seu n.º 1, esta deverá ser aplicada também ao n.º 2. Adicionalmente, apesar de a versão portuguesa do RGPD adotar nomenclatura idêntica, a referência ao "terceiro" não coincide com a definição apresentada no artigo 4.º(10) do mesmo diploma. Nesta última situação estão em causa todos os sujeitos que são alheios ao tratamento dos dados pessoais. Isto é, a menção a "terceiros" no n.º 4, do artigo 20.º remete-nos para uma realidade mais ampla em termos subjetivos: inclui-se qualquer "terceiro" cujos direitos ou interesses possam ser colocados em causa pelo exercício do direito de portabilidade. Neste âmbito, assume especial relevância a posição do responsável pelo tratamento.

Um dos problemas que se pode suscitar com o exercício do direito de portabilidade diz respeito aos *dados de terceiros*. O Considerando 68, p. 8 chama a atenção para esta problemática. Nos termos deste considerando,

[64] Moritz Hennemann, *Datenportabilität*, PinG, 1, (2017), 5-8, 6; Herbst, *Anotação ao artigo 20.º do RGPD* em *Kühling/Buchner*, Rn. 31; Piltz, *Anotação ao artigo 20.º do RGPD* em *Gola*, cit., Rn. 32.

[65] GT 29, *Orientações sobre o direito à portabilidade* cit., 7.

[66] Kai von Lewinski, *Anotação ao artigo 20.º do RGPD* em Wolff/Brink, cit., Rn. 52.

[67] Cf artigo 15.º, n.º 4.

quando os dados pessoais alvo de portabilidade contiverem dados de terceiros, o direito de receber os dados pessoais não deverá prejudicar os direitos e as liberdades destes. Embora o Considerando se refira ao direito de acesso aos dados pessoais, o problema poderá também ser transposto para o âmbito do direito de portabilidade. Um simples exemplo indica a potencial querela: caso o titular pretenda transmitir os seus dados de uma rede social para um concorrente desta, é altamente provável que essa transmissão envolva *dados de terceiros*. Uma vez que o direito à portabilidade é desencadeado a pedido do próprio titular e no seu interesse, tal exercício, ainda que legítimo, não pode redundar numa violação da proteção de dados de outrem.

O GT29 dá algumas pistas para uma solução de compromisso nesta problemática. Referindo que o fundamento jurídico para a licitude do tratamento pelo novo responsável poderá ser encontrado no art. 6.º, n.º 1, *f)* – prossecução de um *interesse legítimo*, que será a prestação de um serviço ao titular dos dados –, defende que a transmissão dos dados do terceiro não será prejudicial aos seus interesses, se o novo responsável tratar os dados para os mesmos fins[68]. Ao invés, o tratamento dos dados para outra finalidade (p.e., para *marketing* direto) já violará os direitos do terceiro[69].

Na ponderação dos direitos e das liberdades de terceiros também deverão ser tidos em conta os interesses do responsável pelo tratamento originário[70], podendo este invocar, p.e., que o exercício do direito à portabilidade prejudica os seus direitos de propriedade intelectual ou que constitui uma forma de divulgação ou transmissão, sem consentimento, de informação protegida por segredo comercial. Conforme já defendemos anteriormente[71], salvo melhor opinião, uma vez que estes direitos não recaem sobre os dados *per se*, a possibilidade de o responsável de o tratamento descontextualizá-los, enviando, unicamente, os *raw data*, sem qualquer labor analítico, evitará uma grande parte dos conflitos, o que estará, aliás, em consonância com a visão restritiva dos dados que podem ser alvo de portabilidade.

Surge, porém, como de difícil resolução, a conjugação entre o direito de portabilidade e a tutela *sui generis* do fabricante de base de dados[72]. Conforme

[68] GT 29, *Orientações sobre o direito à portabilidade* cit., 14.

[69] GT 29, *Orientações sobre o direito à portabilidade* cit., 14.

[70] Kamann/Braun, *Anotação ao artigo 20.º do RGPD em Ehmann/Selmayr*, Rn. 35.

[71] Com especial desenvolvimento, v. Vítor Palmela Fidalgo, "O direito à portabilidade" cit., pp. 123 ss.

[72] Em especial, sobre este direito *sui generis*: Dário Moura Vicente, *A Tutela Internacional da Propriedade Intelectual*, 2.º ed., Almedina, Coimbra, 2019, pp. 193 e ss..

é sabido, a base de dados goza de uma tutela particular a dois níveis[73]: por direito de autor, caso constitua uma criação intelectual[74]; e por meio de um direito *sui generis* atribuído ao fabricante da base de dados, desde que a *obtenção*, a *verificação* ou a *apresentação* "represente um *investimento substancial* do ponto de vista qualitativo ou quantitativo"[75]. É relativamente a este último direito que a conjugação para com o direito de portabilidade se torna mais complexa. Este direito é independente da tutela *jus autoral*, não se destinando a proteger uma criação intelectual, mas sim o investimento[76] que é realizado pelo fabricante da base de dados. O relatório da Comissão de 2005 identificou como um dos problemas deste regime, o facto de, na prática, constituir uma forma de "proprietização" dos dados[77], pois o titular do direito tem a faculdade de autorizar ou proibir a extração ou reutilização da totalidade ou *parte substancial* do seu conteúdo. De acordo com a lei, a extração tem lugar quando se dá "a transferência, permanente ou temporária, da totalidade ou de uma parte substancial do conteúdo de uma base de dados para outro suporte, seja por que meio ou sob que forma for"[78], constituindo a *reutilização* "qualquer forma de distribuição ao público da totalidade ou de uma parte substancial do conteúdo da base de dados, nomeadamente através da distribuição de cópias, aluguer, transmissão em linha ou outra modalidade"[79-80].

[73] Bently/Sherman/Gangjee/Johnson, *Intellectual Property Law*, 5.º ed., Oxford University Press, Oxford, 2018, p. 365.

[74] Cf artigo 12.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 122/2000, de 4 de julho (Proteção Jurídica das Bases de Dados). Este diploma transpôs para a ordem jurídica interna a Diretiva n.º 96/9/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de março, relativa à proteção jurídica das bases de dados. Nos termos do artigo 1.º, n.º 2, entende-se por base de dados "a colectânea de obras, dados ou outros elementos independentes, dispostos de modo sistemático ou metódico e susceptíveis de acesso individual por meios electrónicos ou outros".

[75] Cf artigo 12.º, n.º 1, da Proteção Jurídica das Bases de Dados.

[76] Esta ideia é plenamente explicada por Lord Justice Lloyd no caso *Football Dataco* "the policy of the Directive is that databases which cost a lot of investment and can readily be copied should be protected. The right is created to protect the investment which goes into the creation of a database" (*Football Dataco v. Sportradar* [2013] *EWCA Civ* 27, § 44).

[77] Commission on the European Communities, *DG Internal Market and Services Working Paper. First evaluation of Directive 96/9/EC on the legal protection of databases*, 12.12.2005, p. 24.

[78] Cf artigo 12.º, n.º 2, a) da Proteção Jurídica das Bases de Dados.

[79] Cf artigo 12.º, n.º 2, b) da Proteção Jurídica das Bases de Dados.

[80] A duração da proteção é de 15 anos a contar de 1 de janeiro do ano seguinte a essa data (artigo 16.º, n.º 1 da Proteção Jurídica das Bases de Dados).

Neste contexto, poderá argumentar-se que a transmissão dos dados ao abrigo do direito de portabilidade representa a transferência de, pelo menos, uma *parte substancial* do conteúdo de uma base de dados. A Diretiva relativa à proteção jurídica das bases de dados não resolve esta questão, limitando-se a referir, de forma genérica, que as suas disposições "em nada prejudicam" a aplicação da legislação em matéria de proteção de dados[81]. Para alguns autores a solução deverá mesma passar por uma emenda à Diretiva, no sentido de se prever uma limitação ao direito do fabricante de base de dados, de natureza irrevogável, que permita que o direito de acesso aos pessoais (em sentido lato) prevaleça perante este direito *sui generis*[82].

Podemos apontar, porém, algumas circunstâncias que podem no caso concreto excluir o conflito. Desde logo, como é referido pela doutrina alemã, os dados referentes apenas a um sujeito dificilmente podem enquadrar-se como uma parte *substancial* da base de dados[83]. Apesar de válido em termos gerais, este argumento deve ser adotado *cum grano salis*, tendo em conta que a prática de alguma jurisprudência dos Estados-membros[84] não tem sido particularmente exigente no que diz respeito ao requisito do *investimento substancial*.

Mais decisivo será o argumento baseado nas proposições erigidas no Caso *Fixtures Marketing*. O TJUE veio esclarecer que o conceito de investimento na *obtenção* da base de dados não engloba a *criação* da base de dados, devendo "entender-se como designando *os meios dedicados à procura dos elementos existentes e à sua reunião* na referida base. [Não incluindo] os meios utilizados para a criação dos elementos constitutivos do conteúdo de uma base de dados" (itálico nosso)[85]. Neste contexto, mesmo que se tenha um entendimento mais amplo sobre o conceito de dados pessoais "fornecidos" para efeitos de portabilidade, aparentemente, o entendimento do TJUE exclui a proteção pelo direto *sui generis* dos dados geradas por *observação*, uma vez que estes não foram "obtidos", mas sim "criados".

[81] Considerando 48. *Vide*, ainda, artigo 13.º, da Diretiva n.º 96/9/CE.

[82] Stephanie Elfering, Unlocking the Right..., cit., p. 66.

[83] Especialmente considerando o tratamento massivo dos dados. V. Kai von Lewinski, *Anotação ao artigo 20.º do RGPD* em Wolff/Brink, cit., Rn. 108.

[84] Cf jurisprudência alemão, em especial: BGH 6-maio-1999 (*Tele-Info-CD*), GRUR 1999, 923; BGH 6-maio-1999 (*Internet-Bewertungsdatenbank – Zweite Zahnarztmeinung II*), MMR 2011, 676.

[85] Ac. TJ 9-nov.-2004, proc. C- 46/02 (*Fixtures Marketing*) ECLI:EU:C:2004:694, § 49.

Independentemente de qualquer solução que seja adotada de *jure condendo*, certo é que na ausência de qualquer alteração ao quadro legislativo atual, o TJUE deverá ser chamado a dirimir um potencial conflito entre estas duas prerrogativas. A solução a ser encontrada dependerá, desde logo, da dimensão *constitucional* que for assumida para estes dois direitos. Em ambos os casos não é claro se, por um lado, o direito de portabilidade pode ser enquadrado no artigo 8.º, da CDFUE e, por outro, se o direito *sui generis* do fabricante de base de dados pode considerar-se como fazendo parte da "propriedade intelectual", que é protegida nos termos do artigo 17.º, do mesmo diploma fundamental. A existência desta inconsistência inevitável do sistema jurídico, que se configura como uma sobreposição de ambas as previsões normativas (de tipo parcial), obrigará a uma solução que, embora não sendo inflexível e devendo ser ponderada, seja decidida, tendencialmente, em favor do direito de portabilidade dos dados. A livre circulação dos dados, a promoção do mercado digital comum e a proteção dos dados pessoais terão, aqui, um papel essencial, por comparação aos valores axiológicos que estão por detrás deste direito *sui generis* sobre as bases de dados, cuja benefício para a inovação continua a gerar bastantes dúvidas.

§ 9. Natureza jurídica

O direito de portabilidade de dados foi uma das matérias mais discutidas no processo legislativo europeu. Uma das questões debatidas foi a de saber se este novo direito deveria constar no RGPD. As dúvidas não resultavam da *dignidade* deste novo direito, cujo mérito era, *grosso modo*, reconhecido. Ao invés, diversas vozes sublinhavam que este direito seria estranho ao sistema de proteção de dados e ao direito à autodeterminação dos dados[86].

Alguma doutrina alemã sustenta que este direito tem como objetivo proteger também o consumidor[87]. Esta asserção não deixa de ser verdadeira. De facto, é inegável a relevância deste novo direito para os *consumidores* do

[86] Dehmel/Hullen, *Auf dem Weg zu einem zukunftsfähigen Datenschutz in Europa? Konkrete Auswirkungen der DS-GVO auf Wirtschaft, Unternehmen und Verbraucher*, 4 ZD (2013), 147-153, 153. V, ainda, Nebel/Richter, *Datenschutz bei Internetdiensten nach der DS-GVO Vergleich der deutschen Rechtslage mit dem Kommissionsentwurf*, 9 ZD (2012), 407-362, 413, que refere que o direito à portabilidade dos dados atua, primariamente, com um direito à mobilidade dos dados, resultando da proteção da livre circulação de dados pessoais estabelecida no Artigo 1.º, n.º 1, e não da tutela de pessoas físicas.

[87] Sydow/Wilhelm, *Anotação ao artigo 20.º do RGPD em Sydow,* Rn. 1, que refere que a norma procura também cumprir objetivos da concorrência.

mundo digital. Porém, não existe aqui nada de estranho. No âmbito do mercado de consumo baseado nos dados, muitos dos problemas de proteção dos dados são, igualmente, problemas de Direito do consumo. A sua influência é mútua e as divisões tornam-se menos claras[88]. Ainda que a sua integração mereça um aprofundamento dogmático, não podemos afirmar que esta interconexão contamine algum dos ramos, uma vez que a integração segue, em geral, um propósito: a proteção do *consumidor*, *titular dos dados pessoais*.

O direito de portabilidade não tem, porém, um propósito imediato na proteção do consumidor. A sua proteção é *reflexa*, como é, igualmente, para a tutela da concorrência[89]. Mas isto não lhe dá uma natureza híbrida. O seu ponto de referência continua a ser o *titular* e os *seus dados pessoais*, independentemente da relação estabelecida com o responsável – com o limite, naturalmente, relacionado com a base de licitude admissível.

Do mesmo modo, afasta-se igualmente a ideia de que estamos perante uma matéria de propriedade intelectual, no sentido de que o direito de portabilidade consagra um *quasi*-exclusivo sobre os dados pessoais. Esta ideia, amiúde veiculada, é totalmente errada e parte de uma *preconceção proprietária* (*Dateneigentum*)[90] dos dados que se acentuou especialmente após a entrada em vigor do RGPD. O objetivo da proteção dos dados pessoais não é dar exclusividade sobre o controlo dos dados ao seu titular. A ser assim, colocar-se-ia em causa o próprio mercado digital, baseado nos dados. A livre circulação dos dados pessoais (artigo 1.º, n.º 1), a par de outros, constitui um princípio estrutural do regime jurídico da proteção dos dados.

Com efeito, embora não menosprezando o seu papel na tutela de outros direitos ou interesses, como é o caso da proteção do consumidor e até pelo seu cariz *horizontal*[91], o direito de portabilidade dos dados enquadra-se,

[88] Natali Helberger/Frederik Zuiderveen Borgesius/Agustin Reyna, *The Perfect Match? A Closer Look at the Relationship Between EU Consumer Law and Data Protection Law*, 54 Common Market Law Review (2017), 1427-1465, 1428.

[89] Inge Graef/Martin Husovec/Nadezhda Purtova, *Data Portability and Data Control*, 16 German Law Journal (2018), 1359-1398, 1365.

[90] Sobre esta discussão v. Götting, *Persönlichkeitsrechte als Vermögensrecht*, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1995. Parecendo apoiar esta ideia *de lege ferenda*: Steinrötter, "The (Envisaged) Legal Framework for Commercialisation of Digital Data within the EU. Data Protection and Data Economic Law As a Conflicted Basis for Algorithm-Based Products and Services", in: *Algorithms and Law* (Martin Ebers, Susana Navas), Cambridge University Press, Cambridge, 2020, pp. 269 e ss., p. 293.

[91] É importante referir que o direito de portabilidade foi pensado, numa primeira fase, como um direito vertical, aplicável apenas às redes sociais e aos serviços na nuvem, tendo esta ideia sido posteriormente abandonada (Moritz Hennemann, *Datenportabilität* cit., 5).

perfeitamente, no âmbito do Direito de proteção dos dados pessoais. A forma como foi construído vai no sentido dos diversos objetivos inerentes ao RGPD: (i) permitir ao titular um maior controlo sobre os seus dados pessoais, tornando-o um sujeito ativo na economia dos dados; (ii) permitir a circulação de dados pessoais, não descurando, porém, direitos e liberdades de terceiros; (iii) reforçar a confiança no mercado digital e (iv) promover o mercado digital comum[92]. Esta ideia não afasta, no entanto, a possibilidade de este regime servir de modelo de regulação, sendo replicado ou estendido futuramente a outros domínios, *maxime* no que diz respeito a dados *não pessoais*.

[92] Já transmitindo a mesma ideia: Vítor Palmela Fidalgo, "O direito à portabilidade" cit., pp. 131 e 132.

Módulo VIII

Propriedade intelectual e sociedade da informação

PLATAFORMAS DIGITAIS E RESPONSABILIDADE CIVIL

João Fachana[1]

Sumário: *1. Introdução; 2. Definição de Plataformas Digitais; 3. O Princípio da Equiparação; 4. A ausência de um dever geral de vigilância; 5. A isenção de responsabilidade; 6. Enquadramento da responsabilidade por ação ou omissão 7. O desafio à neutralidade das Plataformas Digitais; 8. Conclusão: Ainda a isenção de responsabilidade das Plataformas Digitais.*

Palavras-Chave: *Plataformas Digitais; Diretiva do Comércio Eletrónico; Decreto-Lei n.º 7/2004; Regulamento de Serviços Digitais.*

Resumo: *O presente artigo visa abordar o enquadramento jurídico-dogmático da responsabilidade civil das Plataformas Digitais por factos de terceiro, à luz nacional e comunitária. Analisa-se o que são as Plataformas Digitais e o seu enquadramento enquanto prestadores de serviços intermediários na Internet, beneficiando das isenções de responsabilidade previstas na legislação vigente. Abordam-se os desafios que se colocam na qualificação da sua "neutralidade" na rede. Avalia-se, também, de que forma o nóvel Regulamento de Serviços Digitais suprime algumas das insuficiências do anterior regime em vigor.*

Abstract: *This paper aims to address the legal framework of the civil liability of Digital Platforms for actions of a third party, under a national and European perspective. It analyzes what are Digital Platforms and their inclusion as Internet intermediary service providers, benefiting from the liability exemptions prescribed under the legislation in force.*

[1] Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade do Porto. Advogado.

It addresses the challenges that exist in the qualification of their net "neutrality". It also assesses how the recent European Digital Services Act deals with some of the shortcomings of the prior law in effect.

1. Introdução

A 12 de Março de 2019, Sir Tim Berners-Lee, o "pai" da Internet, refletia sobre os 30 anos que passaram desde a sua criação e, em particular, sobre a evolução dos serviços (e perigos) a ela associados[2]. Na verdade, em trinta anos assistimos a uma mudança de paradigma na Internet, passando de um sistema fechado, virado exclusivamente para uma utilização passiva da rede – que vigorou sensivelmente até ao início do milénio –, para um sistema aberto, focado na utilização proativa da rede. A *web 1.0.* deu assim lugar à *web 2.0.*[3]

Uma característica essencial da *web 2.0.* é a difusão pela Internet de conteúdos ou informações geradas pelos próprios utilizadores, passando estes a serem autênticos intervenientes na economia digital. De não somenos importância são os intervenientes que, de forma eminentemente técnica, auxiliam na colocação, armazenamento e difusão desses conteúdos na Internet – estamos a falar dos designados por *Intermediary Service Providers* (ISP), na língua nacional chamados Prestadores de Serviços Intermediários[4].

A temática da responsabilidade civil na Internet desde cedo abordou o problema de imputação de danos aos intermediários, sendo este, talvez, um dos primeiros problemas jurídicos a surgir na rede[5]. A razão deste interesse na responsabilidade dos intermediários é explicada por duas ordens de razões: em primeiro lugar, a dificuldade de, no *online*, por vezes identificar o infrator, frequentemente protegido pelo anonimato permitido pelas

[2] Veja-se a sua alocução disponível em https://webfoundation.org/2019/03/web-birthday-30/ (acedido em 06.06.2022).

[3] Para maiores desenvolvimentos veja-se o nosso João Fachana, *A responsabilidade civil pelos conteúdos ilícitos colocados e difundidos na Internet: Em especial da responsabilidade pelos conteúdos gerados por utilizadores*, Almedina, 2012, pp. 22 e seguintes.

[4] Tipicamente divididos em três tipos de serviço-base: acesso dos utilizadores e transporte dos conteúdos na Internet (simples transporte); armazenamento temporário dos conteúdos na Internet com vista a tornar a sua transmissão mais eficaz (armazenagem intermediária ou *caching*); armazenamento definitivo dos conteúdos na Internet (armazenagem principal ou em servidor recentemente rebatizada de "alojamento virtual", como veremos *infra*).

[5] Lilian Edwards, "The Fall and Rise of Intermediary Liability Online" in *Law and the Internet* Hart Publishing, 2009, *p. 48.*

tecnologias de dissimulação da localização real, o que não sucede com os intermediários, em geral sociedades comerciais com sedes e sucursais facilmente localizáveis e identificáveis; em segundo lugar, a habitual solvabilidade dos intermediários ajuda, naturalmente, a uma maior garantia de ressarcibilidade dos danos causados.

A tendência europeia de responsabilização dos intermediários por atos ilícitos de terceiros que se verificou nos finais do século XX, levou a que a Comissão Europeia propusesse um regime que limita a responsabilidade dos intermediários, verificados que sejam determinados requisitos, o qual veio a ser aprovado pelo Parlamento e Conselho Europeus, com a publicação da Diretiva do Comércio Eletrónico[6]. Com efeito, as principais preocupações, a nível europeu, consistiam em assegurar uma harmonização da legislação em cada Estado-membro que servisse de incentivo à dinamização do mercado digital, bem como o desenvolvimento de serviços na Internet, algo que poderia ser prejudicado por uma imposição de um ónus demasiado pesado nos intermediários, agentes fundamentais para o desenvolvimento da Sociedade da Informação.

Em Portugal, atento à escassa (ou inexistente) jurisprudência sobre a questão, esta foi desenvolvida maioritariamente pela doutrina[7], que desde cedo se pronunciou de igual forma pela limitação da responsabilidade dos intermediários e pela não imposição de uma obrigação geral de vigilância pelos conteúdos transmitidos, contando que o façam de forma automática e sem conhecimento da sua ilicitude. Posição que foi, em traços gerais, a seguida pela Diretiva do Comércio Eletrónico, que foi transposta através do Decreto-Lei n.º 7/2004, de 7 de Janeiro.

No entanto, volvidos mais de vinte anos desde a entrada em vigor da Diretiva do Comércio Eletrónico, é caso para se dizer que a realidade digital mudou, e bastante. Hoje em dia, os *players* da Internet são outros. As Plataformas Digitais, sobre cuja definição nos iremos debruçar na secção seguinte, emergiram e tornaram-se nos intermediários-chave da economia digital. São elas as verdadeiras dinamizadoras do comércio eletrónico,

[6] Diretiva 2000/31/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 8 de Junho de 2000.

[7] Vejam-se os estudos pioneiros de Sofia de Vasconcelos Casimiro, *A responsabilidade civil pelo conteúdo da Informação transmitida pela Internet*, Almedina, 2000 e de Carneiro da Frada, "Vinho Novo em Odres Velhos? A responsabilidade civil das «operadoras de Internet» e a doutrina comum da imputação de danos", in *Direito da Sociedade da Informação*, Vol. II, Coimbra Editora. 2001.

sendo algumas delas peças essenciais do puzzle de ligações interconectadas entre os milhões de utilizadores da Internet. O papel das Plataformas Digitais, cada vez mais importante e ativo nas relações criadas no mundo digital, levou a Comissão Europeia à necessidade de modernização do regime da Diretiva do Comércio Eletrónico, tendo sido proposto, e recentemente aprovado, o Regulamento dos Serviços Digitais[8].

O presente artigo visa, assim, abordar o enquadramento jurídico-dogmático da responsabilidade civil das Plataformas Digitais por factos de terceiro. Analisaremos o que são as Plataformas Digitais e o seu enquadramento enquanto prestadores de serviços intermediários na Internet, assim como os desafios que se colocam na qualificação da sua "neutralidade" na rede. Avaliaremos, igualmente, de que forma o Regulamento de Serviços Digitais suprime algumas das insuficiências do anterior regime da Diretiva.

2. Definição de Plataformas Digitais

O que são, então, Plataformas Digitais? A definição não é unânime e há, de certo, definições várias que, atendendo ao contexto, se afiguram corretas. Para o propósito deste artigo, no entanto, entenderemos por Plataformas Digitais os ecossistemas que existem na Internet em que dois ou mais grupos de utilizadores (podendo estes ser pessoas singulares ou coletivas) são interligados pelo operador da plataforma, de maneira a facilitar uma interação entre esses mesmos utilizadores. Essa interação pode ser a troca de informações, publicação e acesso a conteúdos, compra e venda de produtos, arrendamentos ou alugueres, entre outras finalidades. O operador da plataforma assume um papel de mero intermediário entre os grupos de utilizadores, tendo como principal função procurar juntar interesses em comum. São exemplos de Plataformas Digitais as redes sociais, mercados em linha (conhecidos como *marketplaces*) e motores de busca.

É um erro clássico subsumir-se à figura das Plataformas Digitais os tradicionais *sites* de comércio eletrónico, associados a uma marca. Elemento fundamental das Plataformas Digitais é a existência de uma relação tripartida entre dois (ou mais) grupos de utilizadores e o operador da plataforma, ao

[8] Regulamento (UE) 2022/2065 do Parlamento Europeu e do Conselho de 19 de outubro de 2022 relativo a um mercado único para os serviços digitais e que altera a Diretiva 2000/31/CE. Para uma análise detalhada ao âmbito deste diploma, muito embora ainda na sua formulação enquanto proposta legislativa, veja-se Nuno Sousa e Silva, "Novas Regras para a Internet: Notas Breves sobre Iniciativas Europeias de Regulação de Plataformas Digitais", in *Revista de Direito Intelectual*, n.º 1/2021 pp. 75-97.

contrário dos *sites* de comércio eletrónico, que apenas determinam uma relação bilateral, entre o utilizador/comprador e o proprietário do *site*/vendedor.

Está, assim, subjacente à própria natureza das Plataformas Digitais uma ideia de intermediação. A atividade das Plataformas é independente da dos seus participantes, podendo enquadrar-se as mesmas como *prestadores intermediários de serviços em rede*[9].

Pode-se suscitar se as Plataformas Digitais prestam serviços eminentemente técnicos e neutrais face aos conteúdos que canalizam ou se a curadoria que fazem dos conteúdos que disponibilizam na sua infraestrutura os afastam deste papel eminentemente passivo. Falamos, por exemplo, do uso de algoritmos de recomendações que privilegiam o acesso a alguns conteúdos em detrimento de outros, ou de algum controlo preventivamente feito antes da sua disponibilização na plataforma. Nestas situações, pode questionar-se sobre se será ainda correto caracterizar tais Plataformas como intermediários. Falaremos com mais detalhe sobre esta temática abaixo.

Contudo, o legislador comunitário parece entender que, de forma genérica, as Plataformas Digitais se devem subsumir a um sub-tipo de prestadores de serviços intermediários, em particular os prestadores de serviços de alojamento virtual[10], pelo que, de uma forma geral, as Plataformas Digitais devem ser encaradas como intermediários e a sua responsabilidade civil, por facto de terceiro, aferida primeiramente à luz do regime do Regulamento dos Serviços Digitais.

3. O Princípio da Equiparação

A Diretiva do Comércio Eletrónico não visou criar um regime especial ou autónomo de responsabilidade civil dos intermediários face aos regimes

[9] Esta nomenclatura origina do n.º 5 do artigo 4.º do DL n.º 7/2004 como aqueles que "(...) prestam serviços técnicos para o acesso, disponibilização e utilização de informações ou serviços em linha independentes da geração da própria informação ou serviço."

[10] No Regulamento de Serviços Digitais optou-se por designar por "serviços de alojamento virtual" o que outrora se definia por "serviços de armazenagem em servidor" no âmbito da Diretiva do Comércio Eletrónico. E, a respeito da definição de "Plataformas em Linha" veja-se que o Regulamento, no seu artigo 3.º, alínea i), define as mesmas como: *«Plataforma em linha»: um serviço de alojamento virtual que, a pedido de um destinatário do serviço, armazene e divulgue informações ao público, a menos que essa atividade seja um elemento menor e meramente acessório de outro serviço e que, por razões objetivas e técnicas, não possa ser utilizado sem esse outro serviço, e que a integração desse elemento ou dessa funcionalidade no outro serviço não constitua uma forma de contornar a aplicabilidade do presente regulamento.*

gerais de responsabilidade em vigor em cada Estado-Membro. Ao invés, veio consagrar, para os prestadores de serviços intermediários na Internet, determinados "escudos" ou "filtros" à sua responsabilidade, consoante a atividade de intermediação em causa. Cumpridas que sejam determinadas condições, o prestador de serviços intermediários ficará isento de qualquer responsabilidade. Falhando a submissão a essas condições, então poderá existir responsabilidade (civil), aferido à luz das regras gerais.

Este é, no fundo, o princípio da equiparação, referido de forma expressa no artigo 11.º do Decreto-Lei n.º 7/2004: não se conseguindo subsumir a conduta do intermediário a qualquer uma das situações que o isentam de responsabilidade, então o enquadramento dogmático da responsabilidade civil das Plataformas Digitais será o mesmo estabelecido nas regras gerais civilísticas de imputação dos danos provocados numa determinada esfera jurídica a outra esfera jurídica distinta da primeira[11]. Isto também implica que não será pelo facto da atuação do intermediário não se subsumir a alguma das condições de isenção de responsabilidade que este será automaticamente responsabilizado. É necessário que se provem os requisitos gerais da responsabilidade civil. Assim, e no contexto nacional, para que se verifique responsabilidade civil das Plataformas Digitais, é necessário que exista um facto voluntário do agente, ilicitude, culpa, dano e, por fim, nexo de causalidade entre o facto e o dano. Só cumpridos que estejam estes cinco requisitos, existirá, assim, responsabilidade civil das Plataformas Digitais.

O Regulamento dos Serviços Digitais não altera esta regra geral. Apesar de não fazer referência expressa ao princípio da equiparação (como, aliás, a Diretiva também não o fazia), no seu considerando 17 alude-se que a determinação da responsabilidade decorre das regras aplicáveis comunitárias ou nacionais.

4. A ausência de um dever geral de vigilância

As Plataformas Digitais, enquanto intermediárias de serviços, não estão sujeitas a qualquer dever geral de vigilância sobre os conteúdos de terceiros que sejam transmitidos através da sua infraestrutura. Esta proibição, imposta aos Estados-Membros no âmbito da Diretiva do Comércio Eletrónico, mantém-se inalterada no Regulamento de Serviços Digitais[12]. Tal resulta da preocupação do legislador europeu, ainda atual, de dinamizar o mercado

[11] Para mais desenvolvimentos, *vide* João Fachana, *A responsabilidade civil..., cit.*, pg. 97 ss.
[12] Cfr. Artigo 8.º.

europeu de serviços digitais e dos efeitos nefastos que uma obrigação genérica de controlo prévio de conteúdos poderia ter nesse mesmo objetivo, colocando entraves à dinamização e acesso à informação.

A ausência de um dever geral de vigilância traduz-se, não só na ausência de obrigação de monitorização da informação que passa pelas suas infraestruturas, mas também na ausência de investigação proativa de eventuais ilícitos praticados nos seus sistemas[13]. As Plataformas Digitais não são, nem devem ser, polícias dos conteúdos que albergam sob pena de, com vista a mitigarem o seu risco, colocarem restrições desmesuradas na aprovação de conteúdos que passem na plataforma.

Contudo, desta proibição geral não significa a impossibilidade de impor obrigações específicas a intermediários. Como bem refere Cláudia Trabuco, "não obstante o estabelecimento deste princípio básico, prima facie contrário à responsabilização dos prestadores de serviços, não deve retirar-se desta regra uma total ausência de obrigações pendentes sobre estes nos casos de violações cometidas por terceiros com utilização dos seus serviços"[14]. Desde logo, o artigo 10.º do Regulamento de Serviços Digitais impõe aos intermediários a obrigação de prestar informações às autoridades competentes, sem demora injustificada, sobre um ou mais destinatários individuais do serviço contanto que a ordem cumpra com as condições referidas no n.º 2 do mesmo normativo.

Por outro lado, várias decisões judiciais têm vindo a impor a monitorização com vista a evitar o reaparecimento de conteúdos específicos, cuja ilicitude já tenha sido demonstrada, algo particularmente premente no âmbito de violações de direitos de propriedade intelectual. A este respeito, a jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia já teve oportunidade de se pronunciar, muito embora sem grande eficácia na distinção entre as obrigações gerais de vigilância – proibidas – e as obrigações específicas de vigilância – permitidas[15]. A pedra de toque para que a obrigação de vigilância seja admissível está em que esta tenha um âmbito limitado e determinável, balizado no tempo e que seja proporcional à finalidade desejada.

[13] Salvo se tomando conhecimento do ato ilícito, como veremos *infra*.

[14] "Conteúdos Ilícitos e Responsabilidade dos prestadores de serviços nas redes digitais", in *Direito da Sociedade da Informação,* Vol. VII, Coimbra Editora, 2008, p. 486.

[15] *Vide*, a este respeito, o acórdão C-360/10 *SABAM v. Netlog* EU:C:2012:85, a respeito da proibição geral de vigilância e o acórdão *C-314/12 UPC Telekabel Wien v Constantin Film Verleih e outros*, EU:C:2014:192, a respeito da imposição de deveres específicos de monitorização.

Nesse sentido, o Regulamento de Serviços Digitais vem também prever, no seu artigo 9.º, a obrigação dos intermediários cumprirem ordens de atuação contra elementos específicos de conteúdo ilegal, emanadas das autoridades judiciais e administrativas, clarificando assim que a proibição de uma obrigação geral de vigilância não impede a imposição de obrigações específicas de monitorização, nomeadamente quando baseadas em decisões judiciais ou administrativas, mas obriga a que estas sejam delimitadas, especialmente através da obrigação das decisões indicarem de forma clara as disposições do direito da União ou do direito interno que implicam a ilicitude do conteúdo em causa, assim como a determinação das localizações exatas em que o conteúdo se encontra e o envio das informações que possam ajudar à sua identificação na rede do intermediário.

5. A isenção de responsabilidade

Como vimos *supra*, as Plataformas Digitais enquadram-se nos prestadores de serviços intermediários de "alojamento virtual" (anteriormente designado por "armazenamento em servidor" ou "armazenagem principal"). Nestes casos, e ao contrário do que sucede com outro tipo de intermediários (como sejam os intermediários de simples transporte ou de armazenagem temporária – *caching*), para que se possa usufruir da isenção de responsabilidade exige-se já que o intermediário atue assim que tenha conhecimento da presença, na sua plataforma, de atividades ou conteúdos ilegais, removendo ou impossibilitando de forma diligente o acesso aos conteúdos ilegais, nos termos do artigo 6.º do Regulamento dos Serviços Digitais.

Decorre daqui que as Plataformas Digitais não serão responsáveis se: (i) não tiverem conhecimento da presença de atividades ou conteúdos ilegais na sua infraestrutura e (ii) tendo conhecimento, sejam diligentes na remoção ou desativação do acesso ao conteúdo ilícito. De relevar ainda que se o intermediário tiver conhecimento de factos ou de circunstâncias que evidenciem a ilegalidade da atividade ou do conteúdo, não poderá aproveitar-se da isenção.

Por fim, caso o destinatário do serviço atue subordinado ao intermediário ou é por este controlado, não existirá qualquer isenção de responsabilidade. O objetivo desta norma é excluir da isenção de responsabilidade factos de terceiros que tenham uma estreita conexão com o intermediário, como sejam trabalhadores do próprio intermediário ou prestadores de serviço, onde existe um grau de controlo factual do intermediário. É, no fundo, a alusão à responsabilidade do comitente por atos praticados pelo

comissário. Nestes casos, a isenção de responsabilidade não se justifica, pois não existe um distanciamento suficiente do intermediário face ao terceiro que permita alegar um desconhecimento da ilicitude e, por outro lado, existe uma possibilidade efetiva de atuar sobre o conteúdo ilícito[16].

O Regulamento dos Serviços Digitais mantém, assim, intacta a mesma solução dada pela Diretiva do Comércio Eletrónico para os intermediários de armazenamento em servidor/alojamento virtual (onde se incluem as Plataformas Digitais), produzindo, no entanto, duas particularidades que, a nosso ver, contribuem para maior segurança jurídica das circunstâncias em que estaremos, ou não, perante uma isenção de responsabilidade.

Por um lado, o Regulamento define o que são conteúdos ilegais, indicando como tal "(...) quaisquer informações que, por si só ou por referência a uma atividade, incluindo a venda de produtos ou a prestação de serviços, não estejam em conformidade com o direito da União ou com o direito de qualquer um dos Estados-Membros que seja conforme com o direito da União, independentemente do objeto ou da natureza precisa desse direito"[17]. Desta forma, pretende dar-se mais objetividade à determinação da ilicitude do conteúdo e do dever de agir do intermediário, se este se quiser valer da isenção de responsabilidade. Na verdade, no regime anterior do Decreto-Lei n.º 7/2004, apenas se exigia o dever de intervenção do intermediário quando se estivesse perante casos de ilicitude manifesta, ou seja, tudo aquilo que fosse claro, evidente ou notório, cuja existência ou natureza fosse incontestável[18]. Ou seja, em casos dúbios de ilicitude, o intermediário não se encontrava obrigado a atuar. Com a redação presente no Regulamento parece estar excluída, assim, qualquer valoração do *grau* de ilicitude do conteúdo, objetivando-se que o dever de intervenção do intermediário ocorre em qualquer caso de conteúdos que contrariem o direito da União ou de qualquer Estado-Membro.

Por outro lado, o Regulamento exceciona da isenção de responsabilidade, no âmbito do Direito do Consumo, os casos em que as Plataformas Digitais induzam um consumidor, médio e razoavelmente bem informado,

[16] Neste sentido, *vide* Oliveira Ascensão, "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*, Coimbra Editora, 2003, p. 230 e ainda Cláudia Trabuco, *op. cit.*, p. 490.

[17] Artigo 3.º, alínea h).

[18] João Fachana, *A responsabilidade civil...*, cit. p. 120. Cumpre clarificar que a referência a "ilicitude manifesta" foi uma inovação nacional do DL n.º 7/2004, não constando idêntica formulação na Diretiva do Comércio Eletrónico que aquele transpôs.

a acreditar que a informação, o produto ou o serviço objeto da transação é fornecido pela própria ou por um destinatário do serviço que atue sob a sua autoridade ou controlo[19]. Desta forma, pretende-se distinguir entre as Plataformas que desempenhem um papel mais discreto na intermediação das vendas, daquelas que sejam menos transparentes e apresentem os produtos como seus, ainda que legalmente continuem, e tão só, a serem intermediárias de serviços. No fundo, não bastará à Plataforma Digital *ser* um intermediário, é necessário *parecer* um intermediário. O foco, aqui, é a transparência na forma como a Plataforma Digital oferece os seus serviços aos respetivos destinatários.

Uma outra questão prende-se com saber a partir de que momento se deve considerar que o prestador intermediário tem conhecimento efetivo da atividade ou informação ilícita na sua rede. Não haverá dúvidas que, quando a plataforma tem conhecimento direto, ou através de um seu funcionário, existirá conhecimento efetivo. O busílis da questão levanta-se quando diz respeito ao conhecimento através de terceiros.

A este respeito, pode colocar-se a questão se uma qualquer reclamação de terceiros basta para colocar o intermediário com conhecimento efetivo do ilícito, ou se, ao invés, deverá ser exigido algum grau de pormenorização da reclamação para que esta produza conhecimento efetivo no intermediário[20]. Nem a Diretiva do Comércio Eletrónico, nem o Decreto-Lei n.º 7/2004 responderam a esta questão. O Regulamento dos Serviços Digitais, por sua vez, apresenta mais pistas sobre o que a notificação de terceiro deve conter para produzir o efeito de conhecimento efetivo no intermediário. Indica, assim, no seu artigo 16.º que os intermediários de alojamento virtual devem possibilitar a apresentação de notificações de terceiros que contenham os seguintes elementos: (i) uma explicação suficientemente fundamentada das razões pelas quais o cidadão ou a entidade considera que as informações em questão constituem conteúdos ilegais; (ii) uma indicação clara da localização eletrónica dessas informações, em particular o, ou os, endereços URL exatos e, se necessário, informações adicionais que permitam a identificação dos conteúdos ilegais; (iii) o nome e um endereço de correio eletrónico do cidadão ou entidade que apresenta a notificação;

[19] Artigo 6.º, n.º 3 do Regulamento.

[20] A respeito desta problematização *vide* Alexandre Cruquenaire, "Transposition of the e-commerce directive: some critical comments.", in *Direito da Sociedade da Informação*, Vol. V, p. 104.

(iv) uma declaração que confirme a boa-fé do cidadão ou da entidade que apresenta a notificação e que as informações e alegações nela contidas são exatas e completas. Esta listagem taxativa parece inspirada no sistema de *notice and take down* norte-americano, definido no *Digital Millenium Copyright Act*[21], que impõe uma série de elementos para que a notificação de terceiro consubstancie conhecimento efetivo, nos termos da alínea a), do n.º 3 da secção 512 C)[22].

No entanto, o Regulamento não é claro ao referir que apenas as notificações que contenham todos aqueles elementos dão lugar a um conhecimento efetivo, mas, ao invés, generaliza, aludindo no n.º 3 do referido artigo 16.º que estas notificações dão lugar a um conhecimento efetivo quando permitam a um prestador de alojamento virtual diligente a identificação da ilegalidade da atividade ou das informações em causa sem um exame jurídico pormenorizado. Sendo certo que a formulação adotada permite dizer com maior segurança que uma notificação de terceiro para conduzir a conhecimento efetivo terá de ter elementos suficientemente específicos e detalhados dessa mesma ilicitude, fica aquém do texto inicial da proposta de Regulamento, que era taxativa nos elementos que a notificação de terceiro teria de conter para criar conhecimento efetivo[23].

Como se viu, incumbe à Plataforma Digital criar as condições e facilidades para que o terceiro possa fazer uma notificação que cumpra os requisitos acima indicados, o que leva a colocar em questão até que ponto se poderá defender com o argumento de que a notificação não contém os elementos necessários para obter o conhecimento efetivo quando a própria plataforma não contribui, como deve, para criar as condições propícias para que essa notificação seja redigida de forma completa.

Por fim, deverá ser ressalvado que o Regulamento prevê expressamente a obrigação da Plataforma Digital de justificar, perante o destinatário do

[21] Aprovado pelo Senado norte-americano em 14 de maio de 1998, destinado a regulamentar a utilização de obras protegidas por direitos de autor (*copyright*) através de sistemas informáticos.

[22] A este respeito, *vide* o nosso João Fachana, *A responsabilidade civil...*, pp. 115 ss. De resto e já nessa altura defendíamos que o conhecimento efetivo apenas se poderia verificar mediante uma notificação de terceiro com elementos suficientes que pudessem incutir fundada certeza na ilicitude dos conteúdos, sendo um obvio caminho na segurança jurídica que o legislador comunitário pormenorizasse os requisitos a que tal notificação devesse respeitar.

[23] O texto da proposta de Regulamento indicava que apenas conduzia a conhecimento efetivo a notificação de terceiro que contivesse todos os elementos listados no referido normativo e que listámos *supra*.

serviço, os motivos que levaram à remoção de determinado conteúdo ou informação, e tal de forma suficientemente clara e compreensível para que o destinatário possa exercer o seu direito a recorrer da decisão[24]. Pretende-se, assim, assegurar que as decisões que as Plataformas Digitais tomem, assim como qualquer outro intermediário de alojamento virtual, são transparentes e suscetíveis de serem reavaliadas, impedindo que a remoção de conteúdos ilícitos se possa transformar numa censura à liberdade de informação e liberdade de expressão na Internet.

6. Enquadramento da responsabilidade por ação ou omissão

Como referimos anteriormente, não cumprindo os requisitos que permitem às Plataformas Digitais serem isentas da sua responsabilidade, poderão estas ser responsabilizadas nos termos gerais do direito civil. Será relativamente pacífico considerar que quando a Plataforma está, ela própria, na origem da difusão do conteúdo ilícito ou quando a ilicitude é praticada por alguém sobre o seu controlo, aqui não haverá grandes dúvidas em considerar-se a responsabilidade da Plataforma como responsabilidade por ação.

Questão mais discutível será saber se a responsabilidade das Plataformas Digitais por facto de terceiro – nomeadamente nos casos em que não existe controlo ou domínio sobre as ações do terceiro – pode ser enquadrada como responsabilidade por omissão. Na verdade, poder-se-ia argumentar que a responsabilidade nunca poderá ser por omissão, na medida em que a proibição de um dever geral de vigilância implicaria a ausência de deveres jurídicos de agir que, como sabemos, é um requisito fundamental para a aplicabilidade da responsabilidade por omissão, nos termos do artigo 486.º do Código Civil[25].

No entanto, no nosso entendimento, é possível – e até desejável – enquadrar a responsabilidade civil das Plataformas Digitais como responsabilidade por omissão. Decorre do referido artigo 486.º do Código Civil que o dever de agir pode resultar do negócio jurídico ou da lei. Naturalmente que haverá responsabilidade por omissão se os termos de serviço imporem algum dever jurídico de agir à Plataforma e esta não atue em conformidade[26].

[24] *Vide* artigo 17.º do Regulamento.

[25] Neste sentido, *vide* Pedro Romano Martinez, "Responsabilidade dos prestadores de serviços em rede", in *Lei do Comércio Electrónico Anotada*, Coimbra Editora, 2005, p. 271 ss.

[26] Imagine-se, por exemplo, o caso de um Plataforma garantir ao utilizador que manterá o seu serviço com as medidas de segurança adequadas e conformes ao estado da arte, verificando-se posteriormente uma falha de segurança em virtude da falta de atualização de um

A dúvida levanta-se, no entanto, quando questionando a possibilidade de a lei impor deveres de conduta, atendendo à proibição da obrigação geral de vigilância já falada *supra*. Em primeiro lugar, deve o conceito de lei a que alude o artigo 486.º ser lido em sentido amplo, como referente a toda a ordem jurídica e não apenas à lei civil[27]. Depois, as normas de isenção da responsabilidade civil dos intermediários não devem ser vistas como meros "filtros" à responsabilidade, mas sim verdadeiras normas que impõem deveres de conduta com relevância prática.

Assim, e analisando o artigo 6.º, n.º 1 do Regulamento dos Serviços Digitais, a falta de remoção de um conteúdo ilegal por parte do intermediário levará a responsabilidade civil por omissão, pela inobservância do dever de retirada diligente do conteúdo. E, nesse sentido, a prova da violação do referido dever de agir equivalerá à prova dos requisitos do facto, ilicitude e culpa na responsabilidade civil, bastando ao lesado demonstrar os danos e o nexo causal entre estes e a inobservância do dever jurídico de agir. Provados que estejam estes requisitos, haverá então responsabilidade civil por omissão.

O Regulamento mantém praticamente inalterados os requisitos de isenção da responsabilidade que já constavam do anterior regime da Diretiva do Comércio Eletrónico. Ressalve-se, contudo, que o Regulamento introduz ainda um conjunto de deveres adicionais aos intermediários de alojamento virtual e, em particular, às Plataformas Digitais, nunca previstos na Diretiva, como sejam a forma de tratamento de reclamações e resolução de conflitos, identificação dos comerciantes que usem a plataforma para prestar serviços ou vender produtos, transparência na publicidade, entre outros[28]. Será a inobservância destes deveres suscetível de originar responsabilidade civil (por ação ou omissão) das Plataformas? Como adianta Nuno Sousa E Silva, cuja posição subscrevemos, "a resposta será tendencialmente negativa visto que a maior parte destes deveres não se configurarão como normas de proteção dos eventuais lesados."[29]

software que é utilizado pela Plataforma para prestar o serviço. Aqui poderá haver responsabilidade por omissão derivada da falta de um dever de agir (manter a Plataforma segura) originada num negócio jurídico (os termos de serviço).

[27] Veja-se, neste sentido, Pedro Nunes de Carvalho, *Omissão e dever de agir em Direito Civil*, Almedina, 1999, p. 136.

[28] Vejam-se os artigos 11.º a 42.ª do Regulamento.

[29] *Op. cit.*, p. 97.

7. O desafio à neutralidade das Plataformas Digitais

Subjacente à definição de prestador de serviços intermediários, como vimos, é a posição tipicamente neutral do intermediário face aos conteúdos que transmite ou armazena nos seus sistemas, muito evidenciado pelo desempenho de funções eminentemente técnicas e automáticas na difusão desses mesmos conteúdos ou informações. Tipicamente, um prestador de serviços que não assuma este caráter neutral face aos conteúdos que passam nos seus sistemas será desconsiderado como intermediário e, assim, não poderá usufruir das isenções de responsabilidade.

A discussão sobre o que é uma atividade meramente técnica e automática no contexto dos serviços de intermediação, começou a ganhar expressão na transição da *web 1.0.* para a *web 2.0.*, onde os serviços dos intermediários começaram a ganhar contornos mais complexos – foi também o advento dos serviços tendencialmente "gratuitos" para os utilizadores, a troco de receitas publicitárias obtidas, não raras vezes, com a exploração dos seus dados pessoais. Mas também a criação dos primeiros algoritmos de recomendação de produtos e informações, que atualmente são peça-chave em qualquer Plataforma Digital, e do desenvolvimento da Inteligência Artificial que permite a aprendizagem contínua desses mesmos algoritmos, sem qualquer intervenção humana.

O Tribunal de Justiça da União Europeia por diversas vezes já se pronunciou sobre esta questão[30], tendo concluído que um papel ativo afasta o intermediário da possibilidade de ser isento de responsabilidade, na medida em que essa atuação implica que se conclua que tem conhecimento ou controlo sobre a informação que alberga.

A questão prende-se sobre saber que tipo de atividades desempenhadas pelas Plataformas Digitais as podem colocar com um papel ativo na difusão dos conteúdos. A verdade é que o negócio de muitas das Plataformas Digitais depende da publicidade *online*, sendo a receita maior consoante maior seja o número de anúncios divulgados aos utilizadores. E o mesmo se aplica ao caso de *marketplaces* uma vez que quanto mais vendas conseguirem fazer, mais comissões cobram aos respetivos parceiros. Assim, é no interesse das Plataformas Digitais manter os utilizadores dos serviços ligados à plataforma pelo maior tempo possível, onde a Inteligência Artificial e os algoritmos

[30] Veja-se, a título de exemplo os casos C-360/10 *SABAM v. Netlog* EU:C:2012:85, C-314/12 *UPC Telekabel Wien v. Constantin Film Verleih* e outros EU:C:2014:192 e C-324/09 *L'Oreal e outros v. Ebay* ECLI:EU:C:2011:474.

desempenham um papel primordial. Não obstante, entendemos que o uso de meios técnicos, como os acima indicados, com a finalidade de obter um benefício económico não é, só por si, suficiente para atribuir à Plataforma Digital um papel ativo. É necessário, a nosso ver, que exista uma correlação estreita entre o conteúdo ilícito e o benefício económico obtido[31]. Por outro lado, na realidade atual de proliferação de milhões de conteúdos online, o uso de ferramentas de indexação com vista a procurar dar ao utilizador aquilo que ele quer (as conhecidas *recomendações*) não deve ser visto como um indício de um papel ativo da Plataforma Digital, mas sim, ao invés, um exemplo da incrível inovação tecnológica que existe na Internet.

A distinção entre um papel passivo e ativo na rede mantém-se, assim, de difícil destrinça, dependendo sempre da análise do caso concreto. O Regulamento dos Serviços Digitais não dá uma solução definitiva para este problema, mas tenta clarificar alguns aspetos. Desde logo, a impossibilidade da Plataforma Digital se poder aproveitar da isenção de responsabilidade, no âmbito do Direito do Consumo, quando as ofertas de produtos de terceiros se confundem como sendo feitas pela própria Plataforma, como já vimos *supra*.

Por outro lado, o Regulamento inclui uma cláusula de "bom samaritano", clarificando que a realização de investigações voluntárias por sua própria iniciativa, ou outras atividades destinadas a detetar, identificar e remover ou bloquear o acesso a conteúdos ilegais, não é suficiente, só por si, para afastar a aplicabilidade do regime das isenções[32]. Com esta previsão, visa-se impedir que a promoção voluntária de medidas de controlo e verificação de conteúdos seja entendida como um papel ativo do intermediário no armazenamento de conteúdos e, dessa forma, obstar à oportunidade de se fazer valer da isenção de responsabilidade. Caso contrário, poderia-se inibir os intermediários de serem proativos na monitorização de conteúdos, uma vez que seria uma proatividade "bem-intencionada" que se poderia voltar contra o intermediário, o que o legislador comunitário pretendeu evitar, uma vez que qualquer monitorização de conteúdos proativa será sempre de maior benefício para o combate aos conteúdos ilícitos na rede.

Esta cláusula de "bom samaritano", proposta para incentivar os intermediários a, proactivamente, removerem conteúdo ilegal das suas plataformas, acaba por ser de alcance curto, na medida em que apenas prevê que

[31] Veja-se, com maior desenvolvimento, João Fachana, A responsabilidade civil... cit., pp. 141 e ss.

[32] *Vide* artigo 7.º do Regulamento.

não possa ser utilizado como única razão para excluir o intermediário da isenção de responsabilidade, mas não impede que estas medidas possam levar, por exemplo, a que o intermediário tenha conhecimento efetivo do conteúdo ilegal, acabando por ser responsável se, por alguma razão, não o remover ou impossibilitar o acesso de forma tempestiva[33].

8. Conclusão: Ainda a isenção de responsabilidade das Plataformas Digitais

Do que acabámos de expor pode concluir-se que, não obstante o desenvolvimento tecnológico a que se tem vindo a assistir desde a Diretiva do Comércio Eletrónico, a proliferação de novas formas de exploração de conteúdos e criação de novos modelos de negócio, no essencial o regime de responsabilidade civil dos intermediários e, em particular, das Plataformas Digitais, mantém-se o mesmo: o caminho seguido é o da sujeição às regras gerais de responsabilidade de cada Estado-Membro, com a possibilidade das Plataformas se poderem eximir à responsabilidade se atuarem com a devida diligência quando alertadas para a existência de um conteúdo ilícito e desde que assumam um papel neutral face aos conteúdos que armazenam.

O Regulamento de Serviços Digitais mantém o mesmo regime de responsabilidade que já vinha da Diretiva, aclarando alguns aspetos que, no anterior regime, permaneciam dúbios, como saber sobre que tipo de conteúdos ilícitos os intermediários têm o dever de agir ou com que tipo de notificação se considera que um intermediário passará a ter conhecimento da ilicitude do conteúdo. No entanto, as maiores novidades do Regulamento prendem-se, não no plano da responsabilidade civil, mas sim no plano regulatório, surgindo várias obrigações sobre os intermediários, em particular as Plataformas Digitais, de incentivo à transparência e gestão de riscos. Associados ao incumprimento destas obrigações não está a perda da isenção da responsabilidade civil, mas, ao invés, apenas a criação de responsabilidade contraordenacional, com coimas previstas associadas ao volume de negócios da Plataforma, em linha com os mais recentes Regulamentos Europeus, como é o caso do Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados.

No fundo, o legislador europeu adota uma via de compromisso: a tendencial isenção de responsabilidade civil dos intermediários, por facto de

[33] Assim, veja-se Miriam C. Buiten, *The Digital Services Act: From Intermediary Liability to Platform Regulation*, disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3876328 (acedido em 11.02.2023), p. 17 e, ainda, Nuno Sousa e Silva, *op. cit.*, p. 87.

terceiro, continua a ser crucial para a dinamização da economia digital europeia e, por isso, deve ser mantida; sem prejuízo, reconhece-se aos intermediários e, em particular, às Plataformas Digitais, um papel especial na prevenção e combate à proliferação de conteúdos ilícitos na rede e, nesse sentido, opta-se por regulamentar a atividade das Plataformas no Mercado Europeu, através de medidas que as incentivem a combater os atos ilícitos na rede, procurando balancear de igual forma a liberdade de expressão e de informação que a Internet tão bem potencia.

A TUTELA DO DIREITO DE AUTOR NA ERA DIGITAL: O NOVO DIREITO CONEXO DO EDITOR DE IMPRENSA

Vítor Palmela Fidalgo*

Abstract: *One of the major novelties of the Directive on Copyright and Related Rights in the Digital Single Market was the introduction of a new related right for press publishers. This contribution focuses on the analysis of this new related right.*

Keywords: *copyright; digital market; publisher's right.*

Resumo: *Uma das grandes novidades da Diretiva relativa aos direitos de autor e direitos conexos no mercado único digital foi a introdução de um novo direito conexo a favor dos editores de imprensa. O presente contributo centra-se na análise deste novo direito conexo.*

Palavras-chave: *Direito de autor e Direitos Conexos; mercado digital; direito do editor de imprensa.*

Sumário: § **1.** *Introdução* § **2.** *Génese da Diretiva* § **3.** *Objeto e âmbito de aplicação da diretiva* § **4.** *O novo direito conexo do editor de publicações de imprensa 4.1. Generalidades 4.2. Antecedentes históricos 4.3. Fundamentos e objetivos 4.4. Editores de imprensa 4.5. Publicações de imprensa 4.6. Escopo material do direito dos editores de imprensa 4.7. Partilha de receitas com os autores* § **5.** *Observações conclusivas*

* Assistente Convidado da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Membro do Centro de Investigação de Direito Privado (CIDP) e do Instituto do Direito do Consumo (IDC). Diretor Jurídico na consultora Inventa International. Advogado. Poderá ser contactado através do seguinte correio eletrónico: «vitorpalmela@fd.ulisboa.pt».

§ 1. Introdução

No âmbito do presente contributo, vamos ocupar-nos duma das recentes novidades em matéria de Direito de autor. Trata-se do novo direito conexo dos editores de imprensa criado por parte da Diretiva (UE) n.º 2019/790, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de abril de 2019, relativa aos direitos de autor e direitos conexos no mercado único digital (doravante DMUD).

A introdução deste direito surge como uma resposta ao aparecimento de novos modelos de negócio no âmbito da sociedade da informação, que se aproveitam de publicações de imprensa não remunerando, devidamente, o setor da indústria em causa. Esta circunstância contribuirá, de forma significativa, para a grave crise que o setor atravessa, pelo que a criação deste novo direito é apontada como uma das formas de garantir uma maior sustentabilidade aos editores de imprensa, pois permitirá recuperar investimentos.

Este novo direito conexo encontra-se no artigo 15.º, da DMUD. Após uma breve análise sobre a génese e o objeto e âmbito da diretiva em causa (§§ 2 e 3), analisaremos, em detalhe, o regime jurídico subjacente a este novo direito (§ 4). Para tal, interessa-nos iniciar o nosso excurso sobre os seus antecedentes históricos e objetivos, para depois entrarmos na definição sobre o conceito de «editores» e «publicações de imprensa», bem como no escopo material de proteção e na matéria sobre a partilha de receitas com os autores. Finalizaremos com uma breve conclusão (§ 5).

§ 2. Génese da Diretiva

O Direito de autor tem sido objeto de um vasto processo de harmonização. No que diz respeito ao regime substantivo dos direitos de autor e conexos, a DMUD constitui a décima primeira diretiva europeia nesta matéria[1].

A proposta DMUD foi apresentada a 14 de setembro de 2016 pela Comissão, sendo acompanhada por um *Memorandum Explicativo* e um *Estudo de Impacto*[2]. A mesma enquadra-se no âmbito da *Estratégia da Comissão Europeia para o mercado Único Digital na Europa*, apresentada pela Comunicação

[1] Para uma visão geral sobre a harmonização europeia em matéria de Direito de autor: Dário Moura Vicente, *A Tutela Internacional da Propriedade Intelectual*, Almedina, Coimbra, 2019, pp. 129 e ss.

[2] European Commission, *Commission Staff Working Impact Assessment on the modernisation of EU copyright rules*, WD(2016) 301 final, 14.09.2016.

da Comissão de 6 de maio de 2015[3], que tinha dois objetivos bem definidos: por um lado, (i) adequar o enquadramento legislativo aos intermediários e plataformas de internet; e, por outro, (ii) combater os conteúdos ilegais na internet.

As negociações relativas ao texto da Proposta foram acompanhadas por um intenso debate. No centro da discussão esteve o afamado artigo 13.º da proposta (artigo 17.º da versão que entrou em vigor), relativo aos deveres de plataformas de partilha de conteúdo na internet. Mas não só: igualmente polémica foi a matéria agora em análise: o artigo 11.º da proposta (atual artigo 15.º), relativo ao novo direito conexo do editor de publicações de imprensa. No ponto § 4 daremos conta das razões para tal discussão.

O texto legislativo acabou por ser aprovado no Parlamento Europeu em 26 de março de 2019 e, posteriormente, no Conselho a 17 de abril. Decorrida a publicação do texto legislativo no Jornal Oficial da União Europeia, a DMUD entrou em vigor a 7 de junho de 2019. A diretiva é significativamente mais complexa e detalhada do que a proposta apresentada. Ao invés dos 47 Considerandos da proposta, é composta por 86; ao contrário 24 artigos, é constituída por 32.

Para alguns, a DMUD foi um passo essencial para adaptar o Direito de autor à era digital, reforçando por essa via o mercado comum europeu[4]. Esta não deixou, contudo, de ser alvo de muitas críticas. Em particular, foram dirigidas duras considerações aos artigos 15.º e 17.º. Alguns autores chegam mesmo a referir que a sua implementação não concretiza nem justifica, satisfatoriamente, os objetivos que pretende atingir, acrescentando que poderá levar a resultados contraproducentes, nomeadamente, à diminuição de receitas para os titulares de direitos de autor e direitos conexos[5].

[3] Comissão Europeia, *Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das regiões. Estratégia para o mercado Único Digital na Europa*, COM (2015) 192, final, pp. 12, ss.

[4] A nível político ressoaram com especial acuidade as palavras de Jean-Claude Juncker, à época o Presidente da Comissão, que, após a aprovação da DMUD, referiu o seguinte: "With today's agreement, we are making copyright rules fit for the digital age. Europe will now have clear rules that guarantee fair remuneration for creators, strong rights for users and responsibility for platforms. When it comes to completing Europe's digital single market, the copyright reform is the missing piece of the puzzle" (*vide*: «https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_19_2151» (visitado em janeiro de 2022)).

[5] Passinke, *An Analysis of Articles 15 and 17 of the EU Directive on Copyright in the Digital Single Market: a boost for the creative industries or the death of the internet?*, n.º 49, European Union Law Working Papers, Stanford – Vienna, 2020, p. 15.

No momento em que se escreve o presente estudo, o Governo português ainda não procedeu à transposição desta diretiva. O prazo terminou no dia 7 de junho. Foi, entretanto, apresentada nova proposta de transposição, a Proposta de Lei n.º 52/XV.

§ 3. Objeto e âmbito de aplicação da diretiva

Nos termos do artigo 1.º, a diretiva estatui normas que visam uma maior harmonização dos direitos de autor e direitos conexos no mercado interno. A base legal para iniciativas nesta área do Direito é encontrada nos artigos 26.º e 114.º, do Tratado de Funcionamento da União Europeia (TFUE). A ação da União é baseada nos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade[6].

Em termos de conteúdo substantivo, os 32 artigos da diretiva, que são agrupados em cinco títulos, estatuem medidas com os seguintes fins[7]:

(i) Adaptar as exceções e as limitações aos direitos de autor e direitos conexos no ambiente digital e transfronteiriço (*cf* artigos 3.º a 4.º, onde se estatuem exceções e limites ao direitos de autor de cariz imperativo; artigo 5.º, que regula o uso de obras e outro material protegido em atividades pedagógicas digitais e transfronteiriças; e artigo 6.º, que institui uma exceção que se destina a promover a preservação do património cultural);

(ii) Promover o reforço das práticas de licenciamento, bem como o acesso mais amplo a determinados conteúdos protegidos por direitos de autor (*cf* artigos 8.º a 11.º, onde a diretiva institui uma enquadramento normativo para permitir às instituições culturais o uso de obras fora do comércio; artigo 12.º, que estatui medidas para facilitar a concessão de licenças coletivas; artigo 13.º, que regula o acesso e a disponibilidade de obras audiovisuais através de plataformas de vídeo; e artigo 14.º, relativo às obras de arte visual no domínio público);

(iii) Construir um mercado comum digital mais equilibrado e que beneficie todos os interessados (*cf* artigo 15.º, que institui um direito conexo a favor do editor de imprensa; artigo 17.º, que regula a *uti-*

[6] *Cf* Considerando 83.

[7] Seguimos de perto: Eleonora Rosati, *Copyright in the Digital Market. Article-by-Article Commentary to the Provisions of Directive 2019/790*, Oxford University Press, Oxford, 2021, pp. 13 e 14.

lização de conteúdos protegidos por prestadores de serviços de partilha online[8]; e artigos 18.º a 22.º, que estatuem regras para uma remuneração justa de autores e artistas intérpretes ou executantes nos contratos de exploração).

À exceção das alterações efetuadas à Diretiva 96/9/CE, respeitantes à proteção jurídica das bases de dados e à Diretiva 2001/29/CE, concernente ao Direito de autor na sociedade da informação[9], a DMUD não procede nem revoga as anteriores diretivas europeias relativas a esta disciplina.

A redação do artigo 1.º coincide, quase na totalidade, com a versão presente na Proposta da Comissão. A exceção encontra-se no n.º 2, do presente artigo. Ao contrário do texto da Proposta, a redação atual contempla, expressamente, a Diretiva 2000/31 (denominada Diretiva sobre o comércio eletrónico ou DCE) como outro dos diplomas que não é afetado pela DMUD. A razão de ser para esta inclusão é bastante clara: visa evitar equívocos quanto à manutenção da vigência deste ato legislativo derivado. De facto, apesar de o artigo 17.º, n.º 3 da DMUD excecionar a aplicação do artigo 14.º, n.º 1, da DCE, o restante diploma não é afetado. Tal exclusão deriva da circunstância de o artigo 17.º estatuir um regime de responsabilidade dos prestadores de serviços de conteúdos digitais que torna inaplicáveis as regras relativas à isenção de responsabilidade do artigo 14.º, da DCE. Deste modo, o conteúdo do artigo 17.º constitui – maioritariamente – *lex specialis* no que concerne ao regime regime de isenção de responsabilidade aplicável aos intermediários na sociedade da informação.

A DMUD tem por base e complementa as regras estabelecidas nas diretivas anteriores sobre direitos de autor e direitos conexos. Este princípio, que pode ser retirado do seu n.º 2, do artigo 1.º, é também enunciado no Considerando 4. O seu significado não é negligenciável sobre vários pon-

[8] Porém, já após a sua aprovação, a República da Polónia apresentou no Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), um recurso de anulação da diretiva contra o Parlamento Europeu e o Conselho da União Europeia, peticionando-se pela anulação do artigo 17.º, n.º 4, *b)* e *c)*, *in fine* e, a título subsidiário, a anulação, num todo, da disposição em causa. Em termos gerais, as razões aduzidas pelo recurso de anulação assentaram no facto de os novos deveres sobre as plataformas de partilha de conteúdos da internet violarem a liberdade de expressão e de informação dos utilizadores dos serviços de partilha, garantidas pelo artigo 11.º, da Carta dos Direitos Fundamentais da União (doravante CDFUE). Foi, no entanto, negado provimento ao recurso (cf Ac. TJ 26-abr.-2022, proc. C-401/19 (Polónia/Parlamento e Conselho) ECLI:EU:C:2022:297).

[9] *Cf* artigo 24.º.

tos de vista. Desde logo, nos objetivos materiais que são prosseguidos. Em paralelo com as anteriores diretivas, a DMUD tem como desiderato alcançar um elevado nível de proteção dos direitos de autor e direitos conexos. Afirma-o em diversos momentos[10], tal como o fazia, p.e., a Diretiva da sociedade da informação[11] e como foi reforçado pela TJUE em múltiplas ocasiões[12]. Adicionalmente, a DMUD indica como objetivo – tal como sucede em anteriores instrumentos legislativos – a preservação e difusão do património cultural europeu. Enunciado em várias diretivas, este objetivo foi especialmente visado na Diretiva relativa a determinadas utilizações permitidas de obras órfãs[13] (Diretiva 2012/28/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de outubro de 2012).

A complementaridade é ainda visível a um nível mais próximo, nomeadamente como forma de clarificar o sentido de algumas normas presentes em anterior legislação. Um exemplo paradigmático é o caso do direito de comunicação ao público, já presente na Diretiva sobre a sociedade da informação (*cf* artigo 3.º). O artigo 17.º, da DMUD acaba com – parte – das dúvidas quanto à qualificação da atividade dos prestadores de serviços de partilha de conteúdos online (PSPC). O Considerando 64 confirma este mesmo entendimento, referindo que a DMUD clarifica "que os prestadores de serviços de partilha de conteúdos em linha realizam um ato de comunicação ao público ou de disponibilização ao público quando oferecem ao público o acesso a obras ou outro material protegido por direitos de autor carregados pelos seus utilizadores".

[10] *Cf* Considerandos 2, 3 e 62, *parágrafo 2*.

[11] *Cf* Considerando 4 e 9, da Diretiva da sociedade da informação.

[12] Este propósito tem sido enunciado pelo TJUE desde o início do presente século. *Cf*, v.g., Ac. TJ 12-set.-2006, proc. C-479/04 (*Laserdisken*) ECLI:EU:C:2006:549, § 75; Ac. TJ 7-dez.-2006, proc. C-306/05 (*SGAE*) ECLI:EU:C:2006:764, § 36; Ac. TJ 17-abr.-2008, proc. C-456/06 (*Peek & Cloppenburg*) ECLI:EU:C:2008:232, § 37; Ac. TJ 16-jul.-2009, proc. C-5/08 (*Infopaq International*) ECLI:EU:C:2009:465, § 40; Ac. TJ 4-out.-2011, proc. C-406/08 (*Football Association Premier League e o.*) ECLI:EU:C:2011:631, § 186; Ac. TJ 1-dez.-2011, proc. C-145/10 (*Painer*) ECLI:EU:C:2011:798, § 107; TJ 13-fev.-2014, proc. C-466/12 (*Svensson e o.)* ECLI:EU:C:2014:76, § 17; Ac. TJ 27-mar.-2014, proc. C-314/12 (*UPC Telekabel Wien)* ECLI:EU:C:2014:192, § 31; Ac. TJ 8-set.-2016, proc. C-160/15 (*GS Media)* ECLI:EU:C:2016:644, § 30; Ac. TJ 29-jul.-2019, proc. C-516/17 (*Spiegel Online)* ECLI:EU:C:2019:625, § 35; Ac. TJ 14-nov.-2019, proc. C-484/18 (*Spedidam e o.)* ECLI:EU:C:2019:970, § 39.

[13] *Cf* Considerandos 1, 5, 18, 20, 22 e 23, da Diretiva relativa a determinadas utilizações permitidas de obras órfãs.

Outro exemplo diz respeito à exceção concernente à utilização de obras e outro material protegido em atividades pedagógicas digitais e transfronteiriças. Conforme dá conta o Considerando 19, o artigo 5.º da DMUD vem clarificar as exceções já previstas no artigo 5.º, n.º 3, *a)*, da Diretiva da sociedade da informação, bem com as presentes nos artigos 6.º, n.º 2, *b)* e 9.º, *b)*, da Diretiva sobre base de dados.

Em suma, a DMUD tem sobretudo como fim clarificar e complementar a legislação europeia existente sobre Direito de autor e Direitos conexos, ao mesmo tempo que reforça e adapta as suas regras ao mundo digital.

§ 4. O novo direito conexo do editor de publicações de imprensa

4.1. Generalidades

O novo direito do editor de publicações de imprensa é uma das grandes novidades da DMUD, surgindo no artigo 15.º deste diploma. A norma em questão não confere aos Estados-membros qualquer direito de opção, sendo a sua transposição obrigatória.

Nos termos do primeiro parágrafo do n.º 1, "os Estados-Membros devem conferir aos editores de publicações de imprensa estabelecidos num Estado-Membro os direitos previstos no artigo 2.º e no artigo 3.º, n.º 2, da Diretiva 2001/29/CE relativos à utilização em linha das suas publicações de imprensa por prestadores de serviços da sociedade da informação". Trata-se de dois poderes específicos que integram o conteúdo do direito patrimonial de autor e que surgem de forma independente: os direitos exclusivos de autorização ou proibição de reprodução e de comunicação ao público, incluindo a colocação à disposição do público.

Estamos perante um *direito conexo* ao direito de autor. A natureza deste novo direito é denunciada tanto pelos objetivos inerentes à sua introdução[14] – *maxime* a recuperação de investimento realizados[15] (*cf* Considerando 54) –, como pela sua estrutura, pois o *jus prohibendi* é apenas relativo a algumas modalidades típicas de exploração e a duração é definida tendo em conta os objetivos – *in casu*, de *apenas* dois anos (*cf* artigo 15.º, n.º 4). Com efeito, espera-se que a transposição para o ordenamento

[14] V. *infra* 4.3.

[15] Referindo-se, igualmente, a esta circunstância, em particular à recuperação do investimento empresarial (financeiro, humano, organizacional), v. Sá e Mello, "Direitos Conexos do Editor. Desenvolvimentos recentes", *RDI*, n.º 1, 2018, pp. 29 e ss., p. 36.

jurídico português siga a coerência sistemática do CDADC, enquadrando a prerrogativa no Título III relativo aos direitos conexos, que, de resto, foi o caminho adotado por outros ordenamentos jurídicos, tal como a ordem jurídica alemã, que introduziu o direito do editor de imprensa (*Schutz des Presseverlegers*) na Parte II da *Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte* (UrhG), dedicada aos *Verwandte Schutzrechte* (§§87f-87k *UrhG*).

Este novo direito não pretende afetar os direitos sobre bens intelectuais em vigor; o direito do editor de imprensa *acresce* aos direitos existentes com relação às publicações de imprensa. Esta circunstância é particularmente interessante no caso português, uma vez que a proteção dos editores já parece resultar do seu ordenamento jurídico. Nos termos do artigo 19.º, n.º 3, do CDADC, os jornais e outras publicações periódicas presumem-se obras coletivas, pertencendo a titularidade do direito à empresa jornalística. Adicionalmente, por força do artigo 174.º, n.º 4, do CDADC os trabalhos jornalísticos produzidos sem que estejam assinados pertencem, da mesma forma, à empresa jornalística.

Embora possamos admitir que, funcionalmente, no ordenamento jurídico português, o direito do editor de imprensa possa não ser tão relevante como em outras ordens jurídicas, discordamos quando se afirma que a DMUD "apenas especifica o que lei portuguesa já consagra"[16]. A estrutura e os objetivos inerentes a este novo direito são distintivos daqueles que estão subjacentes à proteção a favor da empresa jornalística nos termos dos CDADC. Nestes últimos casos protege-se a *criação intelectual* e daí advém a tutela por direito de autor. No âmbito do artigo 15.º da DMUD não está em causa qualquer criação intelectual: a consagração deste direito tem objetivos específicos, estando relacionado com *prestações empresariais*. Daí advém a sua particular estrutura legal: conforme afirmámos, além da específica duração, este novo direito conexo goza apenas de determinadas faculdades patrimoniais. É esta a estrutura típica de um direito conexo[17], ainda que estes sejam caraterizados pela sua acentuada heterogeneidade.

Com efeito, em termos de política legislativa decidiu-se avançar para uma solução *ad hoc*, não tocando nas regras já existentes. Segundo a DMUD, o objetivo passou por introduzir uma proteção jurídica harmonizada para

[16] Sá e Mello, "A transposição em Portugal da Directiva 2019/790 (UE) relativa aos Direitos de Autor e Direitos Conexos no Mercado Único Digital – Subsídios em nova reflexão sobre o tema", *RDI*, n.º 2, 2021, pp. 7 e ss., p. 21.

[17] Nuno Sousa e Silva, "Algumas questões (controversas) e outras tantas sugestões a propósito do regime nacional de direitos conexos", *RDI*, n.º 1, 2017, pp. 103 e ss., p. 108.

publicações de imprensa, beneficiando os editores estabelecidos num Estado-membro com sede, administração central ou estabelecimento principal na União Europeia[18].

4.2. Antecedentes históricos

A fundamentação para este novo direito assenta, em primeiro lugar, num denominador comum a todo o diploma: a revolução digital. A evolução dos meios tecnológicos, em especial no âmbito da sociedade da informação e a mudança na forma de acesso à informação, tem tido um impacto significativo na cultura e, consequentemente, na indústria em que assentam os direitos de autor. No caso das obras que recaem sobre publicações de imprensa, estas passaram a ser disponibilizadas, de forma massiva, por via dos canais da sociedade de informação. Neste contexto, surgiram novos modelos de negócios baseados na reutilização destas obras, como os agregadores de notícias ou serviços de monitorização dos meios de comunicação social (*clipping*)[19]. Os agregadores de notícias coletam informações de vários sítios eletrónicos de notícias, ajustando-as e tendo como objetivo a sua apresentação num único sítio eletrónico. O líder global de mercado é a *Google News*, que utiliza um algoritmo para fornecer uma visão geral de títulos e trechos, juntamente com os *hiperlinks* para o conteúdo original. Já no caso da atividade de *clipping*, esta consiste, *grosso modo*, na monitorização da imprensa, selecionando artigos publicados de acordo com critérios e temas predefinidos consoante os interesses dos seus clientes, reproduzindo-os a estes, com recursos a meios tecnológicos[20].

Embora não possam ser menosprezados os benefícios inerentes aos novos serviços, estes parecem promover um *efeito de substituição*[21]; isto é, uma

[18] *Cf* Considerando 55.

[19] Para mais desenvolvimentos, *vide*: Lee/Chyi, "The Rise of Online News Aggregators: Consumption and Competition", *The International Journal on Media Management*, 17, 2015, pp. 3 e ss.

[20] O Tribunal de Propriedade Intelectual já teve oportunidade de se pronunciar sobre a atividade de *clipping*, referindo que a mesma vai além do que a exceção de "revista de imprensa" permite, uma vez que "inclui a monitorização/leitura da imprensa, a selecção dos artigos de acordo com critérios pré-definidos de acordo com os interesses dos seus clientes, o recorte ou digitalização desses artigos e a sua disponibilização aos clientes mediante um determinado preço" (Sent. TPI, proc. 74/13.4YHLSB (2.º Juízo), de 03.09.2019).

[21] Na doutrina, v. Eleonora Rosati, "The German 'Google Tax' law: groovy or greedy?", *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, vol. 8, n.º 7, 2013, p. 497.

vez que a informação providenciada por estes serviços é suficientemente detalhada, os utilizadores deixarão, amiúde, de ler o artigo completo, diminuindo o número de pessoas que visitam os sites dos editores de imprensa ou assinam digitalmente estes jornais ou revistas[22]. Não chegando a publicidade aos leitores, não há razão para que os interessados paguem por ela[23].

O declínio das receitas dos editores de imprensa tornou-se particularmente problemático a partir da viragem para o presente século, com a *massificação* da internet e desenvolvimento da sociedade da informação. Para fazer face a este problema, na Europa adotaram-se dois tipos de mecanismos: (i) celebração de acordos entre os editores de imprensa e as plataformas agregadoras de notícias (p.e., Bélgica, França e Itália); e (ii) introdução de legislação específica, de forma a minorar este problema (Alemanha e Espanha).

Interessa-nos sobretudo este último caso. O primeiro ordenamento europeu a introduzir legislação específica sobre esta matéria foi a Alemanha. Em 2013, por via da 8.ª alteração ao *Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte* (*UrhG*), o legislador alemão introduziu um direito conexo a favor dos editores de imprensa (denominado "Schutz des Presseverlegers"). Tal como sucedeu posteriormente durante o processo de aprovação da DMUD, a introdução deste direito gerou um grande debate na opinião pública e na doutrina alemã[24].

Nos termos dos §§ 87f, 87g e 87h do *UrhG* foi concedido aos editores de imprensa um direito exclusivo para explorar comercialmente o conteúdo das suas obras jornalísticas por um prazo de um ano, tendo carácter *disponível*. Por essa via era possível restringir a possibilidade de os terceiros reproduzirem excertos de artigos de imprensa sem a devida autorização. Curiosamente, o TJ no caso *VG Media* veio posteriormente declarar estas regras

[22] Não se olvidando, igualmente, o impacto que tem na rentabilidade da imprensa escrita.

[23] Destacando esta problemática no que diz respeito ao *clipping* v. Menezes Cordeiro, "O clipping e o direito de autor", *O Direito*, ano 144.º, n.º 4, 2012, pp. 739 e ss., p. 756.

[24] *Cf*, p.e., Ensthaler/Blanz, "Leistungsschutzrecht für Presseverleger. Notwendiger Schutz von Presseverlagen im Internet oder systemwidriger Eingriff in die Informationsfreiheit?", *GRUR*, 2012, pp. 1104 e ss.; Rehbinder/Peukert, *Urheberrecht*, 18.ª ed., C.H.Beck, Munique, 2018, pp. 241 e 242; Graef, *Urheberrecht*, 33.ª ed., coord. Ahlberg/Götting/Lauber-Rönsberg, 2022, Rn. 1-8; Jani, *Anotação ao § 87f(2) da Urheberrecht*, in: *Praxiskommentar Urheberrecht*, coords. Wandtke/Bullinger, 6.º ed., Beck, Munique, Rn 2. Em especial, veja-se ainda a análise crítica: Max-Planck-Institut für Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, *Stellungnahme zum Gesetzesentwurf für eine Ergänzung des Urheberrechtsgesetzes durch ein Leistungsschutzrecht für Verleger*, 27.11.2012.

como incompatíveis com a Diretiva 98/34/CE, uma vez que a introdução deste direito não havia sido notificada previamente à Comissão[25].

Com semelhante propósito, embora por uma via distinta, a Espanha avançou para uma reforma da sua *Ley de Propiedad Intelectual*. A *Ley* 21/2014, de 4 de novembro introduziu uma nova redação ao artigo 32.º, n.º 2, dividido em dois parágrafos, nos quais se regularam novas exceções ou limites ao direitos de autor em relação à atividade dos prestadores de serviços da sociedade da informação no que concerne à agregação e pesquisa de publicações de imprensa online. No que diz respeito ao primeiro parágrafo, a agregação de conteúdos foi complementada com o pagamento de uma "remuneração equitativa" a favor dos editores ou demais titulares de direitos de autor sobre os conteúdos. Ao contrário da solução alemã, este novo direito seria irrenunciável e estava sujeito a gestão coletiva obrigatória[26]. Uma vez mais, a solução não foi de todo unânime. Para alguns autores

[25] Ac. TJ 12-set.-2019, proc. C-299/17 (*VG Media*) ECLI:EU:C:2019:716, § 40: "(...) importa responder às questões submetidas que o artigo 1.º, n.º 11, da Diretiva 98/34 deve ser interpretado no sentido de que uma disposição nacional, como a que está em causa no processo principal, que contém uma proibição de colocar total ou parcialmente à disposição do público produtos de imprensa (com exceção de palavras isoladas ou de excertos de texto muito curtos), proibição essa que visa unicamente operadores profissionais de motores de busca e prestadores de serviços profissionais que editem conteúdos de forma análoga, constitui uma «regra técnica», na aceção desta disposição, cujo projeto deve ser objeto de uma comunicação prévia à Comissão nos termos do artigo 8.º, n.º 1, primeiro parágrafo, desta diretiva". Sobre esta decisão *vide* Stieper, "Der Leistungsschutz für Presseverleger zwischen Anwendungsverbot und Richtlinienumsetzung Zugleich Anmerkung zu EuGH "VG Media/ Google", *GRUR*, 2019, pp. 1264 e ss., pp. 1264 a 1267.

[26] A redação do artigo 32.º, n.º 2, é a seguinte:

"La puesta a disposición del público por parte de prestadores de servicios electrónicos de agregación de contenidos de fragmentos no significativos de contenidos, divulgados en publicaciones periódicas o en sitios Web de actualización periódica y que tengan una finalidad informativa, de creación de opinión pública o de entretenimiento, no requerirá autorización, sin perjuicio del derecho del editor o, en su caso, de otros titulares de derechos a percibir una compensación equitativa. Este derecho será irrenunciable y se hará efectivo a través de las entidades de gestión de los derechos de propiedad intelectual. En cualquier caso, la puesta a disposición del público por terceros de cualquier imagen, obra fotográfica o mera fotografía divulgada en publicaciones periódicas o en sitios Web de actualización periódica estará sujeta a autorización.

Sin perjuicio de lo establecido en el párrafo anterior, la puesta a disposición del público por parte de prestadores de servicios que faciliten instrumentos de búsqueda de palabras aisladas incluidas en los contenidos referidos en el párrafo anterior no estará sujeta a autorización ni compensación equitativa siempre que tal puesta a disposición del público

tratar-se-ia de uma intervenção injustificada do legislador no setor de mercado em causa, que redundaria num prejuízo para o serviço de agregação de conteúdos e, consequentemente, para os editores de imprensa, a quem se pretendia favorecer[27].

No âmbito das medidas de cariz político, temos o exemplo da França, que estabeleceu um fundo financiado pela *Google*, para auxiliar os editores de imprensa. Em muitos casos, a plataforma *Google* reagiu a estas medidas deixando de fazer referência a publicações de imprensa específicas. Esta retaliação resultou no desaparecimento das publicações de imprensa no serviço do *Google News* e, paradoxalmente, no número de leitores dos sítios eletrónicos dos editores de imprensa, colocando os editores de imprensa num dilema: escolher entre ser invisível ou conceder uma licença gratuita à plataforma *Google*. Confrontados com esta circunstância, os editores de imprensa exerceram pressão junto das entidades europeias para que esta problemática fosse resolvida por via legislativa[28].

Embora a referência a este direito a favor dos editores de imprensa estivesse ausente em documentos anteriores emitidos pela Comissão Europeia, a Proposta de DMUD incluiu uma disposição com tal conteúdo. Esta prerrogativa constava do artigo 11.º da Proposta e a sua redação original foi, em termos substanciais, mantida no texto atual.

A introdução deste novo direito foi, porém, alvo de um intenso debate no Parlamento Europeu. Alguns relatórios propuseram caminhos distintivos. Por exemplo, a Comissão do Mercado Interno e da Proteção dos Consumidores referiu que a introdução de um direito a favor dos editores de imprensa careceria de justificação suficiente. Na opinião desta comissão, as dificuldades dos editores de imprensa encontravam-se, sobretudo, no âmbito da aplicação de uma licença de direitos de autor, pelo que esta questão deveria ser tratada no âmbito da tutela efetiva e não por via da criação de um novo direito conexo. A solução passaria, então, pela alteração ao

se produzca sin finalidad comercial propia y se realice estrictamente circunscrita a lo imprescindible para ofrecer resultados de búsqueda en respuesta a consultas previamente formuladas por un usuario al buscador y siempre que la puesta a disposición del público incluya un enlace a la página de origen de los contenidos".

[27] Bercovitz Rodríguez-Cano, "Tasa Google o Canon AEDE: una reforma desacertada", *Propriedades Intelectuais*, n.º 3, 2015, pp. 5 e ss., p. 5.

[28] *Cf* Dusollier, "The 2019 Directive on Copyright in the Digital Single Market: Some progress, a few bad choices, and an overall failed ambition", *CMLR*, vol. 57, n.º 4, 2020, pp. 979 e ss., p. 1005.

artigo 5.º da Diretiva n.º 2004/48/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 29 de abril (denominada Diretiva *Enforcement*), tornando-o aplicável aos editores de imprensa[29]. A relatora Catherine Stihler demonstrou, ainda, preocupação com os eventuais efeitos deste novo direito, na medida em que poderia tornar ainda mais complexo os acordos de licenciamento, ao mesmo tempo que não garantia que o aumento da receita dos editores revertesse para os autores. Nos termos do relatório, a solução para os problemas financeiros da imprensa deveria passar por outras áreas do Direito, nomeadamente pela introdução de incentivos fiscais[30].

Outros relatórios, aceitando a introdução deste novo direito conexo, focaram-se em delimitá-lo legalmente. O Parecer da Comissão da Cultura e da Educação pronunciou-se no sentido de garantir que este novo direito conexo não impedisse a utilização legítima, privada e não comercial, por parte de utilizadores individuais, nem que o escopo material se aplicasse a hiperligações. Por outro lado, propôs, ainda, a redução do prazo de proteção de 20 para 8 anos[31].

Ao longo do processo legislativo, diversos académicos demonstraram o seu desagrado relativamente a esta proposta. Ainda antes da Proposta da Comissão ser publicada, um grupo de 20 académicos da *European Copyright Society* assinou um manifesto onde recomendavam precaução na adoção de uma solução deste tipo, argumentando que os direitos de propriedade intelectual, por gerarem custos para a sociedade, deveriam ser atribuídos apenas em casos devidamente fundamentados[32]. Após a proposta ser publi-

[29] Parlamento Europeu, *Parecer da Comissão do Mercado Interno e da Proteção dos Consumidores*, COM(2016)0593 – C8-0383/2016 – 2016/0280(COD), 14.06.2017, p. 80.

[30] *Idem*.

[31] Parlamento Europeu, *Parecer da Comissão da Cultura e da Educação*, COM(2016)0593 – C8-0383/2016 – 2016/0280(COD), 14.07.2017, p. 215.

[32] Particularmente importante é o último parágrafo do manifesto, que resume as preocupações demonstradas pelos proponentes: "IP rights, once created, have proved almost impossible to abolish. In a period of rapid technological and industrial change, the standards of evidence required must be particularly high. A fundamental point relates to the onus of proof. Any new intellectual property right is likely to bring costs. That is the point of rights, otherwise they could not perform an economic function. Someone needs to pay. It is therefore for the proponents of new rights to show what these costs are, who will carry them, that the costs are necessary and proportionate, and provide verifiable evidence" (v. European Copyright Society, *Answer to the EC Consultation on the role of publishers in the copyright value chain*, 15 de junho de 2016, p. 7, disponível em «https://europeancopyrightsociety dotorg.files.wordpress.com/2016/06/ecs-answer-to-ec-consultation-publishers-role-june16.pdf» (visitado em dezembro de 2021).

cada, outro grupo de académicos baseados no Reino Unido foi ainda mais longe, referindo que a criação deste novo direito conexo, além de desnecessário e indesejado, provavelmente não alcançaria os seus objetivos, tendo como resultado a introdução de um maior nível de complexidade jurídica e custos para a indústria que utiliza conteúdos protegidos por direitos de autor[33]. Outros autores referiram que esta medida seria desproporcional[34] ou se limitaria a instituir uma "link tax" a favor dos editores[35].

Finalmente, argumentou-se ainda pela desnecessidade da introdução deste novo direito, uma vez que a *praxis* em muitos Estados-membros demonstrava que os editores de imprensa já beneficiavam de direitos de autor sobre as obras que publicam, por via da cessão de direito, presunção da cessão por contrato de trabalho ou por aplicação das regras respeitantes às obras coletivas[36].

4.3. Fundamentos e objetivos

No ponto anterior já referimos parte das razões que animam a introdução deste novo direito. Em grande medida, a sua implementação está relacionada com o impacto que a revolução digital tem tido na imprensa, com o significativo decréscimo de receitas, prejudicando, em consequência, a sustentabilidade de um setor de atividade que se quer livre e pluralista.

[33] v. CIPIL, *Call For Views: Modernising the European Copyright Framework*, 5 de dezembro de 2016, p. 1, disponível em «https://www.cipil.law.cam.ac.uk/sites/www.law.cam.ac.uk/files/images/www.cipil.law.cam.ac.uk/documents/ipomodernisingipproresponsepresspublishers.pdf»: "we believe the proposed right is unnecessary, undesirable, would introduce an unacceptable level of uncertainty and be unlikely to achieve anything apart from adding to the complexity and cost of operating in the copyright environment".

[34] M. van Eechoud, *A publisher's intelectual property right. Implications for freedom of expression, authors and open content policies*, IVR, 2017, p. 48, disponível em «https://www.openforumeurope.org/wp-content/uploads/2017/01/OFE-Academic-Paper-Implications-of-publishers-right_FINAL.pdf».

[35] Vide: Julia Reda, "Extra copyright for news sites ("Link tax")", 2017, disponível em «https://felixreda.eu/eu-copyright-reform/extra-copyright-for-news-sites/» (visitado em janeiro de 2022).

[36] Xalabarder, "Why the proposed related right for press publishers is not a good idea", in: "CREATe Public Lectures on the Proposed EU Right for Press Publishers" (coords. Höppner, Kretschmer e Xalabarder), *EIPR*, vol. 39(10), 2017, pp. 607 e ss., p. 615; Clemente Meoro, "El Derecho Conexo de los Editores de Prensa", in: *Propiedad Intelectual y Mercado Único Digital Europeo* (coords. Concepción Saiz García e Raquel Evangelio Llorca), Tirant lo blanch, 2019, pp. 289 e ss., pp. 297 e ss.

Esta decréscimo de receitas não é, no entanto, acompanhado de uma diminuição do uso das obras *jornalísticas*; muito pelo contrário, a utilização deste tipo de obras tem aumentado exponencialmente, permitindo a criação de novos modelos de negócios, que parecem não retribuir, adequadamente, os titulares dessas obras.

Fala-se, assim, de um "value gap" entre os titulares de direitos e as plataformas da sociedade da informação. Esta retórica não está apenas subjacente ao artigo 15.º, mas também ao artigo 17.º, cujo arquétipo, neste último caso, é a plataforma "YouTube". No caso do artigo 15.º, existirá um aproveitamento não remunerado de publicações de imprensa por parte de plataformas que agregam notícias, bem como empresas de *clipping*. O conceito de "value gap" refere-se, assim, à discrepância entre as (parcas) receitas atribuídas aos titulares de direitos de autor e direitos conexos e os (substanciais) valores obtidos pelas plataformas online, com a utilização de obras jornalísticas[37].

O novo direito conexo do editor visa contrariar esta realidade. Os fins subjacentes constam dos Considerandos 54 e 55 da DMUD. O Considerando 54 relaciona a introdução deste direito com a necessidade de facilitar a concessão de licenças no que concerne à utilização de obras que protegem publicações de imprensa a favor de prestadores de serviço online, cujo modelo de negócio assenta na reutilização deste tipo de obras. Com esta medida os editores de imprensa poderão recuperar investimentos, contribuindo-se para um fim de interesse público: uma imprensa livre e pluralista, assegurando "um jornalismo de qualidade e o acesso dos cidadãos à informação, proporcionando igualmente uma contribuição fundamental para o debate público e o correto funcionamento de uma sociedade democrática"[38].

O Considerando 55 faz referência a outros objetivos. A introdução deste novo direito, além de poder promover a sustentabilidade dos editores de imprensa, contribuirá igualmente para a disponibilização de "informação fidedigna". Este último aspeto está relacionado com a difusão de notícias falsas ou enganosas – denominadas, habitualmente, pela expressão inglesa

[37] Passinke, *An Analysis of Articles 15 and 17 of the EU Directive on Copyright in the Digital Single Market: a boost for the creative industries or the death of the internet?*, n.º 49, European Union Law Working Papers, Stanford – Vienna, 2020, p. 12.

[38] Considerando 54, p. 1.

"fake news". Curiosamente, este fundamento foi introduzido no debate já depois da proposta apresentada pela Comissão. Nos termos do Considerando, o cumprimento destes objetivos torna, assim, necessário "estabelecer à escala da União uma proteção jurídica harmonizada para publicações de imprensa no que diz respeito às utilizações em linha pelos prestadores de serviços da sociedade da informação"[39].

Em suma, este novo direito conexo assenta numa heterogeneidade de fundamentos. Apesar da sua preponderância, o *telos* que está por detrás da sua introdução não se atém, unicamente, à proteção do *investimento* económico e financeiro do editor[40]. Revelam-se outros objetivos, de natureza extra-económica, como a sustentabilidade e pluralismo da imprensa, essencial para uma sociedade democrática, tornando a imprensa igualmente apta para combater um dos males desta nova sociedade da informação, as "fake news".

É importante referir que a solução por uma harmonização europeia nesta matéria antecedeu um sopesar, por parte do legislador europeu, sobre as várias alternativas existentes. O Estudo de Impacto que acompanhou a Proposta da Comissão relembrou as várias medidas que já haviam sido tomadas por parte dos Estados-membros. Focando-se, de forma particular, nas experiências alemã e espanhola, o Estudo de Impacto refere que estas demonstraram ser ineficientes, relacionando este malogro com o facto de inexistir uma solução à escala europeia. Esta circunstância, além de fragmentar o mercado comum europeu, não permitiria que o setor da imprensa beneficiasse de um amplo poder de negociação perante as grandes plataformas da sociedade da informação[41].

4.4. Editores de imprensa

O titular do direito conexo recém-criado é o *editor de imprensa*. A DMUD não contém uma definição de «editores de imprensa», mas apenas de «publicações de imprensa». A densificação dada a este último conceito, bem como os considerandos permitem, no entanto, encontrar o escopo *subjetivo* da norma.

[39] Considerando 55, p. 2.

[40] Graef, *Urheberrecht*, ob. cit., Rn. 14 refere que existe no escopo deste direito uma mescla de proteção do investimento, proteção de serviços organizacionais (p.e., vendas, impressão) e proteção de serviços específicos dos editores (p.e., desenvolvimento, reputação ou gestão da marca).

[41] European Commission, *Commission Staff Working Impact Assessment*..., cit., p. 160.

Nos termos do Considerando 55, o conceito de editor de imprensa deverá ser entendido como abrangendo prestadores de serviços, onde se incluem, p.e., *editores de notícias* ou *agências noticiosas*, na medida em que publicam publicações de imprensa. A leitura deste considerando sugere, deste modo, que qualquer editor de publicações de imprensa poderá ser considerado, à primeira vista, como um «editor de imprensa» nos termos do artigo 15.º[42]. Foi, de resto, este o entendimento adotado pelo legislador alemão, que na transposição veio definir como editor de imprensa qualquer pessoa, singular ou coletiva, que produz uma publicação de imprensa[43]. De acordo com os antecedentes presentes na *Gesetzentwurf*, produzir significará, neste âmbito, providenciar o serviço económico, organizacional e técnico necessário para a publicação de uma publicação de imprensa[44].

Adicionalmente, o Considerando 56 refere que o conceito de «publicação de imprensa» deve abranger apenas publicações no contexto de uma atividade económica que constitui uma prestação de serviços ao abrigo do direito da União. Esta circunstância remete-nos para o conceito de «serviços» presente no artigo 57.º, do TFUE, que, como traço principal, estatui que «serviços» são prestações realizadas, normalmente, "mediante remuneração", ainda que esta seja obtida de forma indireta (p.e., por meio de publicidade).

O Considerando 56 fornece igualmente uma pista para determinar o conceito de «editora de imprensa». O considerando exclui a aplicação do artigo 15.º a publicações em sítios de internet, como *blogues*, uma vez que esta atividade "não é desenvolvida no âmbito da iniciativa, da responsabilidade editorial ou sob o controlo de um prestador de serviços, como um editor de notícias". Esta exclusão é bastante relevante, uma vez que impõe a necessidade da presença de um *elemento organizacional* mínimo para que se possa beneficiar deste direito.

Dito isto, é possível identificar os três elementos subjacentes ao conceito de «editor de imprensa», nomeadamente, (i) a difusão de publicações de imprensa; (ii) a circunstância de a publicação ocorrer no âmbito de uma atividade remunerada – ou seja, deverá ser considerada um «serviço»; e

[42] Eleonora Rosati, *Copyright in the Digital Market...*, ob. cit., p. 258.

[43] *Cf* § 87f(2), primeiro parágrafo, da *UrhG*.

[44] Deutscher Bundestag, *Gesetzentwurf der Bundesregierung*. Entwurf eines Gesetzes zur Anpassung des Urheberrechts an die Erfordernisse des digitalen Binnenmarktes e 19/27426, 9.03.2021, p. 111.

(iii) o serviço ser prestado no âmbito da iniciativa, responsabilidade editorial ou sob o controlo de um prestado de serviços[45] (*elemento organizacional*).

Apesar de, na prática, o editor de imprensa ter habitualmente uma dimensão coletiva, nada impede que este possa ser uma pessoa física. Importante é que, conforme o n.º 1, do artigo 15.º, esteja *estabelecido* num Estado-membro. Nos termos do Considerando 55, o artigo 15.º beneficia os editores de imprensa que estiverem "estabelecidos num Estado-Membro que tenham a sua sede social, administração central ou estabelecimento principal na União". Com efeito, os editores de imprensa que não cumpram este requisito não poderão beneficiar da proteção conferida por este direito conexo para as suas publicações de imprensa no Estado-membro em questão, mesmo que a publicação seja acessível online.

4.5. Publicações de imprensa

A definição de «publicação de imprensa» surge no artigo 2.º(4), da DMUD, devendo esta disposição ser conjugada com o Considerando 56. Por força deste artigo, a publicação constitui uma "coleção composta" principalmente por obras literárias jornalísticas (p.e., editoriais, páginas de opinião, glosas, comentários, notícias ou entrevistas)[46]. Inclui obras publicadas em todos os suportes, incluindo em papel, podendo incluir também outro tipo de obras, como obras fotográficas, de áudio ou de vídeo ou gráficos, mesmo não sendo de carácter jornalístico (*cf* Considerando 56). Deste modo, estarão em causa jornais diários, revistas semanais ou mensais, independentemente de serem revistas de conteúdo genérico ou especializadas, incluindo revistas cujo modelo de negócio se baseia em assinaturas, bem como sítios de internet de notícias. O objeto de proteção não será, no entanto, as obras contidas nas publicações de imprensa. Ao invés, o direito conexo protege a publicação de imprensa na sua concretização e *design* específicos, bem como o desempenho económico, organizacional e técnico do editor de imprensa[47].

[45] Seguimos: Eleonora Rosati, *Copyright in the Digital Market...*, ob. cit., p. 259.

[46] A referência a "obras literárias jornalísticas" não permite ao intérprete extrapolar qualquer distinção baseada em perspetivas sociais ou de imprensa (p.e., obras informativas, entrevistas, entre outras). A referência a "obras literárias" deve orientar-se pela definição dada pelo artigo 2.º, n.º 1, da Convenção de Berna para a Proteção de Obras Literárias e Artísticas.

[47] Graef, *Urheberrecht*, ob. cit., Rn. 15.

Coloca-se a questão de saber se a proteção por via deste direito conexo exige que as publicações de imprensa (ou as obras que a compõem) sejam protegidas por direito de autor. À primeira vista, a redação do n.º 2, do artigo 15.º parece dar resposta positiva a esta questão, ao referir-se a "outras obras ou outro material *protegido*" (itálico nosso). A ser assim, ficariam de fora quer as obras que foram protegidas, mas se encontram no domínio público, quer aquelas que nunca foram protegidas. Em termos práticos, a questão releva sobretudo neste último caso. Atendendo ao avanço da inteligência artificial, serão cada vez mais os conteúdos gerados por agentes autónomos que, por não constituírem uma *criação intelectual*, não serão protegidos por direitos de autor.

No entanto, um olhar mais atento sobre a redação do preceito, bem como a natureza deste novo direito, revela-nos outra resposta. No que concerne ao n.º 2, do artigo 15.º, a disposição limita-se a salvaguardar direitos de terceiros – que podem respeitar, ou não, a direitos de autor – que integrem as publicações de imprensa. O preceito pretende garantir apenas que o direito do editor de imprensa, que irá conviver com os restantes direitos de propriedade intelectual, não pode ser invocado contra os titulares desses outros direitos, nomeadamente, privando-os da exploração do seu bem imaterial. Além do mais, se, como já demos conta, aquilo que se protege neste direito conexo é o *investimento* económico e financeiro do editor de imprensa, então, não fará sentido que a proteção por direito de autor das publicações de imprensa seja *conditio* para a tutela do direito conexo. A independência da proteção conferida pelos direitos conexos em relação à tutela conferida aos autores está, aliás, consagrada a nível internacional (*cf* artigo 1.º, n.º 2 da Convenção de Roma) e no nosso CDADC (*cf* artigo 177.º). Este tem um duplo sentido: por um lado, a proteção da obra por direito de autor não atinge o direito conexo e *vice-versa* e, por outro, a proteção do direito conexo não está dependente da proteção por direito de autor da obra utilizada[48]. Tal como quem executa uma composição *Ludwig van Beethoven* aufere proteção com respeito à sua prestação, ainda que a obra esteja em domínio público, quem editar publicações de imprensa goza de proteção pelo direito conexo do editor, ainda que a publicação de imprensa ou as obras que a compõem não gozem de proteção jusautoral.

[48] Neste sentido: José Alberto Vieira, *Direito de Autor*, Almedina, Coimbra, 2020, pp. 457 e 458.

A redação refere que a «publicação de imprensa» deve ser composta *principalmente* por obras literárias jornalísticas. Não é definido o número de obras jornalísticas em concreto. Confiando na versão inglesa da DMUD que refere "mainly" em vez de "most", alguma doutrina afirma não ser suficiente que a "maioria" da publicação de imprensa seja composta por obras jornalísticas. Aponta-se, assim, para um número entre os 70%-80%, embora manifestando-se dúvidas, uma vez que o método de cálculo não é definido na diretiva[49].

O artigo 2.º(4) estabelece, ainda, um conjunto de condições cumulativas que devem ser observadas, para que, nos termos da DMUD, estejamos perante uma «publicação de imprensa». Nos termos das *alíneas a)*, *b)* e *c)*, a publicação de imprensa deve (i) constituir uma parte autónoma da publicação periódica ou regularmente atualizada[50] sob um único título (ficam, assim, excluídas publicações pontuais ou meras compilações de notícias), tal como um jornal ou uma revista de interesse geral ou especializada que, conforme vimos, é independente do suporte utilizado (e.g. publicações de imprensa em papel); (ii) deve ter por objetivo fornecer ao público em geral informações relacionadas com notícias ou outros temas, excluindo, desta forma, publicações que sirvam outro tipo de propósitos, como de entretenimento ou de ensino. Este requisito tem como resultado, conforme vem expressamente estatuído no parágrafo único do artigo 2.º(4), a exclusão de publicações periódicas com fins científicos ou académicos[51]. Resta saber, porém, como tratar casos que surgem em zonas cinzentas. Por exemplo, não é totalmente claro se sítios eletrónicos de notícias que servem apenas parcialmente a um propósito científico (p.e., o sítio eletrónico "Legal Tribune Online"[52]), ou, da mesma forma, *blogues* jurídicos (p.e., o blog "The IPKat"[53]), devem ser excluídos do escopo de proteção deste direito

[49] Czarny-Drożdżejko, "The Subject-Matter of Press Publishers' Related Rights Under Directive 2019/790 on Copyright and Related Rights in the Digital Single Market", *IIC*, 2020, pp. 624 e ss., p. 628.

[50] Não se exigem, assim, intervalos fixos de publicação, mas unicamente que a publicação seja regularmente atualizada, como sucede, por vezes, com a imprensa online (p.e., o caso dos "news ticker") (Graef, *Urheberrecht*, ob. cit., Rn. 18).

[51] A título de exemplo, será o caso da conhecida revista de ciência jurídica "O Direito".

[52] V. «https://www.lto.de/».

[53] V. «https://ipkitten.blogspot.com/».

conexo[54]; (iii) deve ser publicado em todos os suportes no âmbito da iniciativa, sob a responsabilidade editorial e o controlo de um prestador de serviços. Como já demos conta, sítios eletrónicos como *blogues* ficam de fora do conceito de «publicação de imprensa». Este critério pode ser também útil para resolver os casos duvidosos referidos, dado que, *ab initio*, a estes sítios eletrónicos *híbridos* faltará o elemento organizacional.

Se compararmos esta definição de «publicação de imprensa» com a presente na Proposta da Comissão verifica-se que a exigência de que uma publicação de imprensa seja uma "fixação de uma coleção de obras literárias de caráter jornalístico" foi excluída da versão final. Esta circunstância visou evitar equívocos interpretativos, nomeadamente, no sentido de que a "fixação" exigiria que o meio original da publicação na imprensa tivesse de ser *colocado* em algum lugar[55]. Por este motivo, a redação final da norma veio também esclarecer que a publicação é independente do suporte utilizado – ou seja, o *meio* não é relevante, com o limite de que seja realizado com a responsabilidade editorial e o controlo de um prestador de serviços.

É importante deixar claro que este conceito de «publicação de imprensa» se sobrepõe a qualquer outro existente a nível nacional[56]. Não remetendo a DMUD para a legislação dos Estados-membros, estamos perante um conceito de Direito da União, que deve ser interpretado de maneira uniforme. Esta asserção decorre tanto da necessidade de uma aplicação uniforme do direito da União, como do princípio da igualdade quanto ao seu sentido e alcance. A interpretação deve ser procurada considerando o contexto da disposição e os objetivos prosseguidos pela legislação europeia de Direito de autor e Direitos conexos[57].

4.6. Escopo material do direito dos editores de imprensa

O artigo 15.º, n.º 1, da DMUD estatui que os Estados-membros têm a obrigação de conferir aos editores de imprensa "os *direitos* previstos no artigo 2.º e no artigo 3.º, n.º 2, da Diretiva 2001/29/CE relativos à *utilização em linha* das suas publicações de imprensa" (itálico nosso).

[54] Graef, *Urheberrecht*, ob. cit., Rn. 15.

[55] Czarny-Drożdżejko, "The Subject-Matter...", ob. cit., p. 627.

[56] No mesmo sentido: Czarny-Drożdżejko, "The Subject-Matter...", ob. cit., p. 625.

[57] Em matéria de Direito de Autor e Direitos Conexos, *vide*, p.e., Ac. TJ 16-jul.-2009, proc. C-5/08 (*Infopaq International*) ECLI:EU:C:2009:465, §§ 27 e 28.

Remetendo para a Diretiva da Sociedade da Informação (ou DSI), a norma dirige-se a duas modalidades típicas de exploração económica: (i) o direito de reprodução (artigo 2.º, da DSI)[58]; e (ii) o direito de colocar a obra à disposição do público (artigo 3.º, da DSI)[59].

A remissão para a DSI esclarece que os direitos de reprodução e de colocação da obra à disposição do público devem ser interpretados de acordo com as diretrizes do TJ. O mesmo entendimento é assumido no Considerando 57, referindo que "os direitos concedidos aos editores de imprensa ao abrigo da presente diretiva deverão ser semelhantes aos direitos de reprodução e de colocação à disposição do público previstos na Diretiva 2001/29/CE [DSI], no que diz respeito às utilizações em linha por prestadores de serviços da sociedade da informação". No entanto, no que concerne ao *direito de reprodução*, ao contrário do que faz no *direito de colocar a obra à disposição do público*, o legislador europeu não remete para as *alíneas b)* a *e)* referentes aos direitos conexos, procedendo a uma remissão genérica para o artigo 2.º, que inclui também o direito de reprodução a favor do autor. Esta circunstância deve ser entendida como um lapso de redação. O direito de reprodução a favor do editor de imprensa deve ser interpretado da mesma forma que os restantes direitos conexos: o que se protege é um determinado *investimento* e não uma *criação intelectual*[60].

[58] De acordo com o artigo 2.º, da disposição:
"Os Estados-Membros devem prever que o direito exclusivo de autorização ou proibição de reproduções, directas ou indirectas, temporárias ou permanentes, por quaisquer meios e sob qualquer forma, no todo ou em parte, cabe:
a) Aos autores, para as suas obras;
b) Aos artistas intérpretes ou executantes, para as fixações das suas prestações;
c) Aos produtores de fonogramas, para os seus fonogramas;
d) Aos produtores de primeiras fixações de filmes, para o original e as cópias dos seus filmes.
e) Aos organismos de radiodifusão, para as fixações das suas radiodifusões, independentemente de estas serem transmitidas por fio ou sem fio, incluindo por cabo ou satélite".

[59] "Os Estados-Membros devem prever que o direito exclusivo de autorização ou proibição de colocação à disposição do público, por fio ou sem fio, por forma a que seja acessível a qualquer pessoa a partir do local e no momento por ela escolhido, cabe:
a) Aos artistas intérpretes ou executantes, para as fixações das suas prestações;
b) Aos produtores de fonogramas, para os seus fonogramas;
c) Aos produtores de primeiras fixações de filmes, para o original e as cópias dos seus filmes; e
d) Aos organismos de radiodifusão, para as fixações das suas radiodifusões, independentemente de estas serem transmitidas por fio ou sem fio, incluindo por cabo ou satélite".

[60] Neste âmbito, podemos retirar algumas diretrizes emanadas do caso *Pelham*, onde o TJ, ao interpretar o artigo 2.º, *c)*, da DSI, confirmou que o objetivo da diretiva seria estabelecer um

O direito conexo do editor de imprensa aplica-se apenas às utilizações "em linha". Esta corresponde à tradução do termo "online use" da versão inglesa da DMUD, estando de acordo com o objetivo primordial inerente a este ato legislativo europeu: adaptar a tutela dos direitos de autor e direitos conexos à evolução dos meios tecnológicos em linha. Como refere a doutrina alemã, esta delimitação torna o direito do editor de imprensa uma legislação virada, unicamente, para o mundo online („Online-only"-*Gesetz*)[61], para exercer perante os prestadores de serviços da sociedade da informação, embora o legislador não defina o que se dever entender por *utilização online*. Se compararmos com a redação da Proposta da Comissão, esta referia "utilização digital" ao invés de "utilização em linha" (*cf* artigo 11.º, n.º 1, da Proposta). Alguma doutrina menciona que a redação final será mais restrita do que aquela que se encontrava na proposta. Em termos concretos, a expressão "utilização digital" permitiria enquadrar no escopo deste novo direito não apenas as *utilizações na internet*, mas ainda outro tipo de utilizações desmaterializadas e não analógicas, como o scâner de publicações de imprensa[62].

De especial importância são os limites previstos. Por força do artigo 15.º, n.º 1 e do Considerando 57, o direito do editor de imprensa não se aplica em quatro situações: (i) *simples factos* comunicados nas publicações de imprensa; (ii) utilização privada e não comercial de publicações de imprensa por utilizadores individuais; (iii) utilização de hiperligações; e (iv) utilização de termos isolados ou de excertos muito curtos de publicações de imprensa.

Este último limite assume considerável importância prática, pelo que o estabelecimento de diretrizes para a sua interpretação revela-se essencial. Desde logo, do elemento literal retira-se a primeira proposição: a lei refere-se a "excertos muito curtos", o que indica que a utilização de partes de publicações de imprensa (textos ou outro tipo de obras) serão economicamente relevantes e estarão, à partida, dentro do escopo do direito conexo[63]. Esta

elevado nível de proteção, não só em matéria de direitos de autor, mas também nos direitos conexos, e que, no caso específico do direito exclusivo do produtor de fonogramas, estava em causa a proteção do *investimento* realizado pelo titular do direito (Ac. TJ 29-jul.-2019, proc. C-476/17 (*Pelham*) ECLI:EU:C:2019:624, § 30).

[61] Graef, *Urheberrecht*, ob. cit., Rn. 2.

[62] Eleonora Rosati, *Copyright in the Digital Market...*, ob. cit., p. 262. A autora refere que esta conclusão é suportada pela circunstância de a DMUD visar prestadores de serviços da sociedade da informação, definido de acordo com o artigo 1.º, n.º 1, da DSI.

[63] Graef, *Urheberrecht*, ob. cit., Rn. 12.

circunstância é expressamente tida em conta pelo Considerando 58, que refere que a utilização das publicações de imprensa pode consistir também na utilização de partes das mesmas, uma vez que "essas utilizações de partes de publicações de imprensa também ganharam relevância económica". Não poderia deixar de assim ser: afinal, muitas das utilizações online que fundam novos modelos de negócios baseiam-se em partes de obras, como é o caso dos *snippets*.

Resta, todavia, saber, qual o critério que se deve aplicar a este limite. Eleonora Rosati aplica um racional económico: a utilização de "excertos muito curtos" (e de termos isolados) não deverá ser tal que prejudique o investimento levado a cabo pelos editores de imprensa[64].

Este critério parece-nos acertado. De facto, o que se pretende impedir é que a utilização destes "excertos curtos" tenha um *efeito substitutivo* na oferta por parte dos editores de imprensa, tendo em conta, igualmente, os novos hábitos de consumo de informação por parte do público. De resto, a experiência ensina-nos que o que se escreve em "poucas linhas" resulta, amiúde, de um labor significativo de aprendizagem, investigação e edição. Com efeito, não se deve adotar uma interpretação que leve em conta, em si mesma, a dimensão do excerto utilizado, uma vez que, na perspetiva do editor de imprensa, o esforço de produzir "pequeno excertos" não é equivalente ao esforço de *apenas* reutilizar esse conteúdo.

O Considerando 58 parece ir neste sentido, ao referir que o uso de termos isolados ou de excertos muito curtos de publicações de imprensa pelos prestadores de serviços da sociedade da informação poderá não prejudicar os investimentos realizados pelos editores de imprensa na produção de conteúdos e, deste modo, será adequado prever esta exceção, desde que esta "seja interpretada de forma a *não afetar a eficácia* dos direitos previstos na presente diretiva" (itálico nosso). Este mesmo sentido é expressamente adotado pela transposição para o ordenamento jurídico francês do artigo 15.º em análise. O artigo L211-3-1(2) do *Code de la Propriété Intellectuele*, ao prever esta exceção, refere que a mesma não deverá afetar a eficácia dos direitos concedidos ao editor de imprensa, sendo essa eficácia particularmente afetada "quando o uso de excertos muito curtos *substitui a própria publicação na imprensa ou dispensa o leitor de fazer referência a ela*" (itálico nosso)[65].

[64] Eleonora Rosati, *Copyright in the Digital Market...*, ob. cit., p. 275.

[65] O artigo em causa tem o seguinte conteúdo:
"Les bénéficiaires des droits ouverts à l'article L. 218-2 ne peuvent interdire :

A duração deste direito conexo é de dois anos, aplicando-se a mesma fórmula de contagem do direito de autor, *id est*, calculando-se a partir do dia 1 de janeiro do ano seguinte à data em que essa publicação de imprensa for publicada (*cf* artigo 15.º, n.º 1, *parágrafo primeiro*). A DMUD procurou evitar a aplicação retroativa deste direito. Neste sentido, o artigo 15.º, n.º 4, *parágrafo segundo* estatui que o direito dos editores de imprensa não se aplica às publicações de imprensa publicadas pela primeira vez antes de 6 de junho de 2019. Alguns autores referem que este prazo é extremamente curto[66]. De facto, conforme já demos conta, o prazo de duração deste direito foi um dos pontos que sofreu alterações em relação à Proposta da Comissão, que estabelecia um prazo bastante mais alargado – 20 anos (*cf* artigo 11.º, n.º 4, da Proposta)[67].

A diretiva não resolve a questão de saber se o direito do editor de imprensa tem um cariz disponível ou indisponível[68]. Conforme constatámos, as experiências nacionais anteriores demonstram-nos realidades distintas: o ordenamento jurídico alemão optou por estabelecer um direito conexo disponível. Já no direito espanhol foi exatamente o contrário. Alguma doutrina afirma que, na ausência de uma proibição expressa, estamos perante um direito disponível[69]. Parece-nos o entendimento mais correto.

Finalmente, é importante referir que o escopo do artigo 15.º tem como destinatários todos os tipos de prestadores de serviço da sociedade da informação. Com efeito, não estarão em causa apenas os motores de pesquisa, mas também todos os outros prestadores de serviços da sociedade da informação, sejam plataformas de conteúdo ou redes sociais como *Instagram* ou *YouTube*[70]. A DMUD vai, assim, muito além de soluções anteriores que

2.º L'utilisation de mots isolés ou de très courts extraits d'une publication de presse. Cette exception ne peut affecter l'efficacité des droits ouverts au même article L. 218-2. Cette efficacité est notamment affectée lorsque *l'utilisation de très courts extraits se substitue à la publication de presse elle-même ou dispense le lecteur de s'y référer*" (itálico nosso).

66 Binctin/Près, *Directives 2019/790 et 2019/789 sur le Droit d'Auteur dans le Marché Unique Numérique*, Bruylant, 2021, p. 155.

67 Existiram outras propostas para o prazo de duração deste direito, mas sempre num sentido mais modesto do que o prazo apresentado na Proposta da Comissão. *Vide*, p.e., Parecer da Comissão da Cultura e da Educação, cit., p. 215, que sugeriu alterar o prazo para 8 anos.

68 Suscitando, igualmente, dúvidas: Nuno Sousa e Silva, "Subsídios para a transposição da Diretiva 2019/790", *RDI*, n.º 1, 2020, pp. 245 e ss., p. 260.

69 Eleonora Rosati, *Copyright in the Digital Market...*, ob. cit., p. 287.

70 Graef, *Urheberrecht*, ob. cit., Rn. 3.

visavam, unicamente, plataformas de pesquisa. Tal era o caso da solução alemã de 2013, chegando mesmo a ser apelidada de "Lex Google"[71]. Ainda que os principais destinatários possam continuar a ser os motores de pesquisa, o círculo do artigo 15.º abrange quaisquer fornecedores de conteúdos online.

4.7. Partilha de receitas com os autores

Por força do n.º 5, do artigo 15.º, os Estados-membros são obrigados a estabelecer uma norma na sua legislação nacional que preveja que as receitas obtidas por este novo direito sejam repartidas adequadamente entre os autores das obras integradas na publicação de imprensa em causa[72].

Esta norma será independente da relação contratual estabelecida entre o empresário editor de imprensa e o autor (*rectius*, o jornalista). Esta circunstância é referida pelo Considerando 59, cuja redação declara que a prerrogativa "não deverá prejudicar a legislação nacional em matéria de titularidade de direitos ou o exercício de direitos no contexto de contratos de trabalho, desde que tal legislação respeite o direito da União".

Nada obsta a que a partilha das receitas seja definida a título individual ou por intermédio de uma entidade de gestão coletiva[73]. A magna questão será definir quando é que a compensação será "adequada"[74]. Esta mesma bitola surgia no § 87h do *UrhG* aprovado em 2013. A lei alemã referia-se a uma "Vergütung angemessen" (compensação adequada), não dando, porém, quaisquer pistas para a sua definição.

No âmbito da transposição da DMUD para o ordenamento jurídico português, caso o direito seja exercido por via de uma entidade de gestão coletiva dever-se-ão aplicar os critérios gerais fixados na Lei n.º 26/2018, de 14 de abril.

§ 5. Observações conclusivas

Ainda que tenha um escopo mais alargado, é possível afirmar que a experiência alemã serviu claramente de modelo para o artigo 15.º, da DMUD. O legislador europeu criou um tipo novo de direito de propriedade inte-

[71] Stieper, "Totgesagte leben länger – Die Wiederauferstehung des Presseverleger-Leistungsschutzes", *ZUM*, 2020, pp. 166 e ss., p.

[72] *Cf*, ainda, Considerando 59.

[73] Eleonora Rosati, *Copyright in the Digital Market...*, ob. cit., p. 293.

[74] Revelando, igualmente, dúvidas: JP Quintais, "The New Copyright in the Digital Single Market Directive: A Critical Look", 2020, p. 16, disponível em «https://pure.uva.nl/ws/files/47491008/SSRN_id3424770.pdf».

lectual. Atendendo aos fundamentos para a sua criação e estrutura, este perfila-se como um direito conexo ao Direito de autor.

Conforme fomos dando conta, a introdução deste novo direito conexo foi uma das matérias que gerou mais discussão nos últimos anos no âmbito do Direito de autor europeu. Não podia ser de outra forma. A criação de um novo direito de propriedade intelectual origina, invariavelmente, um intenso debate. Afinal, se a propriedade intelectual não é um fim em si mesmo, a criação de um novo direito exclusivo – que coarta, inevitavelmente, a liberdade de concorrência – deve ter subjacente razões de interesse público.

É neste âmbito que se dirigem críticas contundentes. Afirma-se que o novo direito conexo carece de justificação suficiente e que tão pouco será apto a alcançar os seus objetivos, tal como as anteriores experiências europeias parecem demonstrar; ao invés, terá apenas como resultado a introdução de um maior nível de complexidade jurídica e custos para a indústria que utiliza conteúdos protegidos por direitos de autor.

Não será deveras injusto constatar que a introdução deste novo direito foi precedida de uma parca perscrutação sobre os seus méritos. A sua incorporação foi bem mais um corolário de um consenso político, impelido por grupos de interesse, do que resultado de um estudo aprofundado sobre os seus efeitos socioeconómicos.

No entanto, não partilhamos de todas as críticas que têm sido dirigidas, ao menos pensando na lógica sobre a qual são erigidos os direitos conexos, que, à exceção do direito conexo do artista intérprete ou executante, todos os demais protegem investimentos económicos ou financeiros.

Neste contexto, não se vê como possa ser ignorado o investimento levado a cabo nas publicações de imprensa. Se até recentemente os editores de imprensa, em contraste com outros *intermediários*, como produtores de fonogramas ou videogramas, não foram protegidos, tal deveu-se meramente a razões históricas. O modelo de negócio da imprensa na era pré-digital era essencialmente respeitante a objetos físicos, como jornais e revistas em formato papel, em que o uso não autorizado por terceiros era restringido por motivos *técnicos*. Esta circunstância foi profundamente alterada no mundo digital, abrindo-se uma brecha no modelo de negócio em detrimento dos editores de imprensa, que ficaram desprotegidos perante esta nova realidade e incapazes de recuperar os seus investimentos[75].

[75] Neste sentido: Jani, *Praxiskommentar Urheberrecht*, ob. cit., Rn 6.

Considerando os investimentos que são realizados pelos editores de imprensa, a fragilidade perante os novos e lucrativos modelos de negócios, bem como a importância de uma imprensa livre e pluralista para as sociedades democráticas, não descuramos a existência de razões de interesse público para a consagração deste novo direito a nível europeu. Numa outra perspetiva, a União Europeia sinaliza novamente que não permite que a regulação da economia digital seja deixada às grandes plataformas de internet, afirmando a sua soberania neste domínio[76]. Afinal, do que se trata é, uma vez mais, tutelar os direitos de propriedade intelectual na internet.

Não cremos, no entanto, que este seja o instrumento que irá debelar todos os problemas que enfrenta a imprensa. Será preciso mais do que a instituição de um direito conexo a favor do editor; mas essa já é uma questão que ultrapassa o presente estudo.

A introdução deste novo direito no ordenamento jurídico português deve seguir de perto a redação do artigo 15.º da DMUD, que, de resto, não deixa grande margem aos Estados-membros. Não se trata, porém, de introduzir um direito que protege os editores de obras em geral. Se a transposição seguir esse caminho, tal constituirá uma opção do legislador português, que irá além da diretiva. De facto, não estamos de acordo com quem afirma existir no ordenamento jurídico português um direito conexo do editor em geral[77]. A circunstância de o CDADC consagrar algumas prerrogativas a favor do editor não significa que estejamos perante um direito conexo.

[76] *Idem*, Rn 7.

[77] Apesar de o legislador português não reconhecer, de forma expressa, um direito conexo a favor do editor, alguma doutrina tem entendido que os artigos 76.º, n.º 1, *a)*, *b)* e *c)* e 82.º do CDADC, ao estabelecerem determinadas faculdades pessoais e patrimoniais ao editor sobre a obra em causa, implicam que o direito do editor (em geral) seja qualificado com um direito conexo. Neste sentido: Oliveira Ascensão, *Direito Civil. Direito de Autor e Direitos Conexos*, Almedina, Coimbra, pp. 547 e 548, que refere estarmos perante um direito conexo "em embrião". Adicionalmente, Menezes Leitão, *Direito de Autor*, 4.ª ed., Almedina, Coimbra, 2021, pp. 282 e 283 e "A transposição da Directiva (UE) 2019/790 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de abril de 2019, relativa aos direitos de autor e direitos conexos no mercado único digital, *ROA*, III/IV, 2021, pp. 473 e ss., p. 488. Contra: José Alberto Vieira "A posição do editor na cópia privada", RDI, n.º 1, 2014, p. 152 e *Direito de Autor*, Almedina, Coimbra, 2020, p. 471. Nesta última obra, o autor refere que um "direito conexo do editor não se encontra previsto enquanto tal na ordem jurídica portuguesa", reconhecendo, porém, que com a transposição da DMUD entrará em vigor um direito conexo do editor de publicações de imprensa. Rejeitando, igualmente, um direito geral do editor na ordem jurídica portuguesa, mas aceitando a existência de um direito conexo do editor de obras inéditas não protegidas (artigo 39.º, n.º 1, do CDADC) e do editor de edições críticas e científicas de

A proteção deriva, essencialmente, do risco associado à prestação em causa; no entanto, em nenhum momento se atribui um direito subjetivo absoluto ao editor, pelo se deve rejeitar esta posição.

A transposição deve seguir a coerência sistemática do CDADC, elencando-se o direito do editor de imprensa no Título III, referente aos direitos conexos. Por outro lado, o catálogo de "utilizações livres" (*cf* artigo 189.º, do CDADC) deve ser alterado adequando-se o seu conteúdo e nomenclatura aos limites previstos no artigo 15.º, evitando-se, assim, antinomias interpretativas. Adicionalmente, deve ser alterada a "utilização livre" relativa à *revista de imprensa* (*cf* artigo 75.º, n.º 2, *c)*, do CDADC), no sentido que não seja apta a prejudicar os investimentos realizados pelos editores de imprensa, evitando assim, de acordo com o espírito da DMUD, que a utilização de "termos isolados" ou de "excertos muitos curtos" possam esvaziar o conteúdo deste novo direito.

obras no domínio público (artigo 39.º, n.º 2, do CDADC), *vide* Nuno Sousa e Silva, "Algumas questões...", ob. cit., pp. 111 e 112.

O IMPACTO DA IMPRESSÃO 3D NO DIREITO DO CONSUMO

Alberto de Sá e Mello[1]

Resumo: *A impressão 3D – que não é, afinal, mais do que o fabrico de objectos tridimensionais com recurso a um equipamento próprio (impressora 3D), a partir de um ficheiro que contém o design modelar (ficheiro CAD) ou pela digitalização de objectos preexistentes – traz problemas novos em vários domínios do Direito. A disponibilização digital, física ou por streaming dos designs de objectos contidos nos ficheiros CAD pode, evidentemente, ferir direitos de autor, quando os objectos produzidos por impressão 3D sejam o suporte de obras intelectuais. A produção desses objectos, quando patenteados, pode, também, contender com direitos exclusivos de propriedade industrial. Numa outra perspectiva, a função da marca como certificadora da origem e qualidade dos produtos pode, também, ser posta em causa, quando se deparam objectos de produção individual, personalizada e caseira, ainda que fabricados a partir de ficheiros licenciados. Um outro conjunto de problemas que a impressão 3D suscita é pertinente à definição de uso privado, livre desde que reunidos certos requisitos. Será a produção de objectos 3D a partir de ficheiros ou pela digitalização de outros objectos uso privado dos bens imateriais (obras intelectuais, invenções patenteadas, marcas registadas) a partir dos quais são produzidos? Deverá dar-se um novo recorte ao conceito de uso privado? Como matéria essencial a este estudo, tem de focar-se um outro aspecto em que a impressão 3D é relevante: o da posição dos consumidores dos produtos dessa impressão. Muito embora os aspectos que aqui poderiam ser abordados serem múltiplos, dos direitos à*

[1] Doutor em Direito. Professor catedrático convidado na Faculdade de Direito da Universidade Lusófona de Humanidades e Tecnologias (ULHT – Lisboa) e no Instituto Superior Manuel Teixeira Gomes (ISMAT – Portimão). Advogado. albsamello@netcabo.pt
Este escrito recebe, como é natural, conceitos desenvolvidos pelo Autor em obras anteriores.

informação dos consumidores à garantia dos produtos, optámos por centrar o nosso estudo num aspecto que nos parece essencial e pedra angular de todos os problemas neste domínio: Quem responde por eventuais defeitos nos produtos de impressão 3D? Quem deve ser considerado produtor? Quais os defeitos relevantes? A quem são imputáveis? Julgamos resultar da resposta a estas questões muito do que a impressão 3D bule com o Direito do consumo.

Palavras-chave: *impressão 3D; produto 3D; direitos intelectuais; direitos dos consumidores*

Sumário: *1. Impressão 3D – os recursos tecnológicos e empresariais mobilizados. 2. Impressão 3D – uma definição. 3. Componentes da impressão 3D. 4. A natureza dos ficheiros CAD. 5. Métodos de disponibilização de produtos 3D. 6. Medidas tecnológicas de informação e de protecção. 7. Infracções possíveis aos direitos de propriedade intelectual. 8. A eventual lesão de direitos de autor decorrente da impressão 3D. O uso privado. 9. Direitos de propriedade industrial que podem estar envolvidos na impressão 3D. 10. Impressão 3D e direitos industriais – as marcas. 11. Responsabilidade pelos produtos de impressão 3D. 11.1. Responsabilidade do produtor. 11.2. Conceito de produtor de produto de impressão 3D. 11.3. Conceito de defeito. 11.4. Responsabilidade do produtor – uma responsabilidade objectiva. 12. Imputabilidade da responsabilidade por produtos de impressão 3D defeituosos. 13. Impressão 3D e garantia de produtos*

1. Impressão 3D – os recursos tecnológicos e empresariais mobilizados

I. Uma plataforma digital *on-line* criada em Portugal (a plataforma SOSCOVID.pt) empenhou-se na produção, de forma gratuita, de material de apoio para os profissionais desempenharem o seu trabalho na maior segurança possível no contexto da pandemia de doença COVID-19. Esta plataforma reuniu dezenas de empresas e centenas de particulares. Produziu viseiras de protecção, mas projecta produzir outro género de equipamentos.

A HP (Hewlett-Packard) mobilizou equipas de impressão, tecnologia, experiência e capacidade de produção 3D para ajudar a fornecer peças no combate à pandemia. Produziu máscaras faciais, protectores faciais, ajustadores de máscara, cotonetes nasais, abridores de porta mãos-livres e peças para ventiladores.

Estes são apenas alguns exemplos das potencialidades da impressão 3D para fins da saúde pública. As potencialidades no mercado de todo o tipo de produtos são evidentes.

II. Nos últimos anos, as empresas começaram a disponibilizar os seus produtos para impressão 3D. Têm sido licenciados *designs* para impressão 3D de produtos fabricados a pedido. As licenças de utilização de obras e de bens industriais, protegidos por direitos de autor e direitos industriais, são, agora, requeridas para o uso de marcas nos produtos fabricados com recurso a impressão 3D.

Como reconhece a Resolução do Parlamento Europeu de 2018[2], a impressão 3D "tem um potencial económico relevante, em especial para as pequenas empresas inovadoras"; além da produção de protótipos, várias indústrias utilizam peças acabadas produzidas por impressão 3D. "A maioria das empresas de ponta recorre a esta tecnologia. [...] há grandes expectativas em diversos domínios, como sejam, nomeadamente, a medicina (medicina regenerativa e fabrico de próteses), a aeronáutica, a indústria aeroespacial, a indústria automóvel, os electrodomésticos, a construção, a investigação arqueológica, a arquitectura, a engenharia mecânica, a indústria do lazer e o *design*".

A impressão 3D tem também inconvenientes. Aumenta a produção de químicos e gases nocivos para o meio ambiente, dispensa mão-de-obra, hoje empregada, pela automatização de processos; como demonstraremos, pode aviltar o Direito de Autor e os demais Direitos intelectuais, pode também confundir os consumidores quanto à origem e qualidade dos produtos, e suscita dificuldades na responsabilização por produtos defeituosos.

III. Certo é que, nos últimos anos, a impressão 3D desenvolveu-se em dois mercados distintos: o mercado industrial ou de produção e o mercado do consumidor final.

Como se disse, o mercado industrial evoluiu para a produção de produtos de ponta personalizados, como implantes ortopédicos e produtos aeroespaciais. A produção mediante impressoras 3D permite a fabricação de produtos personalizados e a utilização de materiais mais eficientes. Depara-se, ainda, com dificuldades técnicas, derivadas, sobretudo, do custo das impressoras 3D industriais e das matérias-primas, o que torna os produtos pouco competitivos comercialmente.

A par do mercado industrial, desenvolveu-se um segundo mercado, apontado aos consumidores. Estes podem fabricar os seus próprios artigos.

[2] Resolução do Parlamento Europeu 2017/2007 (INI), de 3-7-2018, doravante designada RPE.

Só que isto suscita, desde logo, problemas de licitude das condutas: circula *on-line*, acessível a qualquer utente da Internet, um grande número de ficheiros não licenciado apto à produção por impressão 3D. Isto põe necessariamente em causa a posição dos titulares de direitos relativos à utilização desses ficheiros.

Mas o que é, afinal, a impressão 3D?

2. Impressão 3D – uma definição

I. A impressão 3D é técnica que permite criar um objecto através de uma plataforma (impressora) que contém o material necessário para esse fim. Trata-se de produção aditiva de objectos, porquanto os fabrica por adição de camadas, ao contrário do que o pintor Miguel Ângelo dizia fazer quando esculpia, retirando e subtraindo sucessivamente camadas à pedra para obter o objecto escultórico desejado; a fabricação do objecto 3D, ao contrário, realiza-se adicionando camada por camada.

Como se disse, o sistema ("impressão 3D", que preferimos chamar, em nome do rigor, *reprodução* 3D) permite fabricar mecanismos móveis que não podem ser desmontados, como, por exemplo, uma articulação de rótula humana, os dedos de uma mão, *etc.*. Permite também fabricar produtos de moda, de vestuário ou para fins médicos, como implantes (já se realizou um implante de orelha e se implantou uma pata de um pato a partir da impressão 3D). Permite também fabricar moldes com os que, por sua vez, se fabricam peças, o que consente reproduzir qualquer tipo de geometria.

II. A fabricação de objectos 3D camada por camada pode realizar-se: a) segundo directrizes contidas em ficheiro CAD (*Computer-Aided Design*); ou b) através de um *scanner* que digitaliza os objectos que se pretende ver imprimidos.

Os materiais usados podem ser o plástico e outros sintéticos. Mais recentemente, pode realizar-se a impressão 3D a partir de materiais orgânicos.

A impressão 3D é, ainda, considerando os meios técnicos disponíveis, inadequada para produzir objectos muito grandes ou para mistura de materiais (matérias-primas).

III. Uma origem documentada da impressão 3D encontra-se no trabalho de Charles Hull, que patenteou um mecanismo de fabricação por camadas que utilizava material sensível aos raios ultravioleta (a impressora SLA-250), em 1988.

A impressão 3D pode ter origem nas comunidades em sistema *open--source*, em que o controlo e titularidade dos ficheiros estão espalhados por todos os que contribuem para o desenvolvimento desta tecnologia.

Prevêem os futurólogos que os consumidores concorrerão com as empresas no recurso a esta técnica, substituindo-se a produção massificada pela produção personalizada.

IV. Constituirá a impressão 3D uma ameaça ao direito de autor e a outros direitos intelectuais? A proliferação da impressão 3D permitirá, não apenas às empresas como aos utilizadores individuais, produzir mais objectos úteis, afectando os direitos "de propriedade" industrial. Consentirá também a digitalização, distribuição e "mistura" de obras de arte, o que bule com os direitos de autor.

Serão ameaçados óbvios os produtores cinematográficos, as empresas discográficas, os fabricantes de bens de luxo, de brinquedos e de peças de substituição. Serão interessados evidentes na nova técnica os fabricantes de impressoras, os utilizadores individuais ou as empresas científicas e médicas.

V. Maria Teresa Carrancho Herrero[3] declara ser esta "uma denominação que engloba as técnicas de fabricação aditiva, usada por analogia com a impressão tradicional sobre papel, ainda que evidentemente não se trate de uma fotocópia".

Não concordamos com esta formulação, porquanto pensamos que a produção de objectos 3D pelo sistema descrito pura e simplesmente não é impressão, mas reprodução a partir de um ficheiro informático que contém instruções para tal. Julgamos que a impressão em três dimensões é verdadeiramente uma cópia feita por uma impressora 3D. Tem paralelo na reprodução de uma obra, normalmente realizada em papel e através de texto, fotografia ou gravura. O facto de ser 3D não altera a circunstância de ser uma reprodução, uma cópia, uma representação de algo.

VI. Em resultado do exposto, definimos a impressão 3D como *a produção ou fabricação de um objecto tridimensional por uma máquina (dita "impressora 3D") activada por software próprio e seguindo as directrizes de um programa de computador, criado pelo Homem, contido num chamado ficheiro CAD ("computer-assisted design")*. Partamos para a demonstração de que assim é.

[3] Maria Teresa Carrancho Herrero, *El concepto de obra plástica y la impresión 3D, in* "Propiedad intelectual en el siglo XXI: Nuevos continentes y su incidencia en el Derecho de Autor", Madrid, 2014, p. 43.

3. Componentes da impressão 3D

I. Um dos componentes essenciais da impressão 3D é a chamada "impressora 3D", que, na realidade, nada imprime, seja qual for a acepção em que se use o termo imprimir.

A dita impressora é, verdadeiramente, uma máquina que fabrica objectos com três dimensões, cujo nome deriva da sua congénere e homóloga 2D, essa sim uma verdadeira impressora prima mais nova da prensa de Gutenberg. A sua denominação deriva, muito provavelmente, de ser accionada por um computador, como as primas 2D, do qual recebe os comandos para a acção "impressora".

II. Mas a "alma" da impressão 3D é, na realidade, o chamado ficheiro CAD, que proporciona o alojamento das instruções para que a dita impressora actue. O seu nome resulta das iniciais da expressão inglesa "computer-assisted design", mais próxima do que verdadeiramente é: um arquivo (os espanhóis designam-no mesmo "archivo") digital, onde aquele que concebe o objecto 3D a imprimir guarda os comandos a fornecer à máquina impressora.

Logo analisaremos a natureza e origem dos ficheiros CAD, preocupa-nos agora determinar em que consiste este e como é alimentado o seu conteúdo digital.

III. O ficheiro CAD é o continente com a representação digital de um objecto físico 3D, que pode ou não fixar (ser o suporte de) uma obra intelectual. Contém a descrição da geometria (arestas, eixos, pontos) da superfície e estrutura do objecto a imprimir em 3D.

Como todo o ficheiro digital, pode ser modificado, transmitido electronicamente, distribuído. Nada disto faz dele algo de diferente de, por exemplo, um ficheiro doc., que guarda documentos que depois podem ser impressos, passados a um suporte físico como o papel, em duas dimensões.

À semelhança dos, hoje vulgarizados, ficheiros doc., os ficheiros CAD podem conter comandos para a fabricação de suportes, neste caso em três dimensões, de obras do espírito. Estas, obras literárias e artísticas, como um romance ou um desenho; aqueles, por exemplo uma escultura em três dimensões ou uma maqueta contendo uma obra de arquitectura.

Tal como os ficheiros doc., os ficheiros CAD são suportes digitais (ou "alojamentos" / arquivos digitais) de algo. Esse "algo" pode também ser

uma obra intelectual. A sua disponibilização, por exemplo na Internet, pode representar colocação à disposição do público de uma obra, acto reservado exclusivamente ao titular do direito de autor e que depende de autorização deste, sob pena de incurso em delito civil (com apreensão de ficheiros e indemnização) e penal (crime de usurpação).

Mas o ficheiro, em si, não é uma obra intelectual. Como dissemos, pode é ser o suporte, o arquivo digital de uma.

IV. O ficheiro CAD pode constituir-se por várias vias.

Pode formar-se pela digitalização de um objecto, feita a partir de um *scanner* apto à digitalização 3D.

Pode também formar-se produzido por um programa de computador apto à modelização 3D, como, por exemplo, o "Auto CAD 3D".

O ficheiro CAD pode também ser obtido pela partilha de ficheiros em sítios dedicados na Internet (como o "Thingiverse"). É conhecido o caso do *designer* de moda Asher Levine, que assinou um acordo com a MakerBot, fabricante de impressoras 3D, para permitir a impressão de óculos de sol, podendo ser descarregados modelos de forma gratuita, através do *site* Thingiverse.

V. O objecto 3D impresso tem génese no ficheiro CAD, que, como vimos, pode ser nascido de um programa de computador ou de uma digitalização de um objecto 3D fixado noutro suporte por um *scanner*, ou obtido num sítio de partilha na Internet que disponibilize tal acesso.

O ficheiro CAD tem sempre origem num programa de computador. Seja o que permite produzir esse ficheiro no computador hospedeiro, seja o que possibilita a digitalização do objecto por *scanner*, seja o que faculta a sua disponibilização e partilha na Internet. Só um programa de computador permite "ler" as instruções dadas à máquina pelo programador; e este é um Homem.

Mesmo o aparelho (*scanner*) que digitaliza nada cria, limita-se a reproduzir um objecto que pode fixar uma obra. Sob o ponto de vista do Direito de Autor, faz o mesmo que o *scanner* que digitaliza o escrito contido num livro ou numa folha de papel: copia-o, fixa e reproduz o que pode ser uma obra intelectual, só que em três dimensões.

O autor do ficheiro CAD é sempre o que programa o *software* que o produz. O ficheiro CAD apenas fixa e arquiva esse *software*.

VI. Diogo Lopes Alves[4], num notável e exaustivo escrito sobre esta matéria, afirma que "um ficheiro CAD que tenha implícito uma obra protegida por direito de autor dever ser protegido ainda que não venha a ser realizada a sua função final, ser impresso para dar origem à obra". Pensamos que a questão não deve ser formulada nestes termos.

O que é protegido por direito de autor, no que à impressão digital diz respeito, é: a) a obra figurada que o ficheiro permite "imprimir" em 3D; e b) o programa de computador que "lê" o ficheiro CAD e permite produzir o objecto 3D. Quando se sustenta que o ficheiro CAD deve ser autonomamente protegido, só pode significar-se que deve tutelar-se a obra nele contida (como o ficheiro doc. pode conter uma obra literária), se realmente contiver uma obra protegível por direito de autor, o que não acontece necessariamente[5].

4. A natureza dos ficheiros CAD

I. A lei de autor espanhola parece restringir a autoria de uma obra às pessoas naturais, as pessoas físicas[6]. Já a lei de autor britânica prevê expressamente que possam existir o que designa "*obras* geradas por computador", a que acrescenta a noção de "*design* gerado por computador"[7]. A lei de autor

[4] Diogo Lopes Alves, *Impressão 3D e a sua crescente relevância na propriedade intelectual* (dissertação de mestrado na Faculdade de Direito / Escola do Porto, 2017, acedido em https://inpi.justica.gov.pt/Portals/6/PDF%20INPI/Teses%20Acad%C3%A9micas/A%20Impress%C3%A3o%203D%20e%20sua%20crescente%20relev%C3%A2ncia%20na%20PI.pdf?ver=2019-09-23-091614-500, p. 28.

[5] Como bem se entende, o ficheiro CAD pode conter tão-só instruções para produzir um banal cinzeiro, sem nada de criativo.

[6] "Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia" (última actualização consultada: de 6-5-2020): Art. 5/1 – «Considera-se autor a pessoa *natural* que crie alguma obra literaria, artística ou científica».

[7] "Copyright, Designs and Patents Act 1988" – UKCDPA (última actualização consultada de 16-5-2020): Art. 178 – «'Obra gerada por computador' significa que a obra é gerada por computador em circunstâncias tais que não há qualquer [intervenção de] autor humano» / «"computer-generated", in relation to a work, means that the work is generated by computer in circumstances such that there is no human author of the work;»; Art. 9(1)/(3) – «'Autor' é a pessoa que cria a obra / "author", in relation to a work, means the person who creates it. [Tal pessoa], no caso de uma obra literária, musical ou artistic que seja gerada por computador é a pessoa que criou / providenciou as condições para que a obra fosse criada / In the case of a literary, dramatic, musical or artistic work which is computer-generated, the

portuguesa[8] estabelece que o direito de autor pertence originariamente ao criador *intelectual* da obra (art. 11.º). Será de considerar que os objectos 3D produzidos em impressoras 3D são "criados" por computador? Julgamos que não.

II. As *fotografias* são geradas em condições tais que é indispensável um dispositivo, dito máquina fotográfica, para que aquelas se produzam. É, porém, errado considerar-se que, neste caso, é a máquina que *cria* aquilo que o Direito de autor protege como obra intelectual.

A tutela das fotografias como objecto de direito de autor não está, no direito português, ligada ao processo de produção dos suportes, em papel ou digitais, em que as mesmas se fixam. O pressuposto da tutela jusautoral é, neste caso, a criatividade na "escolha do objecto" ou "as condições de execução" da fotografia (art. 164.º/1 CDADC) – para que haja *obra* fotográfica e a fotografia produzida pela máquina seja protegida por Direito de autor, esta deve revelar uma intervenção humana criativa artística.

Certos programas de computador que introduzem filtros com que se pode até emprestar às fotografias um cunho único são, eles mesmos, protegidos autonomamente nos termos gerais da tutela do *software* por Direito de autor[9], mas não são eles que criam a obra fotográfica: esta não é protegida pela técnica envolvida na fabricação ou pelo processo de produção da foto, mas pela *intervenção humana* quer na escolha do seu objecto e tema quer na selecção, também humana, das condições em que é executada.

author shall be taken to be the person by whom the arrangements necessary for the creation of the work are undertaken».
UKCDPA: Art. 213(2) – «'*Design*' significa o "desenho/*design*" de uma forma ou configuração (seja interna ou externa) de uma parte ou de todo um *item* / 'Design' means the design of... the shape or configuration (whether internal or external) of the whole or part of an article.»; Art. 263 – «'*Design* gerado por computador' significa que o *design* é gerado em circunstâncias tais que não há qualquer [intervenção de] *designer* humano» / "computer-generated", in relation to a design, means that the design is generated by computer in circumstances such that there is no human designer»; Art. 214(2) – «'*Designer*', no caso de um *design* gerado por computador, é a pessoa que criou / providenciou as condições para que o *design* fosse criado / In the case of a computer-generated design the person by whom the arrangements necessary for the creation of the design are undertaken shall be taken to be the designer.»

[8] Código do Direito de Autor e Direitos Conexos de Portugal (CDADC), aprovado pelo Decreto-lei n.º 63/85, de 14-3, sucessivamente alterado até à Lei 9/2021, de 29-1.

[9] Sobre a protecção por Direito de autor dos programas de computador, pode cfr. o nosso *Manual de Direito de Autor*, 4.ª ed., Coimbra, 2020, n.º 34.

Em suma, não é a máquina fotográfica que cria a fotografia que seja uma obra intelectual. Esta é-o precisamente por transcender, na sua expressão formal, a mera reprodução mecânica (fotográfica) da realidade visual e revelar criatividade (humana) na escolha do objecto ou condições de execução.

III. As impressoras 3D – à semelhança das máquinas fotográficas ou das suas congéneres 2D – também nada criam. Realizam uma função produtiva, fabricando objectos (3D) de acordo com as instruções dadas pelo computador a que estão ligadas, o qual, por sua vez, é uma máquina que realiza as operações para que foi programado, de acordo com o que determina o *software* usado para a sua operação.

Os ficheiros CAD, assim como os objectos 3D produzidos a partir das instruções contidas naqueles, não são obras intelectuais, são, quando muito, suportes de obras – e só se figurarem uma. Obra é o programa de computador criativo com o qual se cria o ficheiro CAD e aquela cujo processo de materialização (fixação em suporte 3D) o ficheiro CAD descreva.

IV. Voltando à máquina fotográfica – cuja analogia com a impressão 3D nos sugestiona, porquanto em ambos os casos a fixação da obra em suporte requer uma intervenção mecânica –, esta é, tão-só, o *meio* de que o fotógrafo se serve para criar a sua obra, depois de ter escolhido o objecto da fotografia, a luz e os filtros que usa (estes, porventura, com recurso a programas informáticos), bem como as demais condições de execução[10].

A utilização de meios mecânicos não exclui, por si só, que o resultado possa ser considerado uma obra intelectual sempre que o autor traga à produção do objecto 3D ou 2D que fixa a obra o seu contributo criativo pessoal.

O ficheiro CAD é, na realidade, o suporte de instruções a uma máquina, a impressora 3D, que foram geradas a partir de um programa criado pelo programador deste, um Homem.

5. Métodos de disponibilização de produtos 3D

I. A disseminação dos *designs* contidos nos ficheiros CAD pode ser directa, pela disponibilização dos ficheiros, ou indirecta pela mera oferta de versões 3D de modelos criados digitalmente.

[10] Assim, Maria Teresa Carrancho Herrero, ob. cit., p. 50, nota 18.

II. Pela *distribuição digital*, o modelo CAD fica disponível ao consumidor, gratuitamente ou mediante pagamento. Este, desde que dotado dos conhecimentos e perícia necessários, pode adaptar e personalizar o *design* do produto 3D a imprimir.

São óbvios os potenciais conflitos que podem gerar-se com os titulares de direitos. Como nota Bram Van Wiele[11], assim que um usuário seja detentor de um ficheiro CAD, os titulares de direitos deixam de, na prática, poder impedir a ulterior distribuição e comercialização do mesmo, não podendo também garantir a integridade do ficheiro a jusante. Transferir capacidade de produção para o consumidor implica a perda de controlo sobre as características essenciais do produto, tais como a cor, o material usado e a qualidade, tudo características dependentes do *hardware* e perícia usados no processo de impressão 3D[12].

III. A par da distribuição digital, pode ocorrer a *distribuição física* de objectos produzidos por impressão 3D, que se verifica através de mercados físicos tradicionais. Os produtos da impressão 3D são vendidos como quaisquer outros produtos. As empresas usam a tecnologia de impressão 3D para fabricar produtos finais. O produtor pode ser o titular da marca ou um licenciado, os produtos são vendidos nos mercados retalhistas tradicionais.

Como salienta Bram Van Wiele (ob. cit.), apesar de os produtos serem produzidos a partir de ficheiros CAD carregados (*uploaded*) na plataforma[13], o consumidor comprará um objecto baseado em imagens bidimensionais do *design* original, no qual não pode fazer alterações. O produto final está sujeito à escolha, pelo titular de direitos, do processo de "impressão", mate-

[11] Bram Van Wiele, *Decentralised, democratised and disruptive: how 3d printing challenges the consumer protection rationale of trade marks*, in European Intellectual Property Review, 41(5), 313-23, 2019, disponível em https://ssrn.com/abstract=3399684, acedido em 20/3/2022.

[12] Uma das mais importantes plataformas de partilha de *design* digital é a Thingiverse, a que antes referimos. Os usuários da plataforma podem carregar (*upload*) e colaborar nos *designs*, que estão disponibilizados mediante uma "licença aberta", a "Creative Commons Licence"; outros usuários podem livremente usar e modificar os *designs* de acordo com o estipulado na respectiva licença.

[13] Um exemplo de uma plataforma de distribuição física é a "Shapeways". Esta plataforma permite aos usuários vender a terceiros versões físicas de modelos digitais; a empresa trata da facturação, produção e distribuição. A "Shapeways" não vende os ficheiros CAD, mas apenas o produto físico resultante; os consumidores têm à disposição vários materiais e acabamentos.

riais e cores, pelo que grande parte das características essenciais do produto final continua sob o seu controlo.

IV. Existe uma terceira modalidade de distribuição de ficheiros CAD, com afinidades com a distribuição digital: é a *impressão 3D na* "cloud" ("streaming"). Esta assenta na seguinte ideia: a personalização e concepção dos modelos digitais ocorre na "cloud", após o que o ficheiro de impressão é enviado para o equipamento de impressão do consumidor.

Semelhante à distribuição digital, este método oferece aos consumidores acesso a numerosos *designs on-line* e permite a personalização do *design*, embora muitas vezes limitada pelo *software* base da "cloud" e pelas regras do seu titular. Como refere Bram Van Wiele (ob. cit.), a impressão 3D a partir da "cloud" permite ao titular de direitos controlar quer o *design* quer o produto final cujo ficheiro é descarregado para o equipamento do consumidor; não pode controlar o processo de fabrico, incluindo o tipo, cor e qualidade do material de impressão.

V. Da descrição dos vários métodos de distribuição dos produtos de impressão 3D existentes, revela-se que os titulares de direitos sobre os ficheiros CAD, a "alma" da impressão 3D, podem resultar feridos pela sua disseminação *on-line*, mais do que pela distribuição física dos produtos. Será que os consumidores podem resultar afectados igualmente, posto que os parâmetros tradicionais de identificação dos produtos podem surtir esbatidos nos produtos de impressão 3D?

6. Medidas tecnológicas de informação e de protecção

O art. 217.º CDADC admite a aplicação de dispositivos ou outros mecanismos que limitam o acesso à utilização de obras protegidas por direito de autor que não envolva o pagamento de contrapartidas ao titular do direito. São exemplos destes: na arquitectura, o sistema "Code"; na indústria de conteúdos, os DRM (*Digital Restrictions Management* – sistemas de gestão digital de limitações à cópia), inseridos nos suportes para impedir cópia. No domínio da impressão 3D, existe, por exemplo, o "Manufacturing Control System", uma tecnologia integrada nas impressoras 3D que, quando esta acede ao ficheiro CAD *on-line*, é enviado pedido de autenticação para a sua base de dados, para saber se a impressão está autorizada; esta tecnologia pode ser inserida no ficheiro CAD.

O problema, neste caso como em todas as medidas tecnológicas, é que são cegas, não considerando, por exemplo, as excepções e limitações aos direitos de autor que permitem aos beneficiários destas que acedam livremente às obras.

7. Infracções possíveis aos direitos de propriedade intelectual

I. Como bem se depreende do que expusemos, a digitalização não autorizada, com um *scanner* 3D, de um objecto que fixe uma obra protegida é violação do exclusivo conferido pelo direito de autor ou direito industrial correspondente. A demonstração de que tal é feito para uso privado, não legitima a prática, como se verá.

A cópia do *software* que produz o ficheiro CAD (e do ficheiro propriamente dito) ou daquele que permite accionar a impressora 3D é, obviamente, violação do direito de autor nos programas de computador (cfr. Decreto-lei n.º 252/94, de 5-10[14]). Qualquer alteração não autorizada a este *software*, bem como a sua distribuição em exemplares ou a sua colocação à disposição do público na Internet estão também vedadas.

Diga-se também, agora no domínio dos direitos industriais, que a digitalização de um produto cuja invenção esteja patenteada, a sua utilização, mediante cópia ou outra, depois de "impresso" em 3D deve ser autorizada pelo titular da patente, sob pena de incurso em ilícito.

II. Quanto às impressoras 3D, copiar o *software* que as faz funcionar sem autorização do autor deste é ilícito.

Também viola o exclusivo outorgado pelo direito industrial comercializar a própria impressora sem autorização do fabricante, porquanto usurpa os exclusivos inerentes à patente de invenção e à marca.

III. A própria partilha não autorizada do ficheiro CAD, bem como o seu *uploading* ou *downloading*, viola o exclusivo do programador que criou o *software* que o gera.

O uso privado do objecto que fixe uma obra protegida só violará o direito de autor se não respeitar os limites gerais inerentes a este[15]. Já a cópia privada do ficheiro CAD deve implicar remuneração ao autor, nos termos

[14] "Sobre a protecção jurídica dos programas de computador por direito de autor".

[15] Sobre este ponto particular, pode cfr. o nosso *Manual de Direito de Autor...*, cit., n.º 62.

gerais do art. 82.º CDADC, exigindo-se uma alteração da lei que regula a cópia privada[16], para que esta passe a incluir os vários dispositivos e suportes que a impressão 3D envolve.

IV. De igual modo, a própria reprodução ou comercialização não autorizadas do objecto 3D, que fixe uma obra intelectual, são ilícitas, pelas razões evidentes acima apontadas: violam os direitos de autor e/ou os direitos industriais inerentes.

8. A eventual lesão de direitos de autor decorrente da impressão 3D. O uso privado

I. Maria Teresa Carrancho[17] afirma: "O ficheiro deve ser protegido com independência da execução material da obra, já que é no arquivo que se contém a fixação da ideia do autor, a sua criação, a exteriorização da obra, portanto é o elemento que deve ser tido em conta para determinar se concorrem os requisitos para considerá-la obra protegida por propriedade intelectual e propriedade industrial – a protecção do ficheiro é, portanto, essencial por ser fácil copiar e reproduzir o seu conteúdo". Parece-nos esta uma confusão, frequente, entre conteúdo e continente.

O ficheiro CAD é apenas o suporte material (digital) da obra, de cuja materialização recolhe as "instruções", dadas pelo programa de computador que o gera, para produção do objecto 2D ou 3D que fixe aquela.

A fabricação da peça 3D é apenas a sua fixação num novo suporte. A reprodução após digitalização por *scanner* é apenas uma modalidade de cópia de um objecto material preexistente, que pode ou não fixar uma obra. Esta realidade nem sequer é nova, se considerarmos que, já antes, uma obra literária fixada num livro podia ser "*scannerizada*" (digitalizada) e reproduzida num novo livro com o formato físico desejado[18]. Quer o ficheiro quer a peça 3D são só suportes[19].

[16] Lei n.º 49/2015, de 5-6.

[17] Ob. cit., p. 60.

[18] Maria Teresa Carrancho, ob. cit., p. 60, continua: "Se a peça tiver sido executada, teremos ainda uma obra material a proteger de possíveis violações, em particular a sua reprodução não autorizada pelo autor, que pode levar-se a cabo mediante a digitalização por *scanner* para posterior reprodução em exemplares". Não concordamos.

[19] Assim como os ficheiros *doc.* são suportes de documentos escritos.

II. Diogo Lopes Alves[20] sustenta que pode entender-se que, nos termos do art. 68.º/2-g) CDADC, a impressão 3D é acto de transformação de obra. Recorde-se que é transformação de uma obra, no sentido que interessa ao Direito de autor, por exemplo, traduzir um texto literário ou cinematizar ou dramatizar um romance. Não concordamos que seja o caso da impressão 3D.

A impressão 3D nada transforma. Como vimos, limita-se a fixar uma obra, que eventualmente conste descrita num ficheiro CAD, num suporte diferente, ou em, inversamente, fixar num ficheiro CAD uma obra fixada num suporte físico analógico que um *scanner* 3D digitalize. Não há qualquer transformação *da obra*, há, como vimos, uma transferência de suporte desta.

III. O art. 198-a) do CDADC e o art. 270 do Código Penal espanhol punem por plágio[21]. Considerar que "a impressão 3D pode servir para reproduzir de forma idêntica uma obra, que depois se vende fazendo-a passar por original"[22], é, mais uma vez, confundir o conteúdo com o continente, a obra com o seu suporte.

É plágio qualquer tipo de reprodução não autorizada em que o plagiário faça passar por sua uma parte essencial da obra que se plagia ou em que uma parte essencial da obra plagiária é alheia. O suporte é indiferente.

IV. Pode utilizar-se uma reprodução 3D de uma obra para ilustrar uma outra obra (assim como se se utilizasse, num filme cinematográfico, uma impressão 3D para demonstrar como esta se realiza). A impressão 3D também pode ser usada para fins de investigação científica. São todas novas utilizações, novas aplicações da obra que se imprima, livres ou não conforme os fins e as condições de utilização (cfr. art. 75.º CDADC). E poderá falar-se de cópia privada de obras aptas à impressão 3D? Não duvidamos que sim.

Se a impressão 3D for estritamente para uso do que copia imprimindo, sem afectar os interesses legítimos do autor, sem prejudicar a exploração normal da obra, é lícita como uso privado e deve ser remunerada pela compensação por cópia privada; a quantia cobrada deve incidir sobre impressoras e *scanners*.

[20] Ob. cit., p. 29.

[21] Sobre este tema, pode cfr. o nosso *Plágio e Direito de Autor*, *in* Revista de Direito Intelectual, n.º 1-2020.

[22] Maria Teresa Carrancho, ob. cit., pp. 64/65.

No entanto e dadas as possibilidades de cópia que a fabricação individual de objectos 3D poderá assumir no futuro, se se simplificarem os processos e se forem reduzidos os custos, deve considerar-se que o uso privado só é lícito se tiver uma fonte lícita[23]. As possibilidades que os ficheiros CAD e as impressoras 3D abrem à cópia privada assim o recomendam. Se a obra a que se acede e que se imprime em 3D tiver uma proveniência ilícita (o usuário/utilizador acede-lhe sem autorização do autor), a impressão por cópia privada é ilícita[24]: se alguém roubar um livro, não pode fazer uso privado lícito da obra nele fixada (por exemplo, lendo-a); se alguém fizer uma fotocópia ou o *download* para uso privado de uma obra ilicitamente colocada à disposição do público na Internet, pratica um acto ilícito. Isto acontece também, evidentemente, se a obra estiver contida num ficheiro CAD disponibilizado *on-line*; se alguém fizer o *upload* de um ficheiro CAD a que acedeu ilicitamente (ou colocar este à disposição do público na Internet), pratica um acto ilícito.

Deve formular-se o princípio: só é possível fazer uso privado de ficheiros CAD que contenham obras intelectuais protegidas se a proveniência desse ficheiro for lícita. O art. 5.º/2 da Directiva relativa à Sociedade da Informação[25] deve ser interpretado no sentido de que o uso privado só é admitido se for lícita a fonte a partir da qual é efectuada a reprodução.

A impressão 3D de muitos exemplares de um objecto que contenha uma obra protegida extravasa os limites do uso privado, pois "prejudica a exploração normal da obra" (art. 81.º-b) CDADC)[26].

[23] Contra, pensamos que sem razão, Diogo Lopes Alves, ob. cit., p. 48.

[24] Cfr. Acórdão TJUE ACI Adam, de 10-4-2014 – Proc. C-435/12: «O direito da União, em especial o artigo 5.º, n.º 2, alínea b), da Diretiva 2001/29, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de maio de 2001, relativa à harmonização de certos aspetos do direito de autor e dos direitos conexos na sociedade da informação, em conjugação com o n.º 5 do referido artigo, deve ser interpretado no sentido de que se opõe a uma legislação nacional, como a que está em causa no processo principal, que não distingue se é lícita ou ilícita a fonte a partir da qual é efetuada uma reprodução para uso privado».

[25] Directiva 2001/29/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de Maio de 2001.

[26] Pode cfr. também o caso norte-americano "American Geophysical *v.s.* Texaco Inc.": a impressão de muitos exemplares de uma obra prejudica o copyright e extravasa o *fair use*, pois "ao imprimir centenas de exemplares de artigos de uma revista para distribuir aos seus investigadores, prejudica-se a exploração normal da obra (fixada na revista) que estes deixam de comprar".

V. Lançar em rede, na Internet, um ficheiro CAD com "instruções" para a impressão 3D de um suporte de uma obra é, indiscutivelmente, um acto de colocação à disposição do público dessa obra, o que é reservado ao titular do direito de autor correspondente.

Disponibilizar na Internet um sítio para aceder a ficheiros CAD aptos à produção de obras em três dimensões por impressoras é acto que passará a ser reservado, quando o art. 17.º da Directiva 2019/790[27] for transposto, como acto de colocação à disposição do público.

9. Direitos de propriedade industrial que podem estar envolvidos na impressão 3D

I. A produção, simples utilização ou mesmo comercialização de um objecto 3D patenteado como invenção (cfr. art. 50.º do Código da Propriedade Industrial – CPI[28]), a partir de um ficheiro CAD que contenha instruções para tal, viola direito (dito "de propriedade") industrial.

Como se sabe, os chamados direitos de propriedade industrial, ditos integrados na chamada propriedade intelectual (direitos de autor e direitos conexos, direitos industriais e direitos da sociedade da informação), são exclusivos de exploração económica de bens industriais (como as invenções, os desenhos e modelos, os desenhos industriais, as marcas, etc.).

[27] Directiva (UE) 2019/790, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de abril de 2019 relativa aos direitos de autor e direitos conexos no mercado único digital e que altera as Diretivas 96/9/CE e 2001/29/CE. Art. 17.º – «Os Estados-Membros devem prever que os prestadores de serviços de partilha de conteúdos em linha realizam um ato de comunicação ao público ou de colocação à disponibilização do público para efeitos da presente diretiva quando oferecem ao público o acesso a obras ou outro material protegido protegidos por direitos de autor carregados pelos seus utilizadores. Os prestadores de serviços de partilha de conteúdos em linha devem, por conseguinte, obter uma autorização dos titulares de direitos a que se refere o artigo 3.º, n.ºs 1 e 2, da Diretiva 2001/29/CE, por exemplo, através da celebração de um acordo de concessão de licenças, a fim de comunicar ao público ou de colocar à disposição do público obras ou outro material protegido».
Sobre o tema, pode cfr. o nosso *A Directiva (UE) 2019/790, relativa aos direitos de autor e direitos conexos no mercado único digital e os termos para a sua transposição em Portugal*, *in* Revista de Direito Intelectual, n.º 2 – 2019.

[28] Art. 50.º/1 CPI – Código da Propriedade Industrial de Portugal, aprovado pelo Decreto-lei n.º 110/2018, de 10 de Dezembro: «Podem ser objeto de patente as invenções novas, implicando atividade inventiva, se forem suscetíveis de aplicação industrial, mesmo quando incidam sobre um produto composto de matéria biológica, ou que contenha matéria biológica, ou sobre um processo que permita produzir, tratar ou utilizar matéria biológica.»

Ao produzir-se, a partir de um ficheiro CAD, um objecto cuja invenção esteja protegida por patente (registo de uma invenção) em vigor, sem autorização (licença) do titular da mesma, viola-se esse exclusivo.

Para evitar a disseminação incontrolável dessa prática, facilitada pela circulação planetária que os ficheiros CAD propiciam, recomenda-se que os titulares dessas patentes (empresas, muitas vezes) passem a produzir, elas mesmas, os ficheiros CAD com a descrição digital desses produtos e disponibilizem licenças de acesso a tais ficheiros.

II. Os desenhos e modelos industriais designam a aparência da totalidade ou de parte de um produto resultante das características de linhas, contornos, cores, forma, textura ou materiais (cfr. art. 173.º CPI[29]). São exemplo os estampados de tecidos ou o *layout* de um programa de uma página de um *site*.

Os ficheiros CAD são produtos, na acepção que interessa à propriedade industrial[30]. Só o titular do exclusivo relativo ao desenho ou modelo pode autorizar ficheiros CAD que reproduzam os gerados pelo titular dos direitos sobre esse modelo ou desenho.

Fica excepcionado do exclusivo referido, que se adquire pelo registo do desenho ou modelo, o uso privado desse modelo ou desenho (art. 198.º-a) CPI[31]). Pensamos que as potencialidades abertas a este uso pela previsível grande disseminação das impressoras 3D e dos ficheiros CAD que as activam recomendam uma adaptação deste preceito.

10. Impressão 3D e direitos industriais – as marcas

I. Como refere Bram Van Wiele (ob. cit.), num minucioso estudo sobre o tema, a função tradicional da marca registada de identificação da origem dos produtos, ligando-os ao fabricante ou fonte física das mercadorias e serviços, perdeu-se em parte com o *outsourcing* da produção e o licenciamento da utilização das marcas. Os consumidores consideram as marcas um indicador de qualidade: os produtos que usam uma marca devem

[29] «O desenho ou modelo designa a aparência da totalidade, ou de parte, de um produto resultante das características de, nomeadamente, linhas, contornos, cores, forma, textura ou materiais do próprio produto e da sua ornamentação».

[30] Contra Diogo Lopes Alves, ob. cit., p. 47, que defende o mesmo mas só por interpretação analógica.

[31] «Os direitos conferidos pelo registo não abrangem: a) Os atos realizados num âmbito privado e sem fins comerciais».

supostamente obedecer a um padrão de qualidade, sejam fabricados directamente pelo titular da marca ou por um seu licenciado autorizado.

Como salienta o mesmo Autor, há três factores decisivos do nível de qualidade dos produtos da impressão 3D: a) a qualidade e integridade do ficheiro CAD; b) os parâmetros de impressão; e c) o processo de impressão, incluindo o tipo de equipamento utilizado. O consumidor informado pode distinguir e avaliar separadamente o titular da marca, o *designer* e o produtor.

II. O titular da marca pode impedir terceiros não autorizados de usar no exercício do comércio uma marca para produtos ou serviços idênticos ou similares àqueles para os quais a marca está registada, quando de tal uso resulte confusão do consumidor.

Para que haja infracção, é necessário que a marca seja *usada no exercício do comércio*. No âmbito da impressão 3D, a fronteira entre o uso pessoal e comercial resulta esbatida. O TJUE considerou que "existe uso no exercício do comércio" quando o sinal distintivo é usado no contexto de uma actividade comercial que visa uma vantagem económica e não o uso privado[32]. O TJUE mais considerou[33] que: "[...] os direitos exclusivos conferidos pelas marcas apenas podem ser invocados, em princípio, em relação a operadores económicos. Com efeito, para que o titular de uma marca esteja habilitado a proibir que um terceiro faça uso de um sinal idêntico ou semelhante a essa marca, é preciso que este uso tenha lugar na vida comercial. Daqui decorre que, quando uma pessoa singular vende um produto de marca num sítio de comércio electrónico sem que esta transacção se enquadre no contexto de uma actividade comercial, o titular da marca não pode invocar o direito exclusivo enunciado nos artigos 5.º da Directiva 89/104 e 9.º do Regulamento n.º 40/94. Em contrapartida, se as vendas aí efectuadas ultrapassarem, devido ao seu volume, frequência ou outras características, a esfera de uma actividade privada, a actividade do vendedor enquadra-se no âmbito da «vida comercial» na acepção dos referidos artigos". De tudo isto, poderia resultar concluir-se que uma venda ocasional de um produto de uma impressão 3D privada não constitui violação da marca registada aplicada a esse produto. Não é assim.

[32] ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA 12 de Novembro de 2002, no processo C-206/01 (Arsenal Football Club vs.Matthew Reed).

[33] ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA, de 12 Julho 2011, Processo C-324/09 L'Oréal SA vs. eBay International AG e o.

O dano do carregamento na *net* de modelos digitais não reside no volume ou frequência dos carregamentos, mas na própria natureza dos ficheiros CAD que permitem um número indeterminado de reproduções a todos os que lhes acedam uma vez carregados e disponibilizados *on-line*. Os intermediários que albergam ficheiros CAD ou que facilitam a sua transferência, ainda que sem fins lucrativos, acolhem milhares de ficheiros de modelos que ficam disponíveis ao público com benefícios directos ou indirectos para a plataforma. Em suma, o uso comercial relevante é o da plataforma que disponibiliza os ficheiros, independentemente de os ficheiros CAD descarregados ou simplesmente acedidos ser feito por usuários individuais. É, aliás, o Parlamento Europeu que, na RPE acima referida[34], assinala a necessidade de controlar a reprodução dos objectos tridimensionais, de rastrear os objectos 3D e de, no caso de uma cópia 3D constituir uma cópia privada, ser necessário aplicar a essas cópias as regras da cópia privada, nomeadamente no que se refere a compensação ou cobrança[35].

III. O exclusivo outorgado pelo registo da marca está limitado às utilizações de produtos e serviços para os quais a marca está registada. Os instrumentos reguladores europeus não definem "utilização". Será que os ficheiros CAD são, na realidade, mercadorias, produtos na acepção relevante? Consideramos que sim.

Excluir as mercadorias/produtos digitais do conceito de "mercadoria" relevante para este efeito permitiria retirar aos titulares de direitos todo e qualquer controlo da utilização das suas marcas registadas no âmbito da impressão 3D, onde a produção física é descentralizada e difícil de detectar; aliás, como judiciosamente refere Bram Van Wiele (ob. cit.), "são apenas alguns *clic* de rato de computador que separam os modelos digitais e os objectos 3D físicos: a protecção de uma marca registada de uma jarra cobre os modelos digitais de jarras".

IV. Outro factor relevante do exclusivo da marca é o de evitar a confundibilidade entre produtos.

O consumidor que encontre um objecto físico fruto de distribuição digital ou *streaming*, proveniente de impressão 3D a partir de um ficheiro CAD,

[34] RPE, n.º 4.

[35] Em Portugal, a entidade responsável pela cobrança e distribuição da remuneração por cópia privada é a AGECOP – Associação para a Gestão da Cópia Privada.

pode ser confundido não quanto à origem do modelo digital, que não conhece, mas quanto à origem do produto físico que consome; se reclamar, reclamará não contra a pessoa que vendeu o ficheiro digital, mas contra a pessoa que vendeu o objecto físico.

V. Para aferir da confusão entre produtos junto do consumidor final, é importante determinar quem é o "público relevante" quando deparamos um produto de impressão 3D. É o que compraria os produtos no contexto retalhista tradicional ou o que usa as plataformas e que está familiarizado com a impressão 3D?

Como bem assinala Maria Miguel Carvalho[36], "a hipótese [prevista no Código da Propriedade Industrial português] abarca as situações em que as marcas são idênticas ou semelhantes e assinalam produtos ou serviços idênticos ou afins. [...] a protecção é conferida se existir um risco de confusão no espírito do público, esclarecendo a DM [Directiva europeia das Marcas] que o risco de confusão compreende o risco de associação com a marca anterior". Ora, acrescentamos nós, o produtos da impressão 3D, muito embora originários de produtores distintos e seguindo processos de produção próprios, *podem* ser destinados aos mesmíssimos consumidores que os produtos de produção fabril tradicional: o risco de confusão entre os mesmos, desde que portadores da mesma marca, é real. Concluímos que "público relevante" é todo o que possa aceder a produtos da impressão 3D, ou seja, todo o potencial destinatário destes produtos, independentemente do processo de produção respectivo; o facto de não possuir uma impressora 3D apta a ler um ficheiro CAD ou de não estar familiarizado com este processo de produção aditiva não diminui, pelo contrário, o risco de confusão pelo consumidor entre produtos de produção 3D e produtos de produção tradicional, desde que portadores da mesma marca. Também aqui não vemos razão para a especialidade de tratamento.

[36] *Código da Propriedade Industrial Anotado*, coord. Luís Couto Gonçalves, Coimbra, 2021, comentário *sub* art. 249.º, n.ºs 6 e 7.

11. Responsabilidade pelos produtos de impressão 3D[37]

11.1. Responsabilidade do produtor

I. A responsabilidade do produtor por produtos defeituosos surge, no ordenamento jurídico português, especialmente consagrada no Decreto-Lei n.º 383/89[38], que transpõe a Directiva 85/374/CE, de 1985.

II. O Decreto-lei 383/89 aplica-se, segundo Acórdão da Relação do Porto de 17-6-2004[39], aos *danos pessoais* sofridos por qualquer pessoa, profissional ou consumidor; aplica-se também aos *danos materiais*, mas apenas aos sofridos por consumidores, não os dos profissionais nem os dos que usam os produtos no âmbito de uma actividade comercial. Por outras palavras (art. 8.º do Dec.-lei 383/89): a) *todos* têm direito à reparação de danos pessoais causados por produto defeituoso ("morte ou lesão pessoal", na expressão do citado art. 8.º); b) *os consumidores* (apenas) – não os profissionais – têm direito à reparação dos danos materiais ("...danos em coisa diversa do produto defeituoso, desde que seja normalmente destinada ao uso ou consumo privado e o lesado lhe tenha dado principalmente esse destino", na expressão do mesmo art. 8.º, parte final) (Acórdão STJ de 13-1-2005).

III. O que significa a expressão legal citada "uso ou consumo privado"? Acórdão da Relação de Lisboa de 9-7-2003 exemplifica: é de uso privado o frigorífico usado em casa, mas já não o usado na empresa; é de uso privado o automóvel particular do empresário, mas já não o carro da empresa. Transposta esta concepção para o universo da impressão 3D, o produto da impressão 3D só será de uso privado se o produtor, detentor do equipamento 3D, o reservar para seu uso pessoal ou familiar.

[37] Em desenvolvimento deste tema, pode cfr. o nosso *Responsabilidade do produtor e do vendedor por produtos defeituosos no direito português. co-responsabilização do consumidor*, *in* v. 4 n. 3 (2021): Revista IBERC (DOI: https://doi.org/10.37963/iberc.v4i3.182).

[38] Decreto-lei n.º 383/89, de 6-11, sucessivamente alterado até ao Decreto-Lei n.º 131/2001, de 24-4.

[39] Toda a jurisprudência citada neste artigo está acessível em www.dgsi.pt.
O elenco da jurisprudência selecionada replica a escolha de Vera Lúcia Paiva Coelho, no interessante e muito completo estudo *Responsabilidade do produtor por produtos defeituosos "Teste de resistência" ao DL n.º 383/89, de 6 de novembro, à luz da jurisprudência recente, 25 anos volvidos sobre a sua entrada em vigor*, *in* Revista Electrónica de Direito, Junho de 2017, acessível, em Março de 2022, em https://cije.up.pt/pt/red/edicoes-anteriores/2017-nordm-2/....

Consideramos que esta ideia não é transponível para o universo dos ficheiros CAD, já que, ainda que criado para fins privados, o ficheiro é apto a um sem-fim de utilizações que proporcionam um número indeterminado de cópias e possibilitam a produção de uma infinidade de produtos. Assim, só será para uso privado o ficheiro CAD que o seu criador mantenha para seu uso restrito, sem divulgação *on-line*.

11.2. Conceito de produtor de produto 3D

I. "Produtor", na designação da lei (art. 2.º Dec.-lei 383/89), é: a) o fabricante do produto acabado, de uma parte componente ou matéria-prima; b) o importador de "produtos para venda, aluguer, locação financeira ou outra qualquer forma de distribuição"; c) "qualquer fornecedor de produto cujo produtor comunitário não esteja identificado". Desta definição, resulta que é responsabilizado quer o produtor do produto acabado quer o fabricante de parte componente ou o fornecedor de matéria-prima defeituosa.

Há quem confunda o que chama "produtor aparente" (o que se apresente como fabricante pela aposição no produto do seu nome, marca ou outro sinal distintivo)[40] com "o distribuidor, grossista ou grandes cadeias comerciais", apesar de não ser o fabricante do produto acabado. Consideramos que isto não resulta da lei, salvo nos casos em que o comerciante falseie a identidade do fabricante. Só nestes casos, de fraude ou falsidade na identificação do fabricante, entendemos admissível imputar responsabilidade pelo produto defeituoso ao dito "produtor aparente"/distribuidor. Estão aqui em causa as chamadas marcas brancas ou de comerciante. Nestas, a identificação do produto como de marca do comerciante/distribuidor, normalmente uma grande cadeia comercial, não pode escamotear ou excluir a responsabilidade do fabricante ou do importador pelo defeito do produto que lese os usuários.

Em suma, pelos defeitos no produto, responde:

a) o fabricante (dito "produtor real");
b) o que se apresente como fabricante (dito "produtor aparente"), sem prejuízo de se co-responsabilizar o "produtor real" quando este seja determinável;
c) o importador de produtos provenientes de país estranho à União Europeia, destinados à venda, aluguer, locação financeira ou outra forma de distribuição.

[40] Caso de Vera Lúcia Paiva Coelho, ob. cit..

Transpostas para o universo da impressão 3D, estas ideias não permitem apontar um "produtor" identificável do produto 3D. Tanto o criador (autor) do ficheiro CAD como o distribuidor deste (aquele que o disponibiliza, nomeadamente por *streaming*) podem ser considerados produtores do produto 3D. Já o detentor do equipamento que "imprime" / produz o objecto 3D tanto pode ser um produtor que imprime para comercializar como um consumidor final dos bens que imprime para consumo próprio. Se o produto da impressão 3D apresentar defeitos, tanto é responsabilizável o criador do ficheiro CAD como aquele que o distribui e o faz acessível aos detentores de equipamentos e dispositivos de impressão, e também estes se, por sua vez, comercializarem os produtos impressos.

11.3. Conceito de defeito

I. O conceito de "defeito" que consta da lei (art. 4.º Dec.-lei 383/89) não é exactamente coincidente com o que lhe dá o sentido corrente de imperfeição ou desconformidade com as características que permitem servir a utilização normal daquele tipo de produtos. A lei refere como defeituoso "aquele [produto] que não oferece a segurança com que legitimamente se pode contar, tendo em atenção todas as circunstâncias": apresentação, utilização razoável e momento da entrada em circulação.

Liga-se, assim, a existência de defeito no produto à *segurança* que este oferece[41].

Esta visão é desconforme à que resulta do Código Civil. O art. 913.º classifica como "coisa defeituosa a que sofrer vício que a desvalorize ou impeça a realização do fim a que é destinada, ou não tiver as qualidades asseguradas pelo vendedor ou necessárias para a realização daquele fim" (n.º 1); por "fim", entende-se a "função normal das coisas da mesma categoria" (n.º 2). A Lei de Defesa do Consumidor (art. 4.º) liga a qualidade dos produtos à "aptidão para a satisfação dos fins a que se destinam e a produzir os efeitos que se lhes atribuem, designadamente considerando as legítimas expectativas do consumidor".

[41] Acórdão da Relação de Lisboa de 9-1-2007 (Processo n.º 9693/2006-7, Relator Orlando Nascimento, disponível em www.dgsi.pt.) considerou defeituoso, em termos que geram responsabilidade civil, um veículo que vertia gasóleo e se desligava por representar perigo para o condutor e para a circulação. Acórdão da Relação de Lisboa de 11-4-2013 considera "produto defeituoso" um desincrustante que, quando manuseado, provocou queimaduras nos joelhos.

Julgamos particularmente esclarecedor, quanto ao âmbito de aplicação desta lei, Acórdão do STJ de 2-6-2016[42], que aduz: "por produto defeituoso entende-se – não aquele que é inapto para o fim a que se destina[43] – o que carece de segurança, a legitimamente esperada, decorrente de deficiente concepção, de fabrico ou de informação". É um aresto muito esclarecedor, na medida em que, de uma assentada, varre deste âmbito o concurso do conceito da lei civil; por outro lado, deixa a dúvida sobre se os riscos decorrentes de uma deficiente informação são, ou não, independentes para efeitos de responsabilidade civil, se consubstanciam em si um facto que responsabiliza autonomamente ou se se consomem na responsabilidade *geral* por produtos defeituosos[44/45].

O art. 3.º-b) do Dec.-lei 69/2005, sobre segurança geral de produtos, já define "produto seguro" como "qualquer bem que em condições de utilização normais ou razoavelmente previsíveis [...] não apresente riscos ou apresente apenas riscos reduzidos compatíveis com a sua utilização e considerados conciliáveis com um elevado nível de protecção da saúde e segurança dos consumidores".

Vera Lúcia P. Coelho (ob. cit.) enuncia três circunstâncias a atender para aferir a segurança do produto: a) a apresentação do produto; b) a utilização razoável do produto; c) o momento da entrada do produto em circulação.

Propomos uma definição, que pode também ser adoptada para determinar a aplicação do Dec.-lei 383/89: *considera-se que um produto é defeituoso quando, dadas as suas características e funcionalidade, não cumprir as finalidades práticas de uso*. Consideramos que o defeito no produto é relevante sempre que o seu uso ponha em causa a saúde e segurança dos consumidores (art. 4.º Dec.-lei 383/89). Esta circunstância gera a responsabilidade tratada no Dec.-lei 383/89.

No universo da impressão 3D, o produto pode resultar defeituoso tanto por o seu *design* original, constante do ficheiro CAD, ser imperfeito, como por existirem deficiências nos equipamentos (impressoras, *scanners*) que o produzem. A responsabilidade deve ser imputada ao que concebe o ficheiro

[42] Relator Orlando Afonso, Processo n.º 2213/10.8TVLSB.L1.S1 disponível em www.dgsi.pt.

[43] Conceito a que recorre o Código Civil.

[44] Cfr. o que adiante aduzimos em conclusão sobre este ponto.

[45] Esta discrepância de definições tem permitido que os tribunais apliquem o regime especial dos produtos defeituosos às relações entre agentes económicos, por exemplo entre produtores e comerciantes.

CAD, no primeiro caso, ou ao que fabrica o equipamento ou dispositivo defeituoso, no segundo.

II. A *informação defeituosa* sobre as características do produto, nomeadamente aquela que possa pôr em causa a segurança dos consumidores, é um vício autónomo.

A reacção da ordem jurídica a danos causados por uma informação defeituosa sobre as características do produto ou sobre a sua funcionalidade deve ser independente da movida por defeitos intrínsecos do produto. Se o produto apresentar características conformes às anunciadas/informadas, mas estas implicarem defeito que ponha em causa a saúde ou segurança dos utilizadores, é um produto defeituoso para efeitos de aplicação da lei em análise. Se a informação sobre a utilização do produto, que em si mesmo não apresenta defeitos ou características perigosas, for deficiente, viola-se o direito dos consumidores a uma informação correcta e precisa sobre os produtos (a Lei de Defesa do Consumidor proscreve-o como vício autónomo – cfr. art. 8.º/1-a)).

11.4. Responsabilidade do produtor – uma responsabilidade objectiva

I. A responsabilidade do produtor / distribuidor por produtos defeituosos é uma responsabilidade objectiva (art. 1.º Dec.-lei 383/89). O regime é inderrogável (art. 10.º), não podendo ser clausulado em contrário.

II. O produtor – aquele que, na acepção acima referida, designamos como tal – pode afastar a sua responsabilidade sustentando uma das causas de exclusão previstas na lei (art. 5.º Dec.-lei 383/89).

Em primeiro lugar, aquele que pretende afastar a responsabilidade pode consegui-lo provando que não é o agente que pôs em circulação o produto (alínea a)). Pode, também, eximir-se de responsabilidade provando que, à data da entrada em circulação do produto, o defeito não existia (alínea b)).

Mais interessante é a causa de exclusão prevista no art. 5.º-c): a responsabilidade não existe se o produtor provar que não fabricou o produto com objectivo económico ou que não o distribuiu no âmbito da sua actividade profissional. Não se compreende: se a responsabilidade é objectiva, independente de culpa do agente, se o dano ou risco para a saúde dos consumidores existe, porquê excluir a responsabilidade com este fundamento quando o produto for distribuído sem intuito comercial? Este motivo de exclusão revela bem um dos objectivos deste normativo: punir os agentes

económicos pelos danos causados pelo giro empresarial de que retirem benefícios (quem beneficia da actividade deve suportar as consequências danosa que dela resultem). Transposto para o universo da impressão 3D, isto significa que apenas os que comercializem os produtos da impressão 3D, assim como os que comercializem equipamentos e dispositivos aptos a tal função e, bem assim, os autores que comercializem e os que distribuam ficheiros CAD com o *design* do produto em causa podem ser responsabilizados.

Por último, isenta-se de responsabilidade o que provar que o defeito é de concepção, não de produção. Consideramos que tal só é assim quando se demonstre que as actividades de concepção e de produção estão a cargo de entidades diferentes, posto que a concepção de um produto com defeitos é passível de incurso em responsabilidade civil, nos termos gerais.

12. Imputabilidade da responsabilidade por produtos de impressão 3D defeituosos

A responsabilidade por produtos defeituosos, como responsabilidade objectiva que é, visa principalmente penalizar o empresário que retira vantagens da comercialização de um produto pelas ineficiências deste, na medida em que causem riscos para a segurança ou saúde dos consumidores: quem retira vantagens de uma actividade deve suportar os prejuízos causados em consequência do exercício dessa actividade ou dos produtos da mesma.

Isto explica que o produtor (fabricante ou distribuidor) responda apenas quando o produto é distribuído no âmbito da sua actividade empresarial lucrativa. Isto significa também que só responda por produtos já postos em circulação e a partir desse momento (art. 5.º-a) Dec.-lei 383/89).

No âmbito da impressão 3D, responderá pelos defeitos nos produtos dessa impressão aquele que os comercialize, assim como os que comercializem equipamentos e dispositivos aptos a tal função e, bem assim, os autores que comercializem e os que distribuam ficheiros CAD com o *design* do produto em causa.

13. Impressão 3D e garantia de produtos

O estudo da aplicação do regime da garantia de produtos[46] à impressão/produção de bens tridimensionais justificaria um ensaio autónomo. Do mesmo, focaremos apenas dois ou três aspectos.

[46] Decreto-lei n.º 84/2021, de 18-10, que "Regula os direitos do consumidor na compra e venda de bens, conteúdos e serviços digitais, transpondo as Diretivas (UE) 2019/771 e (UE) 2019/77".

Em primeiro lugar, importa saber se este regime se aplica à produção de objectos 3D que sejam comercializados. A resposta afirmativa, ditada pela aparência desta realidade, esbarra com a definição de "produtor" contida no art. 2.º-p) da lei (Decreto-lei n.º 84/2021). Neste, o "produtor" é caracterizado como "o fabricante de bens, conteúdos ou serviços digitais, o importador de bens na União Europeia ou qualquer outra pessoa que se apresente como produtor, através da indicação, nos bens, do seu nome, marca ou outro sinal distintivo". Aqui nos vemos remetidos para questão que abordámos já: quem é o produtor de um objecto 3D?

Como expusemos acima, na impressão 3D tanto é produtor o criador (autor) do ficheiro CAD como o distribuidor deste (aquele que o disponibiliza, nomeadamente por *streaming*). Já o detentor do equipamento que "imprime"/produz o objecto 3D tanto pode ser um produtor que imprime para comercializar como um consumidor final dos bens que imprime para consumo próprio. O problema suscita-se quando o produto da impressão 3D surja comercializado sob licença, ostentando marca de fabricante que não é o que o "imprime". Consideramos que, neste caso, a produção – e consequente responsabilização por defeitos no produto – é conjunta quer do titular da marca ou outro sinal distintivo que autoriza a produção sob licença quer do que efectivamente fabrica o produto na sua impressora.

Outra questão que o regime legal em apreço suscita é a do "âmbito de aplicação" deste regime. Nos termos da referida lei (art. 3.º/1-a)), "O presente decreto-lei é aplicável: Aos contratos de compra e venda celebrados entre consumidores e profissionais, incluindo os contratos celebrados para o fornecimento de bens a fabricar ou a produzir". Será que o fornecimento e a comercialização de produtos 3D cabem aqui? Tudo depende do que puder ser considerado um "profissional".

Nos termos da mesma lei (art. 2.º-o)), "«Profissional» [é] uma pessoa singular ou coletiva, pública ou privada, que atue, inclusivamente através de qualquer outra pessoa em seu nome ou por sua conta, para fins relacionados com a sua atividade comercial, industrial, artesanal ou profissional, no que respeita aos contratos abrangidos pelo presente decreto-lei". Ora, a actividade de fornecimento de ficheiros CAD para produção de produtos 3D, assim como a digitalização de produtos 3D ou a sua "impressão", desde que, num caso e nos outros, tais produtos se destinem a ser comercializados, são actividades comerciais e os que a ela se dediquem devem, por conseguinte, ser considerados "profissionais".

A mesma lei (art. 5.º) responsabiliza o profissional pela "falta de conformidade" dos bens. Enuncia, de seguida, requisitos subjectivos e objectivos para a conformidade dos bens ao contratado. Entre os requisitos objectivos de conformidade, salienta-se dever o bem: "Corresponder à descrição e possuir as qualidades da amostra ou modelo que o profissional tenha apresentado ao consumidor antes da celebração do contrato, sempre que aplicável" (art. 7.º/1-b)); e "Corresponder à quantidade e possuir as qualidades e outras características, inclusive no que respeita à durabilidade, funcionalidade, compatibilidade e segurança, habituais e expectáveis nos bens do mesmo tipo considerando, designadamente, a sua natureza e qualquer declaração pública feita pelo profissional, ou em nome deste, ou por outras pessoas em fases anteriores da cadeia de negócio, incluindo o produtor, nomeadamente na publicidade ou na rotulagem" (art. 7.º/1-d)). Julgamos que esta conformidade objectiva deve prevalecer nos produtos de impressão 3D comercializados. O consumidor tem o direito de exigir que os produtos de impressão 3D que adquira são conformes ao anunciado (eventualmente mediante publicidade bidimensional) e que tenham as características expectáveis nos bens do mesmo tipo, sendo o padrão de referência o de produtos congéneres com que o consumidor esteja familiarizado no comércio tradicional.

Março 2022

CLOUD COMPUTING: ASPETOS JURÍDICOS DA COMPUTAÇÃO EM NUVEM

Alexandre L. Dias Pereira*

Sumário: *1. Vantagens e riscos da computação em nuvem. 2. A computação em nuvem como serviço da sociedade da informação ou serviço digital. 3. O mercado português de Cloud Computing e os SLA. 4. Termos de nível de serviço comumente usados. 5. Enquadramento jurídico. 6. Termos gerais em SLA. 7. Portabilidade e migração de dados. 8. Instalações de backup. 9. Computação em nuvem na banca. 10. Computação em nuvem e dados de saúde. 11. Segurança, confiança e responsabilidade do ISP. 12. Segurança das redes e sistemas de informação. 13. Conclusão.*

Palavras-chave: *computação em nuvem; cloud computing.*

1. Vantagens e riscos da computação em nuvem

A "computação em nuvem" pode ser entendida como o armazenamento, processamento e uso de dados em computadores localizados remotamente e acessíveis pela Internet. Os utilizadores dispõem de capacidade de computação quase ilimitada, sem grandes investimentos de capital para atender às suas necessidades, podendo aceder aos seus dados de qualquer lugar com uma conexão à Internet. Com efeito, a computação em nuvem tem vantagens e benefícios. Permite o armazenamento e processamento de

* Univ. Coimbra, Professor da Faculdade de Direito e Investigador do Instituto Jurídico.

dados por computadores remotos, o acesso em tempo real e ubíquo a dados e recursos informáticos sem investimento inicial significativo ou a possibilidade de desenvolver novos serviços e otimizar recursos tanto no setor público como no setor privado.[1]

No entanto, num mundo em que os dados têm cada vez mais valor económico[2], a computação em nuvem também comporta riscos, como falhas na segurança da informação, violação da confidencialidade, integridade e disponibilidade dos dados, acesso de terceiros não autorizado pelo provedor, migração para países com baixos padrões de proteção de dados ou incerteza quanto à titularidade dos dados. Em particular, relativamente aos acordos de nível de serviço em nuvem, existe um risco real de tornar os clientes dependentes do provedor, juntamente com dificuldades na aplicação da lei. Com efeito, são vários os problemas jurídicos dos acordos de nível de serviço (*Service Level Agreement*, doravante SLA) na computação em nuvem.[3]

[1] Comissão Europeia, *Unleashing the Potential of Cloud Computing in Europe*. Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, COM(2012) 529 final, Brussels, 27.9.2012.

[2] A. Franceschi, M. Lehmann, «Data as tradeable commodity and new measures for their protection», *The Italian Law Journal*, Vol. 1, N.º 1 (2015), p. 51-72. A proteção de dados é um tema de grande importância na computação em nuvem: *vd. Article 29 Working Party Opinion 05/2012 on Cloud Computing* (2012), e The Berlin International Working Group on Data Protection in Telecommunications, *Working Paper on Cloud Computing – Privacy and data protection issues* -"Sopot Memorandum" (2014); P. Blume, «Data Protection in the Cloud», *CRi – Computer Law Review International*, No 3 (2011), p. 76-80; B. Sloot, F.Z. Borgesius, «Google and Personal Data Protection», in *Google and the Law. Empirical Approaches to Legal Aspects of Knowledge-Economy Business Models*, ed. A. Lopez-Tarruela, Hague: Asser/Springer, 2012, p. 75-111; I. Walden, «Accessing Data in the Cloud: The Long Arm of the Law Enforcement Agent», in *Privacy and Security for Cloud Computing*, ed. S. Pearson, Y. George, London: Springer, 2013, p. 45-71; C. Reed, A. Cunningham, «Ownership of Information in Clouds», in *Cloud Computing Law*, ed. M. Christopher, Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 142-164. Para efeitos da Diretiva 2019/770, os dados pessoais, como o nome, imagem ou endereço de correio eletrónico, são considerados moeda de pagamento quando o consumidor permite que o fornecedor dos serviços digitais retire proveitos desses dados, por ex. quando permite que o fornecedor de uma rede social utilize esses dados "para outros fins que não apenas o fornecimento de conteúdos ou serviços digitais ou o cumprimento dos requisitos legais" (considerando 24).

[3] Sobre o tema, Alexandre Dias Pereira, «Cloud Computing», *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, vol. 92/1 (2017), p. 367-401. Para o direito comparado, *vd.* S. Bradshow, C. Millard, I. Walden, «Contracts for clouds: a comparative analysis of terms and

2. A computação em nuvem como serviço da sociedade da informação ou serviço digital

A computação em nuvem integra os chamados serviços da sociedade da informação, tal como estes são definidos pela Diretiva (UE) 2015/1535 sobre normas técnicas, ou seja, "qualquer serviço prestado normalmente mediante remuneração, à distância, por via eletrónica e mediante pedido individual de um destinatário de serviços"[4]. Nesse sentido, a computação em nuvem fica sujeita ao princípio do país de origem estabelecido na Diretiva sobre comércio eletrónico[5], que remete para essa definição de serviço da sociedade da informação (art. 2/a) e acrescenta que por prestador de serviços se entende "qualquer pessoa, singular ou coletiva, que preste um serviço do âmbito da sociedade da informação" (art. 2/b).

conditions for cloud computing services», *International Journal of Law and Information Technology*, Vol. 19, N.º 3 (2011), p. 187-223. Sobre a distinção entre contratos negociados e contratos padrão na *cloud computing*, W.K. Hon, C. Millar, I. Walden, «Negotiated Contracts for Cloud Services» e «Public Sector Cloud Contracts», in *Cloud Computing Law*, ed. C. Millar, Oxford: Oxford University Press, 2013, respetivamente p. 73-82, p. 108-141.

[4] Artigo 1.º/1, al. b) da Diretiva (UE) 2015/1535 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 9 de setembro de 2015, relativa a um procedimento de informação no domínio das regulamentações técnicas e das regras relativas aos serviços da sociedade da informação, que revogou e substituiu a Diretiva 98/34/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 22 de junho de 1998 relativa a um procedimento de informação no domínio das normas e regulamentações técnicas, (com alterações) mas manteve inalterada a noção de serviços da sociedade da informação, bem como a lista indicativa de serviços não abrangidos por essa noção prevista no então anexo V.

[5] 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»), transposta pelo Decreto-Lei n.º 7/2004, de 7 de janeiro. A Diretiva 2000/31 exemplifica a noção de serviço da sociedade da informação no considerando (18) do preâmbulo, a saber. a) venda de mercadorias em linha; b) celebração de contratos em linha; c) atividades económicas não remuneradas pelo respetivo destinatário, como por ex. prestação de informações em linha ou comunicações comerciais, ou fornecimento de ferramentas de pesquisa, acesso e descarregamento de dados; d) transmissão de informação por meio de uma rede de comunicações, de fornecimento de acesso a uma rede de comunicações ou de armazenagem de informações prestadas por um destinatário do serviço; e) serviços transmitidos ponto a ponto, como o vídeo a pedido ou o envio de comunicações comerciais por correio eletrónico. Sobre o princípio do país de origem no comércio eletrónico, *vd.* Alexandre Dias Pereira, *Comércio eletrónico na sociedade da informação: da segurança técnica à confiança jurídica*, Almedina, Coimbra, 1999.

Por seu turno, nos termos do Decreto-Lei 84/2021[6], a noção de serviços da sociedade da informação abrange, por ex., os chamados mercados em linha, isto é, o serviço prestado "com recurso a software, nomeadamente um sítio eletrónico, parte de um sítio eletrónico ou uma aplicação, explorado pelo profissional ou em seu nome, que permita aos consumidores celebrar contratos à distância" (art. 2.º/m). De igual modo, essa noção abrange o chamado *serviço digital*, isto é, "um serviço que permite ao consumidor criar, tratar, armazenar ou aceder a dados em formato digital, ou 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" (art. 2.º/r).[7] A computação em nuvem é, portanto, um serviço digital, para efeitos deste diploma.[8]

[6] Decreto-Lei n.º 84/2021, de 18 de outubro: regula os direitos do consumidor na compra e venda de bens, conteúdos e serviços digitais, transpondo as Diretivas (UE) 2019/771 e (UE) 2019/770.

[7] O DL 84/2021 estabelece um regime especial de responsabilidade para o *prestador de mercado em linha*, estabelecendo no art. 44.º/1 que, aquele que, atuando para fins relacionados com a sua atividade, seja parceiro contratual do profissional que disponibiliza o bem, conteúdo ou serviço digital, responde solidariamente, perante o consumidor, pela falta de conformidade daqueles. Sendo que, nos termos do art. 44.º/2, o prestador de mercado em linha é considerado parceiro contratual do profissional sempre que exerça influência predominante na celebração do contrato, o que se verifica, designadamente, nas seguintes situações: *a*) o contrato é celebrado ou o pagamento é efetuado exclusivamente através dos meios disponibilizados pelo prestador de mercado em linha, *b*) os termos do contrato celebrado com o consumidor são essencialmente determinados pelo prestador de mercado em linha ou o preço a pagar pelo consumidor é passível de ser influenciado por este, ou a publicidade associada é focada no prestador de mercado em linha e não nos profissionais. Para aferir a existência de influência predominante do prestador de mercado em linha na celebração do contrato, podem ser considerados quaisquer factos suscetíveis de fundar no consumidor a confiança de que aquele tem uma influência predominante sobre o profissional que disponibiliza o bem, conteúdo ou serviço digital (art. 44.º/3).

[8] O considerando (19) da Diretiva 2019/770 esclarece que o conceito de conteúdos ou serviços digitais abrange "designadamente, programas informáticos, aplicações, ficheiros de vídeo, de áudio e de música, jogos digitais, livros eletrónicos e outras publicações eletrónicas, bem como serviços digitais que permitem a criação, o tratamento ou o armazenamento de dados em formato digital ou o acesso aos mesmos, nomeadamente o software enquanto serviço, de que são exemplo a partilha de ficheiros de vídeo e áudio e outro tipo de alojamento de ficheiros, o processamento de texto ou jogos disponibilizados no *ambiente de computação em nuvem*" (*itálico nosso*). A Diretiva estabelece que o fornecimento de conteúdos ou serviços digitais deve ser cumprido sem demora indevida (art. 5.º/1) e em conformidade com o contrato, tendo em conta, por um lado: a) a correspondência à descrição, quantidade, qualidade, funcionalidade, compatibilidade, interoperabilidade e demais características exigi-

Por outro lado, a Lei da Cibersegurança[9] prevê igualmente a computação em nuvem como um serviço digital. Nos termos do artigo 11.º desta lei, os prestadores de serviços digitais prestam os seguintes serviços: *a*) serviço de mercado em linha (i.e. um serviço digital que permite aos consumidores ou aos comerciantes celebrarem contratos de venda ou de prestação de serviços por via eletrónica com comerciantes, quer no sítio na *Internet* do mercado em linha, quer no sítio na *Internet* de um comerciante que utilize os serviços de computação disponibilizados pelo mercado em linha – art. 3.º/q); *b*) serviço de motor de pesquisa em linha (i.e., um serviço digital que permite aos utilizadores consultarem todos os sítios na *Internet*, ou sítios na *Internet* numa determinada língua, com base numa pesquisa sobre qualquer assunto e que fornece ligações onde podem ser encontradas informações relacionadas com o conteúdo solicitado -art. 3.º/r); e *c*) *serviço de computação em nuvem* (i.e. um serviço digital que permite o acesso a um conjunto modulável e adaptável de recursos computacionais partilháveis – art. 3.º/p). As três espécies de serviços digitais – mercado em linha, motor de pesquisa em linha e computação em nuvem – não esgotam o género "serviço digital", definido como "um serviço da sociedade da informação prestado à distância, por via eletrónica" (art. 3.º/s). Assim, enquanto serviço da sociedade da informação, o serviço digital será também prestado normal-

das pelo contrato; b) a adequação à finalidade específica pretendida pelo consumidor; c) o fornecimento juntamente com os acessórios e instruções de instalação e apoio ao cliente; e d) a atualização dos conteúdos (art. 7.º); e, por outro, a) a adequação às utilizações a que os conteúdos ou serviços digitais do mesmo tipo normalmente se destinam; b) a quantidade, qualidades, características de desempenho, inclusive no que respeita à funcionalidade, compatibilidade, acessibilidade, continuidade e segurança, correspondentes às habituais em conteúdos ou serviços digitais do mesmo tipo e que o consumidor possa razoavelmente esperar; c) o fornecimento juntamente com os acessórios e as instruções que o consumidor possa razoavelmente esperar receber; e d) a conformidade com quaisquer versões de teste ou pré-visualizações dos conteúdos ou serviços digitais disponibilizadas pelo profissional antes da celebração do contrato. Além disso, o consumidor tem direito à atualização (incluindo de segurança) e à integração correta dos serviços digitais (art. 8.º), em termos de funcionalidade e de interoperabilidade (cf. considerando 40). Sobre esta matéria, *vd.* Alexandre Dias Pereira, «Contratos de fornecimento de conteúdos e serviços digitais», *Estudos de Direito do Consumidor*, n.º 15 (2019), p. 9-36.

[9] A Lei n.º 46/2018, de 13 de agosto, que estabelece o regime jurídico da segurança do ciberespaço, transpondo a Diretiva (UE) 2016/1148, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 6 de julho de 2016, relativa a medidas destinadas a garantir um elevado nível comum de segurança das redes e da informação em toda a União.

mente mediante remuneração e pedido individual de um destinatário de serviços. A computação em nuvem é, portanto, um serviço da sociedade da informação ou serviço digital.

3. O mercado português de *Cloud Computing* e os SLA

Vários fornecedores de serviços em nuvem oferecem os seus serviços no mercado português, muitos dos quais provenientes dos EUA. Disponibilizam uma vasta gama de serviços, desde o Software como Serviço (SaaS) à Infraestrutura como Serviço (IaaS) passando pela Plataforma como Serviço (PaaS).[10]

Os principais operadores do mercado português de Cloud Computing B2B são Altice PT Empresas, Microsoft, IMB, Cisco Systems, Google, Apple e Rackspace. Fornecem uma ampla gama de soluções, como hospedagem e armazenamento de dados, gestão de serviços informáticos, servidores privados, sistema de segurança, centro de operação de rede e recuperação de incidentes.

Os SLA definem os parâmetros específicos e os níveis mínimos do serviço, bem como as soluções para o não cumprimento desses requisitos. Os serviços de computação em nuvem são geralmente fornecidos em termos padrão, ou seja, termos de serviço não abertos a negociação. Em geral, os clientes podem apenas escolher dentro do menu os serviços de nuvem que pretendem e, em seguida, aceitar os termos configurados pelos provedores de nuvem para cada serviço. Os SLA podem ser incluídos nos termos do serviço de nuvem ou formar um acordo separado vinculado ao contrato. Em qualquer caso, a negociação geralmente não é possível porque eles são oferecidos como termos de serviço "tal e qual" ou "pegar ou largar".

[10] No *SaaS*, o software é executado numa infraestrutura de nuvem, mas os clientes não têm controlo sobre a infraestrutura subjacente, incluindo rede, servidores, sistemas operacionais, armazenamento ou até mesmo recursos informáticos individuais (por exemplo, o "Gmail"). No *IaaS*, o cliente controla os sistemas operativos, o armazenamento e as aplicações, e, ainda, controlo limitado sobre determinados componentes da rede, como firewalls. Finalmente, no *PaaS*, o utilizador pode controlar as aplicações instaladas e as definições de configuração para o ambiente de hospedagem de aplicativos, mas não gere nem controla a infraestrutura subjacente, incluindo a rede, os servidores, os sistemas operacionais ou o armazenamento (por exemplo, "Google App Engine"). *Vd. Unleashing the Potential of Cloud Computing in Europe*, cit.

4. Termos de nível de serviço comumente usados

Os SLA são parte dos termos padrão dos serviços de computação em nuvem geralmente elaborados com base em modelos de SLA publicamente disponíveis, como sejam os SLA da "Rackspace", da "Microsoft Azure" ou da "Google".

Os SLA definem os parâmetros do serviço em relação a:

a) Disponibilidade do serviço (uptime, downtime) e condições de medição da disponibilidade (semanal, mensal, anual), que podem depender do nível de serviço escolhido pelo cliente. Por ex. o SLA de serviços em nuvem do "Microsoft Azure" garante 99,9% de disponibilidade e o "Google Cloud SQL" oferece uma percentagem de tempo de atividade mensal para o cliente de pelo menos 99,95%;
b) Apoio ou suporte ao utilizador e tempo de resposta a incidentes;
c) Penalidades por violação de SLA: os créditos do serviço são o principal remédio para a falha do serviço e são baseados numa percentagem (variável de acordo com o provedor) das taxas pagas pelo cliente durante o ciclo de faturação;
d) Crédito financeiro máximo a ser solicitado pelo cliente, que normalmente não ultrapassa 100% dos valores pagos, embora possam ser aplicados outros limites;
e) Exclusão de garantias, bem como exclusões e limitações de responsabilidade: o backup e a restauração de dados são geralmente excluídos, no sentido de que o cliente é responsável por proteger e fazer backup dos seus próprios dados.
f) Os SLA também podem reivindicar a propriedade dos dados armazenados no sistema do provedor de nuvem, definir a infraestrutura do sistema e os padrões de segurança e os direitos de auditoria do cliente, bem como os termos de localização do processamento e armazenamento dos dados.

5. Enquadramento jurídico

Os SLA são celebrados ao abrigo do princípio geral da liberdade contratual e são regidos pelas regras comuns do direito contratual, nomeadamente as previstas no Código Civil sobre os contratos como negócios jurídicos (por ex. oferta e aceitação, liberdade de forma) e como fonte de obrigações (por ex. princípios *pacta sunt servanda e* a boa-fé).

Em termos gerais, a computação em nuvem consiste numa prestação de serviços inominados, os quais ficam sujeitos ao regime do mandato, nos

termos do artigo 1156.º do Código Civil. As licenças de software dentro da computação em nuvem devem estar em conformidade com o respetivo regime legal de proteção.[11]

Além disso, os SLA de computação em nuvem devem obedecer ao regime jurídico das cláusulas contratuais gerais[12], pois os serviços são prestados com base em termos padrão. Em geral, a negociação individual (customização) não está disponível, já que os clientes podem escolher apenas quais os serviços em nuvem que pretendem e aceitar os termos de serviço configurados pelos provedores de nuvem.

No que diz respeito à autorregulação bem como ao desenvolvimento de standards na área da computação em nuvem em Portugal, existem eventos e organizações especiais sobre a matéria, que têm como objetivo a promoção das melhores práticas no setor. Apesar de não haver um código oficial de normas e padrões na área de computação em nuvem, as diretrizes de controlo e práticas relativas à auditoria, controlo e padrões são geralmente levados em consideração por provedores de nuvem e clientes, designadamente os da "Cloud Security Alliance"[13] ou do "Cloud Council"[14].

No que se refere à lei aplicável às obrigações contratuais, ao abrigo do Regulamento Roma I sobre a lei aplicável aos contratos[15], o princípio é que se regem pela lei escolhida pelas partes. Na falta de escolha, este regulamento estabelece critérios específicos para diferentes tipos de contratos, sendo os relativos à prestação de serviços regidos pela lei do país de residência habitual do prestador de serviços.[16] No entanto, os contratos de consumo – ou seja, aqueles "celebrados por uma pessoa singular para um fim que pode ser considerado fora da sua atividade ou profissão (o consumidor) com outra pessoa que exerce a sua atividade ou profissão (o profissional)" – são regidos pela lei do país de residência habitual do consumidor se o profissional atuar principalmente nesse país ou, por qualquer meio, dirigir as suas atividades para esse país ou para vários países incluindo esse país, e o contrato cair no âmbito de tais atividades; a escolha da lei só é permitida se

[11] Decreto-Lei n.º 252/94 de 20 de outubro.

[12] Decreto-Lei n.º 446/85 de 25 de outubro (várias vezes alterado).

[13] <https://cloudsecurityalliance.org>

[14] <http://www.cloud-council.org>

[15] 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).

[16] Arts. 3.º/1 e 4.º/1-b) do Regulamento Roma I.

não privar o consumidor da proteção que lhe é conferida por disposições imperativas da lei do país da sua residência habitual.[17]

Por outro lado, no que diz respeito aos requisitos formais aplicáveis aos contratos de licença de software, não existem requisitos de forma específicos para licenças de software. As autorizações de direitos autorais devem ser concedidas por escrito de acordo com as leis gerais de direitos autorais, mas a lei do software parece excluir a exigência de um documento escrito para licenças de software[18]. Por outro lado, nos contratos com consumidores (B2C), a Lei Geral do Consumidor[19] e a Lei da Língua Portuguesa[20] estabelecem que a informação sobre os produtos, bem como sobre os contratos, deve ser redigida em língua portuguesa.

[17] Art. 6.º/1-2 Regulamento Roma I. De igual modo, em sede de determinação do tribunal competente, a proteção do consumidor limita imperativamente a liberdade contratual das partes, no sentido de um regime mais favorável ao consumidor. Sobre o tema, Alexandre Dias Pereira, «A Jurisdição na Internet segundo o Regulamento 44/2001 (e as alternativas extrajudiciais e tecnológicas)», *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, vol. 76 (2001), p. 633-687, e «Os pactos atributivos de jurisdição nos contratos electrónicos de consumo», *Estudos de Direito do Consumidor*, n.º 3 (2001), p. 281-300. De notar que, para efeitos de determinação do foro competente nos termos do Regulamento (UE) n.º 1215/2012 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de dezembro de 2012, relativo à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial (revogou e substituiu o Regulamento 44/2001 – Bruxelas I), o Tribunal de Justiça clarificou a noção de atividades dirigidas no contexto da Internet nos acórdãos *Alpenhof* e *Pammer*, de 7 de dezembro de 2010 (procs. apensos C-144/09 e C-585/08, Colet., p. I-12527). Para determinar se um sítio profissional dirige a sua atividade ao EM do domicílio do consumidor deve ter-se em conta se, antes da celebração de qualquer contrato, resultava desse sítio e da sua atividade em geral que procurava oportunidades de negócio nesse EM. A mera acessibilidade do profissional no EM de domicílio do consumidor é insuficiente para estabelecer a conexão. O Tribunal de Justiça apresenta uma lista não exaustiva de tópicos, tais como: a) a natureza internacional da atividade, b) a referência a itinerários a partir de outros EM para ir ao local de estabelecimento do profissional, c) a utilização de línguas ou de moedas para além das que são geralmente aceites no seu EM de estabelecimento, d) a menção a números de telefone com código internacional, e) recurso a serviços pagos de indexação de resultados de pesquisa para facilitar acesso ao seu sítio por parte de consumidores domiciliados em outros EM, etc.

[18] Art. 11.º/2 DL 252/94. *Vd.* Alexandre Dias Pereira, «Contratos de licenças de software e de bases de dados», in *Contratos de Direito de Autor e de Direito Industrial*, org. C. Ferreira de Almeida, L. Couto Gonçalves, Cláudia Trabuco, Almedina: Coimbra, 2011, p. 345-368.

[19] Lei n.º 24/96 de 31 de julho (várias vezes alterada).

[20] Decreto-Lei n.º 238/86 de 19 de agosto (com alterações).

6. Termos gerais em SLA

Os SLA disciplinam a disponibilidade do serviço (tempo de atividade e tempo de inatividade), estabelecendo critérios para medir a disponibilidade e procedimentos para relatar o desempenho, remédios para o não cumprimento do nível de serviço (geralmente como créditos financeiros na taxa de serviço e seus limites) e isenções de responsabilidade com limitação ou exclusão de responsabilidade. As principais questões jurídicas levantadas pelos SLA aqui tratadas são: a) conformidade com o regime das cláusulas contratuais gerais, b) segurança, integridade e confiabilidade do serviço; c) portabilidade dos dados, e d) responsabilidade dos provedores de nuvem.

A computação em nuvem geralmente é fornecida em termos padrão ou condições gerais de contratos (cláusulas "pegar ou largar"). Os termos padrão são condições gerais elaboradas sem negociação individual prévia e apresentadas ou aceites por proponentes ou destinatários indeterminados, respetivamente, ou termos inseridos pelo proponente em contratos individuais como cláusulas de "pegar ou largar" (art. 1.º/1-2 DL 446/85). A utilização de termos padrão obedece a deveres de comunicação plena e prévia à outra parte, bem como ao dever de informá-la e de esclarecer as suas dúvidas razoáveis; caso contrário, tais termos serão considerados excluídos do contrato enquanto "cláusulas surpresa" (arts. 5.º, 6.º e 8.º DL 446/85).

Por outro lado, o conteúdo dos termos padrão ou condições gerais deve respeitar as listas negras e as listas cinzentas de cláusulas proibidas aplicáveis nos contratos B2B. Por exemplo, as exclusões de responsabilidade são proibidas quando afastam ou limitam a responsabilidade por danos causados à vida, à integridade moral ou física ou à saúde de uma pessoa, bem como a responsabilidade por danos pessoais causados à outra parte ou a terceiros. Essas condições também são proibidas quando excluem ou limitam a responsabilidade por não cumprimento, ou cumprimento defeituoso, incluindo mora, quando o não cumprimento é doloso (intencional) ou com culpa grave (negligência grosseira) (art. 18.º/a-b-c DL 446/85).[21]

Os provedores de serviços em nuvem geralmente limitam ou excluem a responsabilidade por meio de isenções de responsabilidade nas condições gerais de SLA. Por exemplo, o SLA do "Google Apps" oferece um termo de disponibilidade de 99,9% mensalmente. A percentagem de disponibilidade mensal corresponde à quantidade total de minutos num mês menos

[21] *Vd.* António Pinto Monteiro, *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*, Almedina, Coimbra, 2011 (reimpr.).

o número de minutos de indisponibilidade (consistindo numa percentagem de 5% ou mais de falha), dividido pelo total de minutos por mês. Se o Google não cumprir o nível de disponibilidade, os clientes terão direito apenas aos créditos de serviço (gratuitos) da seguinte forma: para disponibilidade <99,9% –> = 99,0%, crédito de 3 dias de serviço; para disponibilidade <99,0% –> = 95,0%, crédito de serviço de 7 dias; para disponibilidade <95,0%, 15 dias de crédito de serviço.

Os clientes devem solicitar o crédito dentro de 30 dias após se tornarem elegíveis para recebê-lo; caso contrário, ele expira. O número máximo de créditos de serviço a serem emitidos pelo Google em relação a falhas de disponibilidade em um mês é de 15 dias de serviço. Os créditos de serviço não podem ser trocados por dinheiro, exceto para clientes com plano de faturação mensal. Os créditos de serviço não se aplicam a serviços que não são cobertos pelo SLA (por ex., "Google Gmail Labs") ou a problemas de desempenho causados por condições de força maior, conforme listado pelo contrato de serviço em nuvem ou pelo cliente ou equipamentos de terceiros ou ambos, se não estiverem sob o controlo principal do Google.

De acordo com os Termos de Serviço do "Google Cloud Platform", o valor da responsabilidade é limitado ao máximo pago pelo cliente ao Google durante os doze meses anteriores ao evento que deu origem à responsabilidade (13.2). Os Termos de Serviço do "Google Cloud Platform" também excluem garantias de qualquer tipo, principalmente garantias de comercialização e de adequação a um uso específico, bem como garantias de funcionamento do software ou dos serviços sem falhas ou ininterrupto. Em particular, é expressamente declarado que nem o software nem os serviços são projetados, fabricados ou destinados a atividades de alto risco.

Os termos de serviço de computação em nuvem, incluindo SLA, são, enquanto condições gerais, regidos pela lei das cláusulas contratuais gerais. Por isso, o conteúdo das condições gerais deve estar de acordo com o catálogo de cláusulas proibidas aplicável aos contratos B2B. As cláusulas contrárias à boa-fé são proibidas (art. 15.º DL 446/85), nomeadamente as incluídas na "lista negra" (cláusulas absolutamente proibidas) e na "lista cinzenta" (ou seja, cláusulas cuja validade depende do "quadro negocial padronizado").

No que diz respeito aos contratos de adesão B2B, cláusulas que preveem penalidades que não são proporcionais aos danos elegíveis, bem como cláusulas que permitem a uma das partes rescindir o contrato, imediatamente ou sem aviso prévio e compensação adequada, quando o contrato tenha

exigido da outra investimentos ou despesas consideráveis, são considerados cláusulas cinzentas, pelo que a sua conformidade com a boa-fé tem de ser avaliada de acordo com o quadro negocial padronizado (art. 19.º/c-f DL 446/85). A boa-fé é aqui entendida em sentido objetivo, significando um princípio jurídico geral do qual brotam deveres de honestidade e lealdade, incluindo uma obrigação geral de não explorar abusivamente parceiros mais frágeis de negócios nem consumidores.

7. Portabilidade e migração de dados

A portabilidade ou migração de dados não é uma questão específica de SLA, mas provavelmente uma secção diferente dos termos de serviço oferecidos pelos provedores de nuvem. A portabilidade de dados não deve prejudicar a liberdade dos clientes de buscar novos provedores de nuvem e de migrar de nuvem. Tratando-se de dados pessoais, o Regulamento Geral de Proteção de Dados (RGPD)[22] prevê o direito à portabilidade de dados, com

[22] Art. 20.º do 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. *Vd.* também o art. 18.º da Lei n.º 58/2019, de 8 de agosto (assegura a execução, na ordem jurídica nacional, do Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento 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), estabelecendo a preferência ("sempre que possível") pelo formato aberto para a portabilidade dos dados (n. 2) e consagrando o direito do titular a receber os dados num formato digital aberto, nos termos do Regulamento Nacional de Interoperabilidade Digital, sempre que no âmbito da Administração Pública a interoperabilidade dos dados não seja tecnicamente possível (n. 3). *Vd.* Vítor Palmela Fidalgo, «Artigo 20.º (Direito de portabilidade dos dados», in *Comentário ao Regulamento Geral de Proteção de Dados e à Lei n.º 58/2019*, coord. A. Barreto Menezes Cordeiro, CIDP/Almedina, Coimbra, 2021, p. 204-13, 394-6. O RNID foi aprovado, nos termos da Lei n.º 36/2011, de 21 de junho, que estabelece a adoção de normas abertas nos sistemas informáticos do Estado, pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 91/2012, de 8 de novembro, e revisto pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 2/2018. Sobre a Lei 36/2011, *vd.* Alexandre Dias Pereira, «Normas abertas nos sistemas informáticos do Estado», *Revista do CEDOUA* n.º 29 (2012), p. 39-43. Recentemente, a Lei n.º 68/2021, de 26 de agosto, que aprova os princípios gerais em matéria de dados abertos e transpõe para a ordem jurídica interna a Diretiva (UE) 2019/1024 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de junho de 2019, relativa aos dados abertos e à reutilização de informação do setor público, alterando a Lei n.º 26/2016, de 22 de agosto, estabelece o princípio segundo o qual "as entidades sujeitas às regras e princípios da administração aberta devem assegurar que os documentos e dados que produzam ou

a correspondente obrigação, a cargo dos provedores de nuvem, de garantirem a portabilidade de dados pessoais aos seus clientes.

Por outro lado, o Regulamento relativo à portabilidade dos serviços de conteúdos em linha estabelece que o prestador destes serviços deve garantir aos seus clientes a portabilidade transfronteiriça desses serviços.[23]

8. Instalações de backup

Os SLA geralmente excluem a responsabilidade do provedor de nuvem pela perda de dados dos seus clientes. Por exemplo, os Termos de Serviço do "Google Cloud Platform" incluem uma Exoneração de Responsabilidade na cláusula 12, segundo a qual "o Google e seus fornecedores não são responsáveis pela exclusão ou falha no armazenamento de dados de clientes e outras comunicações mantidas ou transmitidas por meio do uso dos serviços. O cliente é o único responsável por proteger e fazer backup dos seus dados".

A análise de diferentes soluções de nuvem oferecidas por diferentes provedores de nuvem mostra que o backup pode ser um serviço oferecido pelo provedor de nuvem, mas parece não ser considerado uma parte essencial do serviço de nuvem como tal. Isso significa que o backup é um serviço de computação em nuvem, mas pode haver *cloud computing* sem backup.

A exclusão da responsabilidade do provedor de nuvem pela perda de dados dos seus clientes é provavelmente uma das questões mais sensíveis no campo da computação em nuvem. Isso significa que os clientes correm o risco de perda de dados. Tratando-se de dados pessoais, deve ter-se em conta que um dos princípios do tratamento de dados é justamente o da "integridade e confidencialidade", no sentido de os dados devem ser "tratados de uma forma que garanta a sua segurança, incluindo a proteção contra o seu tratamento não autorizado ou ilícito e contra a sua perda, destruição ou danificação acidental, adotando as medidas técnicas ou organizativas adequadas"[24].

disponibilizem sejam, sempre que possível, abertos desde a sua conceção, tendo em vista a sua disponibilização futura aos cidadãos e organizações sociais" (art. 1.º/1).

[23] Regulamento (UE) 2017/1128 do Parlamento Europeu e do Conselho de 14 de junho de 2017 relativo à portabilidade transfronteiriça dos serviços de conteúdos em linha no mercado interno. *Vd.* Alexandre Dias Pereira, «Novos direitos do consumidor no mercado único digital», *Estudos de Direito do Consumidor* n.º 10 (2016), p. 155-174.

[24] Art. 5.º/1-f) do Regulamento (UE) 2016/679. *Vd.* A. Barreto Menezes Cordeiro, «Artigo 5.º (Princípios relativos ao tratamento de dados pessoais)», in *Comentário ao Regulamento*

9. Computação em nuvem na banca

A computação em nuvem pode representar uma redução significativa de custos para os bancos por meio do Outsourcing de TI (ou terciarização). O recurso ao outsourcing só por si não é proibido, mas deve permitir conhecer e controlar os riscos e não dificultar a supervisão. O Regulamento Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras estabelece que os bancos e outras instituições de crédito têm de cumprir uma série de requisitos. Por exemplo, uma instituição com sede em Portugal deve organizar procedimentos eficazes de identificação, gestão, supervisão e comunicação dos riscos a que pode estar exposta. Portanto, o uso de computação em nuvem pelo setor financeiro não pode ser usado para contornar essa obrigação.[25]

Um desses riscos é a lavagem de dinheiro. O Banco de Portugal emitiu o Regulamento n.º 5/2013 para implementar o artigo 39.º, n.º 1, da Lei n.º 25/2008, de 5 de junho, relativo às condições, mecanismos e procedimentos necessários ao cumprimento das obrigações de prevenção do branqueamento de capitais e financiamento do terrorismo relacionadas com a prestação de serviços financeiros serviços submetidos à supervisão do Banco de Portugal. De acordo com o artigo 3.º do referido regulamento aplica-se: (1) às instituições de crédito (bancos), de investimento e outras sociedades financeiras, às instituições de pagamento e às instituições de moeda eletrónica com sede em Portugal; (2) sucursais localizadas em território português com sede no estrangeiro, incluindo sucursais financeiras externas; (3) prestadores de serviços de correios, na medida em que prestem ao público serviços financeiros relacionados com matérias sujeitas à supervisão do Banco de Portugal.

De forma a prevenir o branqueamento de capitais e o financiamento do terrorismo, o Banco de Portugal tem competência para proceder à fiscalização em quaisquer instalações de instituições financeiras ou de terceiros utilizadas para o exercício da atividade de instituições financeiras, podendo exigir a apresentação de quaisquer informações ou esclarecimentos que considere pertinentes, incluindo o exame local dos elementos de informação, a extração de cópias de toda a documentação pertinente e a convocação de qualquer pessoa para audiências e recolha de informações.

Geral de Proteção de Dados e à Lei n.º 58/2019, cit., p. 106. Relativamente ao software licenciado na nuvem, a legislação de direitos autorais garante aos usuários legítimos o direito de fazer uma cópia de backup por motivos de segurança (art. 6.º DL 252/94).

[25] Art. 14.º DL 298/92 de 31 de janeiro (com alterações várias).

Nos termos do artigo 49.º e para efeitos do referido regulamento, as instituições financeiras devem conservar cópias ou dados eletrónicos de qualquer documento que lhes seja apresentado pelos seus clientes ou qualquer outra pessoa. Os registos e os documentos comprovativos das transações devem permitir que a autoridade de supervisão: (1) rastreie totalmente os seus movimentos anteriores, do início ao fim, mesmo quando houver terceiros, designadamente agentes ou intermediários, envolvidos, e (2) identificar todas as pessoas intervenientes no circuito. Os registos e os documentos relacionados devem ser mantidos em papel ou outro registro duradouro e ser arquivados em condições adequadas à sua preservação, fácil localização e acesso imediato aos mesmos, sempre que a informação for solicitada pelos responsáveis pelo *compliance* ou auditoria e por auditores externos de instituições financeiras, bem como pelas autoridades judiciárias, policiais e de supervisão competentes.

10. Computação em nuvem e dados de saúde

A proteção de dados é uma questão sensível da computação em nuvem, em especial no setor da saúde. Armazenar registos médicos eletrónicos na nuvem levanta várias questões, como o conteúdo dos arquivos clínicos e vários níveis de controlo, nomeadamente acesso (quem e de onde), autenticidade e integridade (quem pode editar o ficheiro de saúde), confidencialidade, segurança e de controlo (quem está no comando?), interoperabilidade e funcionalidade, e controlo da migração de dados para países terceiros.

Os dados de saúde são uma categoria especial de dados para efeitos de proteção jurídica. O Regulamento Geral de Proteção de Dados define os "dados relativos à saúde" como os "dados pessoais relacionados com a saúde física ou mental de uma pessoa singular, incluindo a prestação de serviços de saúde, que revelem informações sobre o seu estado de saúde"[26].

O setor da saúde deve garantir um nível adequado de proteção no que diz respeito aos dados pessoais do paciente, bem como o respeito pelos direitos do titular dos dados. A migração para a nuvem, quando permitida, não exclui as obrigações do prestador de serviços de saúde quanto à proteção dos dados do paciente, nomeadamente no que diz respeito à segurança do processamento de dados. Sendo que, para efeitos da proteção jurídica

[26] Art. 4.º/15 do Regulamento (UE) 2016/679. Os dados genéticos serão também dados relativos à saúde, na medida em que deem informações únicas sobre a saúde dessa pessoa, nos termos do art. 4.º/13.

dos dados pessoais, o responsável pelo tratamento de dados é "a pessoa singular ou coletiva, a autoridade pública, a agência ou outro organismo que, individualmente ou em conjunto com outras, determina as *finalidades* e os *meios* de tratamento de dados pessoais"[27]. Ora, quem determina as finalidades e os meios de tratamentos de dados pessoais é o prestador dos serviços de saúde, desempenhando o provedor de computação em nuvem o papel do "subcontratante" na medida em que "trate os dados pessoais por conta do responsável pelo tratamento destes"[28], o qual só pode recorrer "a subcontratantes que apresentem garantias suficientes de execução de medidas técnicas e organizativas adequadas de uma forma que o tratamento satisfaça os requisitos do presente regulamento e assegure a defesa dos direitos do titular dos dados"[29].

Por outro lado, o Regulamento Deontológico dos Médicos[30] prevê um regulamento específico para a telemedicina. Telemedicina é a prestação de serviços de saúde, através da utilização das TIC, em situações em que o profissional de saúde e o paciente (ou dois profissionais de saúde) não se encontram no mesmo local. Envolve a transmissão segura de dados e informações médicas, por meio de texto, som, imagens ou outras formas necessárias à prevenção, diagnóstico, tratamento e seguimento dos pacientes.[31]

De acordo com o referido Regulamento, a telemedicina deve respeitar a relação médico-paciente e os médicos são livres e totalmente independentes para decidir se usam ou recusam a telemedicina. Se decidirem utilizá-lo, devem certificar-se de que a equipa responsável garante um nível de qualidade suficientemente elevado, que funciona de forma adequada e cumpre as normas estabelecidas. Em particular, os médicos devem usar sistemas de apoio, controlos de qualidade e procedimentos de avaliação para monitorar

[27] Art. 4.º/7 do Regulamento (UE) 2016/679 (*itálico nosso*). Sobre esta figura central do RGPD, *vd.* Alexandre Dias Pereira, «O responsável pelo tratamento de dados segundo o RGPD», *RDTec – Revista de Direito & Tecnologia*, vol. 1/2 (2019), p. 143-173.

[28] Art. 4.º/8 do Regulamento (UE) 2016/679.

[29] Art. 28.º/1 do Regulamento (UE) 2016/679. Sobre o subcontratante e os requisitos da subcontratação, *vd.* Francisco Rodrigues Rocha, «Artigo 28.º (Subcontratante)», in *Comentário ao Regulamento Geral de Proteção de Dados e à Lei n.º 58/2019*, cit., p. 251-7.

[30] Regulamento n.º 707/2016 de 21 de julho. Sobre o tema, Alexandre Dias Pereira, «Telemedicina e farmácia online: aspetos jurídicos da eHealth», *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 75, I/II (2015), p. 55-78.

[31] *Communication on telemedicine for the benefit of patients, healthcare systems and society*. COM(2008) 689 final; Commission *Staff Working document on the applicability of the existing EU legal framework to telemedicine services*. SWD(2012) 414 final, Brussels, 6.12.2012.

a exatidão e a qualidade das informações recebidas e transmitidas. Além disso, os médicos só podem utilizar a telemedicina depois de se certificarem de que o sistema utilizado e os seus utilizadores garantem o segredo médico, nomeadamente através da encriptação de nomes e outros dados de identificação. Os médicos informam e esclarecem o paciente, obtêm seu consentimento, devendo assegurar a aplicação das medidas de segurança estabelecidas para resguardar a confidencialidade do paciente.[32]

Os meios informáticos de armazenamento e transmissão de dados do paciente podem ser usados apenas se medidas suficientes forem adotadas para proteger a confidencialidade e a segurança das informações armazenadas ou trocadas. Se a computação em nuvem for usada para fornecer telemedicina, os requisitos mencionados acima também deverão ser cumpridos. A telemedicina é permitida, mas deve respeitar a relação médico-paciente, bem como a segurança e confidencialidade do paciente.

11. Segurança, confiança e responsabilidade do ISP

A computação em nuvem, como a computação em geral, está sujeita à Lei do cibercrime[33], que prevê vários tipos de infrações criminais, nomeadamente a falsificação informática, danos a computadores, sabotagem informática, acesso ilegal, intercetação ilegal e reprodução ilegal de programa de computador. As penalidades para crimes cibernéticos incluem prisão e multas, sendo relevantes para dissuadir potenciais infratores de cometer crimes contra a segurança da informação, incluindo a autenticidade, integridade e confidencialidade de dados.

Por outro lado, no que diz respeito à responsabilidade dos provedores de computação em nuvem como prestadores de serviços de Internet (ISP), a Lei do comércio eletrónico[34] prevê no Capítulo III um regime especial de responsabilidade para os provedores de serviços de rede, como provedores de mero transporte, cache e hospedagem, e também para os provedores de serviços de associação de conteúdo de rede, mecanismos de busca e hiperligações, que são assimilados, para fins de regulamentação, a provedores de serviços de hospedagem. Além disso, esta Lei prevê esquemas de resolução

[32] *Vd.* também a Lei 12/2005 de 26 de janeiro sobre informação genética pessoal e informação de saúde.

[33] Lei n.º 109/2009 de 15 de setembro.

[34] Decreto-Lei 7/2004, de 7 de janeiro, que transpõe a Diretiva 2000/31/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 8 de junho de 2000.

provisória de litígios que surjam sobre a legalidade dos conteúdos disponibilizados na rede. Este procedimento de notificação e retirada é atribuído a uma entidade de supervisão administrativa, sem prejuízo do recurso às vias judiciais.

No que diz respeito à hospedagem e agregação de conteúdo, os ISP não são obrigados a remover os conteúdos disputados ou a impedir o acesso à informação com base numa reclamação feita por uma parte interessada, quando a ilegalidade não for evidente. No entanto, qualquer interessado pode recorrer à autoridade de supervisão competente, que deverá apresentar um remédio preliminar no prazo de quarenta e oito horas e notificá-lo imediatamente por via eletrónica a todos os envolvidos. A autoridade de supervisão pode alterar a qualquer momento a solução preliminar do litígio e, seja qual for a decisão, está isenta de responsabilidade por isso; do mesmo modo, o prestador de serviço intermediário não é responsável por ter removido conteúdos ou ter desativado o acesso com base em mero pedido, quando a ilegalidade não seja evidente. A resolução definitiva do litígio realiza-se através de procedimentos comuns, cujo recurso não prejudica a utilização pelos interessados, ao mesmo tempo, de meios judiciais comuns. Por outro lado, quem tiver um interesse jurídico em manter esses conteúdos online também tem o direito de interpor recurso junto da autoridade de supervisão contra uma decisão do fornecedor de remover ou desabilitar o acesso a esses conteúdos, a fim de obter uma resolução preliminar do litígio.

Os intermediários da Internet não têm obrigação geral de monitorar, filtrar e / ou bloquear informações transmitidas pelos utilizadores dos seus serviços, desde que tenham uma função passiva[35]. A Lei do comércio eletrónico prevê expressamente que os provedores de serviços intermediários online não têm a obrigação geral de monitorar as informações que transmitem ou armazenam, nem de investigar possíveis infrações praticadas pelos utilizadores dos seus serviços. Não obstante, vários deveres comuns

[35] Em sede de direitos de autor e direitos conexos, a Diretiva (UE) 2019/790 do Parlamento Europeu e do Conselho de 17 de abril de 2019 relativa aos direitos de autor e direitos conexos no mercado único digital e que altera as Diretivas 96/9/CE e 2001/29/CE, estabeleceu um regime especial para as plataformas comerciais de partilha em linha de conteúdos digitais, definidas como as que prestam *serviços da sociedade da informação que têm como principal objetivo ou um dos seus principais objetivos armazenar e facilitar o acesso do público a uma quantidade significativa de obras ou outro material protegido por direitos de autor carregados pelos seus utilizadores, que organizam e promovem com fins lucrativos*. Sobre o tema, com indicações, Alexandre Dias Pereira, «As plataformas comerciais de partilha em linha de conteúdos digitais e os direitos de autor na União Europeia», *Revista de Direito Intelectual* 2022 – N.º 1.

dos prestadores de serviços intermediários são estabelecidos para com as autoridades competentes. O ISP deve (1) informar as autoridades competentes imediatamente ao tomar conhecimento de atividades ilegais realizadas por meio dos serviços que presta, (2) atender às solicitações de identificação dos destinatários dos seus serviços com os quais tenham celebrado acordos de armazenamento, (3) cumprir prontamente instruções destinadas a terminar ou prevenir uma infração, designadamente para remover ou bloquear o acesso a uma determinada informação, e (4) fornecer listas de titulares de sites alojados nos seus servidores, quando solicitado.

Recentemente, o Regulamento dos Serviços Digitais[36] – aplicável a partir de 17 de fevereiro de 2024 (art. 93.º/2) – "suprimiu" os artigos 12.º a 15.º da Diretiva 2000/31, substituindo-os pelos artigos 4.º, 5.º, 6.º e 8.º. No que respeita ao alojamento em servidor, agora denominado "alojamento virtual", acrescenta-se que a isenção de responsabilidade do prestador não é aplicável, em matéria de defesa dos consumidores, às "plataformas em linha que permitem aos consumidores celebrar contratos à distância com comerciantes, sempre que essas plataformas apresentem o elemento específico de informação ou permitam, de qualquer outra forma, que a transação específica em causa induza um consumidor médio a acreditar que a informação, o produto ou o serviço objeto da transação é fornecido pela própria plataforma em linha ou por um destinatário do serviço que atue sob a sua autoridade ou controlo" (art. 6.º/3). Por seu turno, o Tribunal de Justiça decidiu no acórdão de 22 de dezembro de 2022[37], que para efeitos do artigo 9.º, n.º 2, alínea a), do Regulamento (UE) 2017/1001 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 14 de junho de 2017, sobre a marca da União Europeia, "o operador de um sítio Internet de vendas em linha que integra, para além das suas próprias ofertas de venda, um sítio de comércio eletrónico, é suscetível de ser considerado, ele próprio, utilizador de um sinal idêntico a uma marca da União Europeia de outrem para produtos idênticos àqueles para os quais esta marca está registada quando vendedores terceiros coloquem à venda, nesse sítio de comércio, sem o consentimento do titular da referida marca, esse tipo de produtos que ostentem esse sinal, *se um utilizador*

[36] Regulamento (UE) 2022/2065 do Parlamento Europeu e do Conselho de 19 de outubro de 2022 relativo a um mercado único para os serviços digitais e que altera a Diretiva 2000/31/CE (Regulamento dos Serviços Digitais). Sobre este Regulamento, vd. Luís Manuel de Menezes Leitão, *Digital Services Act (DSA). O regulamento Europeu 2022/2065 sobre os serviços digitais*, Coimbra, Almedina, 2023.

[37] Proc. apensos C148/21 e C184/21, *Louboutin c. Amazon*, ECLI:EU:C:2022:1016 (*itálico nosso*).

normalmente informado e razoavelmente atento desse sítio estabelecer um nexo entre os serviços desse operador e o sinal em questão, o que sucede nomeadamente quando, atendendo a todos os elementos que caracterizam a situação em causa, semelhante utilizador possa ter a impressão de que é o referido operador que comercializa, ele próprio, em seu nome e por conta própria, os produtos que ostentam o referido sinal. A este respeito, são pertinentes o facto de esse operador recorrer a um modo de apresentação uniforme das ofertas publicadas no seu sítio Internet, exibindo em simultâneo os anúncios relativos aos produtos que vende em seu nome e por conta própria e os anúncios relativos aos produtos colocados à venda por vendedores terceiros no referido sítio de comércio, o facto de exibir o seu próprio logótipo de distribuidor de prestígio em todos esses anúncios e o facto de oferecer a vendedores terceiros, no âmbito da comercialização dos produtos que ostentam o sinal em causa, serviços complementares que consistem nomeadamente no armazenamento e na expedição desses produtos. Por outro lado, o artigo 7.º do novo Regulamento dos Serviços Digitais estabelece que a realização "de boa-fé e de forma diligente, de investigações voluntárias por iniciativa própria" ou a tomada de "outras medidas destinadas a detetar, identificar e suprimir ou bloquear o acesso a conteúdos ilegais", ou "medidas necessárias para cumprir os requisitos do direito da União e nacional, incluindo os requisitos previstos no presente regulamento", não torna prestadores de serviços intermediários "inelegíveis para beneficiar das isenções de responsabilidade referidas nos artigos 4.º, 5.º e 6.º" do novo Regulamento. Isto significa que o facto de realizarem essas investigações ou tomarem as referidas medidas não significa, só por si, que tenham conhecimento efetivo das ilicitudes cometidas pelos utilizadores dos serviços, nos termos da chamada "cláusula do bom samaritano".

12. Segurança das redes e sistemas de informação

Os prestadores de serviços de computação em nuvem estão sujeitos a deveres de segurança informática dos prestadores de serviços digitais. A Diretiva 2016/1148[38] estabelece obrigações de segurança face ao "papel vital" das redes e da informação na sociedade e na economia e ao potencial lesivo dos incidentes de segurança. Cria uma Rede de equipas de resposta a incidentes de segurança informática («Rede CSIRT») e um Grupo de

[38] Transposta pela Lei n.º 46/2018, de 13 de agosto (regime jurídico da segurança do ciberespaço). *Vd.* Alexandre Dias Pereira, «A proteção dos dados pessoais e o direito à segurança informática no comércio eletrónico», *Revista Banca, Bolsa e Seguros*, n.º 3 (2018), p. 303-329.

Cooperação, incluindo os Estados-Membros, a agência europeia ENISA e a Comissão Europeia. Nos incidentes de segurança estão em causa a disponibilidade, a autenticidade, a integridade ou a confidencialidade dos dados armazenados, transmitidos ou tratados, e dos serviços utilizados. Os deveres de segurança recaem sobre os operadores de serviços essenciais e sobre prestadores de serviços digitais, incluindo mercados em linha, motores de pesquisa em linha, e serviços de computação em nuvem (art. 4.º/5 e anexo III). De fora ficam as empresas que oferecem redes de comunicações públicas ou serviços de comunicações eletrónicas acessíveis ao público, na aceção da Diretiva 2002/21/CE, e os prestadores de serviços de confiança na aceção do Regulamento 910/2014 (eIDAS), uma vez que tanto estes como aquelas ficam sujeitos aos requisitos de segurança estabelecidos nos respetivos diplomas.[39]

Os *prestadores de serviços digitais* são obrigados a garantir um nível de segurança proporcional ao grau de risco para a segurança dos serviços digitais que fornecem, dada a importância dos seus serviços para as operações de outras empresas na União. Entende-se que os requisitos de segurança aplicáveis aos prestadores de serviços digitais podem ser menos exigentes já que, na prática, o seu grau de risco é inferior ao grau de risco a que estão sujeitos os operadores de serviços essenciais. Assim, por exemplo, a autori-

[39] Por exemplo, Regulamento (UE) 910/2014 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de julho de 2014, relativo à identificação eletrónica e aos serviços de confiança para as transações eletrónicas no mercado interno e que revoga a Diretiva 1999/93/CE (eIDAS) (e no direito interno o Decreto-Lei n.º 290-D/99, de 2 de agosto, com alterações posteriores) estabelece como requisitos de segurança aplicáveis aos prestadores de serviços de confiança (1) a adoção de medidas para impedir ou reduzir ao mínimo o impacto dos incidentes de segurança e informar as partes interessadas dos efeitos adversos dos eventuais incidentes, e (2) o dever de notificação da autoridade nacional de segurança e da autoridade de proteção de dados de todas as violações da segurança ou perdas de integridade que tenham um impacto significativo sobre o serviço de confiança prestado ou sobre os dados pessoais por ele conservados. Em caso de violação de segurança dos sistemas de ID, que prejudique a fiabilidade da autenticação transfronteiriça do sistema, o Estado-Membro notifica os outros Estados-Membros e a Comissão. Ao fim de 3 meses sem ter sido corrigida a falha o meio de ID é suprimido. As medidas de controlo de segurança e gestão dos riscos de segurança na moeda eletrónica, em especial a notificação de incidentes, estão previstas na Diretiva (UE) 2015/2366 do Parlamento Europeu e do Conselho de 25 de novembro de 2015 relativa aos serviços de pagamento no mercado interno (altera as Diretivas 2002/65/CE, 2009/110/CE e 2013/36/UE e o Regulamento (UE) 1093/2010, e revoga a Diretiva 2007/64/CE).

dade competente não tem uma obrigação geral de supervisionar os prestadores de serviços digitais.[40]

Um dos deveres de segurança é o dever de notificar incidentes, i.e., eventos com um efeito adverso real na segurança das redes e da informação (artigo 14.º/3 da Diretiva 2016/1148). As notificações de incidentes devem ser recebidas pelas autoridades competentes ou pelas equipas de resposta a incidentes de segurança informática (CSIRT). Para determinar a importância do impacto de um incidente são estabelecidos alguns parâmetros como (1) o número de utilizadores afetados pela perturbação do serviço essencial, (2) a duração do incidente, e (3) a distribuição geográfica, no que se refere à zona afetada pelo incidente (artigo 14.º/4 da Diretiva 2016/1148).

Os prestadores de serviços digitais não estabelecidos na União que ofereçam serviços na União devem designar obrigatoriamente um representante. Segundo o considerando (65) da Diretiva 2016/1148: "A fim de determinar se esses prestadores oferecem ou não serviços na União, haverá que apurar se é evidente a sua intenção de oferecer serviços a pessoas num ou mais Estados-Membros. O mero facto de estar acessível na União um sítio web do fornecedor de serviços digitais ou de um intermediário ou um endereço eletrónico ou outro tipo de contactos ou de ser utilizada uma língua de uso corrente no país terceiro em que o fornecedor de serviços digitais se encontra estabelecido não é suficiente para determinar essa intenção. Contudo, há fatores, como a utilização de uma língua ou de uma moeda de uso corrente num ou mais Estados-Membros, com a possibilidade de encomendar serviços nessa outra língua, ou a referência a clientes ou utilizadores na União, que podem ser reveladores de que o fornecedor de serviços digitais tenciona oferecer serviços na União."

13. Conclusão

A computação em nuvem é cada vez mais utilizada tanto por empresas como por consumidores. Ao invés de vazio jurídico, a computação em nuvem é já regulada por vários diplomas. Desde logo, enquanto serviço da sociedade da informação fica sujeita ao regime jurídico do comércio ele-

[40] Cf. os considerandos (49) e (60) da Diretiva 2016/1148. Além disso, o artigo 16.º/11 isenta dos referidos deveres de segurança as microempresas e as pequenas empresas, tal como definidas na Recomendação 2003/361/CE da Comissão, de 6 de maio de 2003, de modo a não a ficarem sujeitas a encargos financeiros e administrativos desproporcionados – considerando (53).

trónico (Diretiva 2000/31 e DL 7/2004). Além disso, enquanto serviço digital, a computação em nuvem está sujeita aos direitos do consumidor de serviços digitais (Diretiva 2019/790 e DL 84/2001), entre outros diplomas de proteção do consumidor, nomeadamente o regime das cláusulas contratuais gerais (Diretiva 93/13/CEE, alterada pela Diretiva 2011/83, e no direito interno o DL 446/85, com várias alterações). A determinação do tribunal competente e da lei aplicável aos contratos de computação em nuvem regem-se pelo Regulamento 1215/2012 (Bruxelas I) e pelo Regulamento 593/2008 (Roma I). Por outro lado, a computação em nuvem envolve utilização de software, devendo conformar-se com a respetiva proteção jurídica (DL 252/94 e Diretiva 2009/24/CE), o mesmo valendo para os dados pessoais, em especial no que respeita à segurança dos tratamentos de "dados sensíveis" (Regulamento 2016/679, Lei 58/2019, Regulamento 707/2016). Além da exposição da computação em nuvem ao cibercrime, previsto e punido por lei (Lei 109/2009), a computação em nuvem enquanto serviço digital está sujeita aos deveres de segurança informática dos prestadores de serviços digitais previstos no regime da cibersegurança (Diretiva 2016/1148 e Lei 46/2018).

O REGULAMENTO EUROPEU DE *CROWDFUNDING* E O SEU IMPACTO NO REGIME JURÍDICO DO FINANCIAMENTO COLABORATIVO

Diogo Pereira Duarte*

Sumário: *1. O regulamento europeu de crowdfunding; a. Início de vigência e razão de ser; b. O impacto no regime nacional; c. As diferenças e a articulação necessária; 2. O crowdfunding: a. Crowdfunding e os seus diferentes modelos; b. O crescimento do crowdfunding; c. A regulação; 3. O Regime português de crowdfunding: a. Aspetos gerais; b. Crowdfunding financeiro; c. Criptoativos; d. Âmbito territorial; 4. As diferenças no regime Português e Europeu: a. Crowdfunding não financeiro; b. Crowdfunding financeiro; c. PSFC de países terceiros; d. Criptoativos; 5. Questões ainda em aberto.*

1. O regulamento europeu de *crowdfunding*

a. Início de vigência e razão de ser

No passado dia 10 de novembro de 2021 entrou em vigor o Regulamento 2020/1503, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 7 de outubro de 2020, que estabelece um regime uniforme aplicável ao *crowdfunding* (financiamento colaborativo) na União Europeia.

* Professor Auxiliar da Faculdade de Direito de Lisboa | Investigador do Centro de Investigação de Direito Privado.

Este Regulamento "relativo aos prestadores europeus de serviços de financiamento colaborativo às entidades"[1] (Regulamento Europeu de Serviços de Financiamento Colaborativo, de ora em diante *RESFC*) surge num contexto de crescente importância das plataformas de *crowdfunding* nos Estados-Membros da UE[2] e no quadro de um cenário de crescente fragmentação legislativa e arbitragem regulatória.

Desde 2013, vários Estados-Membros desenvolveram diferentes regimes para regular o *crowdfunding*, o que levou a Comissão Europeia a concluir que a falta de harmonização desta matéria na União Europeia criava restrições efetivas ao desenvolvimento do *crowdfunding* transfronteiriço.[3] Para operar de forma transfronteiriça um prestador de serviços de financiamento colaborativo (de ora em diante, PSFC) teria de obter autorização em diferentes Estados-Membros e cumprir os diferentes requisitos legais existentes nesses ordenamentos, o que é, *de facto,* impraticável. Essa fragmentação legislativa estaria também, consequentemente, a dificultar o cumprimento dos objetivos do Plano de Ação da União dos Mercados de Capitais.[4] Finalmente, o principal fundamento económico do *crowdfunding*, que resi-

[1] Na versão inglesa: *on European crowdfunding service for business*, sendo usualmente referido pela utilização do acrónimo ECSPR.

[2] Para dados quantitativos sobre o desenvolvimento do mercado, cfr. *The 2nd Global Alternative Finance Market Benchmarking Report* (2021), disponível em <https://www.jbs.cam.ac.uk/faculty-research/centres/alternative-finance/publications/the-2nd-global-alternative-finance-market-benchmarking-report/>.

[3] De acordo com o considerando 6 do *RESFC*: *As diferenças entre as regras nacionais em vigor são tais que obstam à prestação transfronteiriça de serviços de financiamento colaborativos, tendo, portanto, um efeito direto no funcionamento do mercado interno desses serviços. Em especial, o facto de o regime jurídico estar fragmentado pelas fronteiras nacionais cria obstáculos jurídicos substanciais para os investidores não profissionais, que frequentemente se deparam com dificuldades para determinarem as regras aplicáveis aos serviços de financiamento colaborativo transfronteiriços. Por conseguinte, esses investidores são muitas vezes desencorajados de efetuar investimentos transfronteiriços através de plataformas de financiamento colaborativo. Pelas mesmas razões, os prestadores de serviços de financiamento colaborativo que operam tais plataformas são dissuadidos de oferecer os seus serviços noutros Estados-Membros que não aquele em que se encontram estabelecidos. Em consequência, os serviços de financiamento colaborativo permaneceram em larga medida, até agora, confinados ao nível nacional, em detrimento de um mercado de financiamento colaborativo em toda a União, privando assim as entidades do acesso a serviços de financiamento colaborativo, especialmente nos casos em que essas entidades operam em mercados nacionais de menor dimensão*. Sobre o assunto, ver o nosso, *Response to the Commission consultation paper on FinTech: a more competitive and innovative financial sector*, in RDS IX, 3, 2017, p. 716.

[4] Eugenia Macchiavello, *The Crowdfunding Regulation in the Context of the Capital Markets Union*, in Pietro Ortolani and Marije Louise (ed.), "The EU Crowdfunding Regulation", OUP, 2021, pp. 52 e *ss.*.

de nas economias de escala geradas no mercado de cauda longa (*long-tail market*), é contraditório com a natureza local imposta pela fragmentação legislativa a nível da União Europeia.

Estes fatores levaram à conclusão de que seria necessário harmonizar do *crowdfunding* a nível da União Europeia (ver considerando 7 do *RESFC*)[5], o que também é consistente com os objetivos do Mercado Único Digital e da estratégia de Finanças Digitais da EU.[6]

Neste contexto, em 8 de março de 2018 foi apresentada a proposta da Comissão Europeia[7] sobre a matéria e, após alterações decorrentes das posições do Parlamento Europeu e do Conselho e das negociações trilaterais, o *RESFC* foi formalmente adotado em 7 de outubro de 2020 e publicado no Jornal Oficial da União Europeia em 20 de outubro de 2020[8], implementando um regime uniforme para as plataformas de *crowdfunding* na União Europeia e prevendo um regime de "passaporte Europeu" destinado a possibilitar as atividades transfronteiriças.[9]

[5] *A fim de promover os serviços de financiamento colaborativo transfronteiriços e de facilitar o exercício da liberdade de prestar e receber serviços de financiamento colaborativo no mercado interno, é necessário eliminar os atuais obstáculos ao bom funcionamento do mercado interno de prestação de serviços de financiamento colaborativo e garantir um nível elevado de proteção dos investidores, estabelecendo um regime jurídico ao nível da União*.

[6] Comissão Europeia, "Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões sobre uma estratégia de finanças digitais para a EU" (COM(2020) 591 final), p. 5.

[7] A proposta foi apresentada no âmbito do *FinTech Action Plan*, disponível em https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52018DC0109, e discutida em primeira mão em Lisboa, na conferência internacional organizada pelo Centro de Investigação de Direito Privado, da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa e da CMVM, "I Jornadas de Crowdfunding – financiamento colaborativo de capital e por empréstimo", que decorreram no dia 20 de março de 2018, e incluiu a apresentação da Proposta feita pelo Dr. Ivan Kuznetsov, da DG Estabilidade Financeira, Serviços Financeiros e União dos Mercados de Capitais. Os vídeos da conferência estão disponíveis em https://www.cidp.pt/evento/i-jornadas-de-crowdfunding-financiamento-colaborativo-de-capital-e-por-emprestimo/14.

[8] Sobre o processo legislativo, cfr. Eugenia Macchiavello, Capítulo 1, em Eugenia Macchiavello (ed.) "Regulation on European Crowdfunding Service Providers for business: a commentary", Elgar Commentaries in Financial Law Series, 2022, par. 1.19 ss. e bibliografia citada.

[9] Marije Louise-Adam Pasaribu, *Authorization and Supervision of Crowdfunding Service Providers,* em Pietro Ortolani and Marije Louise (ed.), "The EU Crowdfunding Regulation", OUP, 2021, p. 171.

b. O impacto no regime nacional

Desde 10 de novembro de 2021, data da sua aplicação em toda a União Europeia, o *RESFC* provocou uma modificação substancial no regime aplicável ao *crowdfunding* em Portugal. Nos termos do artigo 288.º, n.º 2, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, um "/.../ regulamento tem aplicação geral. É obrigatório em todos os seus elementos e diretamente aplicável em todos os Estados-Membros".

De acordo com o princípio da cooperação leal, consagrado no artigo 4.º, n.º 3, do Tratado, todas as autoridades dos Estados-Membros têm o dever de tomar medidas gerais ou especiais capazes de assegurar o cumprimento das obrigações impostas pelo Direito da União Europeia. Adicionalmente, o artigo 8.º, n.º 4, da Constituição da República Portuguesa adota o princípio do primado do Direito da União Europeia. A articulação das disposições acima referidas permite concluir que o regime português de *crowdfunding* está impedido de contrariar as disposições do *RESFC* que, de acordo com a jurisprudência relevante do Tribunal de Justiça da União Europeia[10], é diretamente aplicável em Portugal e, nesse âmbito, tacitamente substitui e, enquanto e na medida em que este não seja expressamente revogado, complementa o regime nacional.[11]

A precedência do *RESFC* é a justificação implícita para as regras transitórias que encontramos no artigo 48.º do Regulamento. De facto, resulta dessas disposições transitórias que após o início de aplicação do *RESFC* (10 de novembro de 2021, nos termos do artigo 52.º do Regulamento), os PSFC que pretendam prestar serviços cobertos pelo âmbito de aplicação do *RESFC* não poderão ser autorizados ao abrigo do regime nacional (a que se fará referência seguidamente) e que esse regime não será aplicável à atividade do PSFC após a data de aplicação do Regulamento[12].

[10] Cfr. Caso C-6-64 *Flaminio Costa contra ENEL*, e caso C-34/73 *Fratelli Variola S.p.A. v Amministrazione italiana delle Finanze*.

[11] Pietro Ortolani-Marije Louise, *Introduction: keep calm and Continue Crowdfunding* in Pietro Ortolani and Marije Louise (ed.), "The EU Crowdfunding Regulation", OUP, p. 31.

[12] Marije Louise-Adam Pasaribu, (nota 9), 183; João Vieira dos Santos, *Financiamento colaborativo e sociedades por quotas*, in RDS XIII, 2, 2021, p. 182. Ver também a resposta 2.1 da Comissão Europeia incluída nas perguntas e respostas da ESMA sobre *crowdfunding* (ESMA's Q&A on crowdfunding), na versão atualizada de 10 de novembro de 2021, disponível em <https://www.esma.europa.eu/press-news/esma-news/esma-publishes-first-qas-crowdfunding>.

No entanto, os PSFC autorizados ao abrigo do regime nacional poderão continuar a prestar serviços de financiamento colaborativo incluídos no âmbito do *RESFC*, de acordo com o regime nacional, até 10 de novembro de 2023 ou até que lhes seja concedida a autorização nos termos do artigo 12.º do Regulamento, conforme ocorra primeiro (artigo 48.º/ 1 *RESFC*, e Regulamento Delegado da Comissão Europeia, de 12 de julho de 2022 C(2022) 4835 final). Acresce que durante o período transitório os Estados-Membro poderão instituir procedimentos simplificados para as entidades que, no momento em que iniciou a aplicação do *RESCF*, estavam já autorizados ao abrigo do regime nacional (artigo 48.º/ 2 *RESFC*).

c. As diferenças e a articulação necessária

O *RESFC* apresenta diferenças significativas relativamente ao regime nacional, muito em especial no que se refere à proteção dos investidores, o que implicará um esforço de adaptação para os PSFC já autorizados.

Sem prejuízo da proteção que decorre indiretamente da consagração de diversos deveres em matérias procedimentais e de organização, para os PSFC, e dos deveres de informação sobre as ofertas, para os oferentes – em que há bastantes semelhanças entre o regime português e europeu –, o regime português fez assentar a proteção do investidor essencialmente no estabelecimento de limites aos investimentos, por inspiração norte-americana.[13] Diferentemente, o *RESFC*, onde esses limites não existem, estabeleceu a proteção com base numa matriz de Direito Europeu, incluindo no que se refere ao Direito do Consumo. Encontramos, assim, diversas medidas alternativas e regras de conduta que implicarão um esforço de adaptação: o dever de realizar um mínimo de *due diligence* sobre os oferentes (artigo 5.º do *RESFC*); no que respeita a informação, o dever de divulgar os critérios de seleção de projetos (artigo 19.º/1 do *RESFC*), as metodologias de avaliação de risco de crédito (artigo 19.º/ 6 do *RESFC*), taxas de incumprimento (artigo 20.º do *RESFC*) e de divulgar informação fundamental ao nível da plataforma (artigo 24.º do *RESFC*); o dever de realizar um teste de conhecimentos para admissão e uma simulação sobre a capacidade para suportar perdas (artigo 21.º do *RESFC*); e o dever de consagrar um período

[13] Para uma análise de Direito Comparado, no *crowdfunding*, ver o nosso *Financiamento Colaborativo de Capital: 'Equity-Crowdfunding'*, in António Menezes Cordeiro, Ana Perestrelo de Oliveira e Diogo Pereira Duarte (ed.) "Fintech: Desafios da Tecnologia Financeira", 2.ª ed., Almedina, 2019, pp. 286 e ss..

de reflexão pré-contratual, aplicável a investidores não sofisticados (artigo 22.º do *RESFC*), entre outros.

Mas a substituição do regime português pelo *RESFC* só ocorre no seu âmbito de aplicação comum, e o âmbito do Regulamento Europeu e do regime nacional não são coincidentes. Em todas as matérias não cobertas pelo *RESFC*, na medida em que não venha a ser revogado, o regime português vai manter-se aplicável.

É o próprio *RESFC* que prevê esta possibilidade, consagrando no seu artigo 12.º/ 2/ b) que o *RESFC* não se aplica outros serviços relacionados com os serviços de *crowdfunding*, para efeitos do Regulamento (e definidos no artigo 2.º/ 1/ a)), e que sejam prestados aos abrigo dos regimes nacionais. Tal significa que um PSFC terá de ser autorizado ao abrigo do regime nacional e do *RESFC* para poder prestar serviços que apresentem uma conexão relevante com o ordenamento português, se pretender conjugar a prestação de serviços de *crowdfunding*, como definida no Regulamento, com outros serviços admissíveis ao abrigo do regime nacional. Nesse caso, o regime português continuará a aplicar-se à atividade complementar à que seja prestada ao abrigo do regime europeu.

Tando em conta o referido anteriormente, um passo metodológico fundamental será determinar o âmbito do *RESFC* e compará-lo com a regulação portuguesa do *crowdfunding*. Vamos assim, seguidamente, passar em revista o conceito de financiamento colaborativo, e comparar o regime português e o regime europeu. No final, abordaremos alguns pontos ainda em aberto e temas a reclamar clarificação.

2. O *crowdfunding*

a. *Crowdfunding* e os seus diferentes modelos

O *crowdfunding* pode ser explicado com recurso ao conceito mais amplo de *crowdsourcing*, que se define como um modelo de negócio em que entidades promotoras obtêm os recursos de que necessitam, e que tradicionalmente seriam desenvolvidos por colaboradores contratados ou outros meios próprios, através de contribuições recebidas na sequência de uma solicitação dirigida a vasta rede de pessoas, em especial uma comunidade *online* (a *crowd*).[14] Nessa sequência, o *crowdfunding* pode ser caracterizado

[14] Cfr. Zhu-Song-Ni-Ren-Li, *Business trends in the digital era, evolution of theories and applications*, Springer, 2016, p. 103. Ver a definição de Poetz-Schreirer. *The value of crowdsourcing:*

como um método, relativamente recente e ainda em evolução, de utilizar uma plataforma na *internet* para aceder às contribuições financeiras de pessoas ligadas em rede com o objetivo de financiamento de atividades ou projetos.[15]

O financiamento colaborativo, não obstante a variabilidade e mutabilidade dos modelos de negócios em que se concretiza, pressupõe tipicamente: (i) uma campanha dirigida ao público através do *upload* de um vídeo de apresentação (*pitch*) numa plataforma na *internet;* (ii) com o objetivo de se obterem fundos para um projeto específico; (iii) na sequência da qual os financiadores (*backers*) enviarão, aceitando financiar o projeto, fundos para os promotores dos projetos (*project owners*), as entidades financiadas; (iv) por uma, ou várias, das seguintes modalidades: donativos; recompensa; capital; e empréstimo.

Da noção mais vasta de financiamento colaborativo pode ser destacada uma noção restrita de *crowdfunding* financeiro ou, na expressão inglesa, *financial-return crowdfunding*, que se traduz no financiamento também com recurso a uma plataforma na *internet*, mas que implica tipicamente a atribuição de partes representativas do capital social, partilha de lucros ou dividendos, ou a remuneração de um empréstimo que seja feito aos financiados.[16] Trata-se, pois, de investimento feito na expectativa de retorno financeiro.

b. O crescimento do *crowdfunding*

Embora o *crowdfunding* se tenha afirmado inicialmente nas modalidades de donativos e recompensa, em tempos mais recentes o *crowdfunding* tem-

Can users really compete with professionals in generating new products ideas?, em "Journal of Product Innovation Management", 29 (2), pp. 245-256, em que *crowdsourcing* é definido como sendo a contribuição da *crowd* para a criação ou realização de uma ideia de negócio.

[15] Para uma introdução ao *crowdfunding*, cfr. Steven Bradford, *Crowdfunding and the federal securities law*, in "Columbia Business Law Review", 2012, pp. 1-150.

[16] Sobre os diferentes tipos de *crowdfunding*, Eugenia Macchiavello, (nota 8), par. 1.02-1.03; Pietro Ortolani-Marije Louise, *Introduction: keep calm and Continue Crowdfunding* in Pietro Ortolani and Marije Louise (ed.), "The EU Crowdfunding Regulation", OUP, 2021 p. 31. Na doutrina nacional, Luís Roquette Geraldes e Francisca Seara Cardoso, *Uma revolução chamada crowdfunding*, em "IV Congresso Direito das Sociedades em Revista", Almedina, 2016, p. 495; Luís Guilherme Catarino, *Crowdfunding e Crowdinvestment: o regresso ao futuro?*, março 2017, CEDIPRE online, 32, disponível em <https://www.fd.uc.pt/cedipre/wp-content/uploads/pdfs/co/public_32.pdf, 13; Diogo Pereira Duarte, (nota 13), p. 279; João Vieira dos Santos, *Regulação de Formas de Financiamento Empresarial FinTech – em especial: o crowdfunding e as Initial Coin Offerings,* (tese de doutoramento apresentada na Universidade do Porto, no prelo), Porto, 2020, p. 252.

-se mostrado especialmente adequado para o financiamento de sociedades em fase inicial de atividade, as *start-ups*, e de pequenas e médias empresas (PMEs), sobretudo as que desenvolvem atividades e projetos em áreas inovadoras.[17] Este método de financiamento de empresas com aproveitamento das possibilidades oferecidas pela *internet* inclui-se no universo mais vasto de inovações tecnológicas com implicações potenciais para o sistema financeiro, os seus intermediários e utilizadores, que é conhecido pela expressão *FinTech*.[18] O seu potencial no financiamento de empresas, sobretudo para um país com baixos índices de capitalização societária, deve ser aproveitado.

Existem vários fatores que podem explicar o crescimento à escala mundial do mercado de financiamento colaborativo, quando utilizado nesta modalidade de investimento em *start-ups* e PMEs.

Em primeiro lugar, a dificuldade no acesso aos meios de financiamento tradicionais – sobretudo por parte de *start-ups* – pela incipiência dos seus balanços, a inexistência de histórico em termos creditícios e, muitas vezes, pela inexistência sequer de um projeto em execução que assegure fluxos financeiros que permitam corresponder ao serviço da dívida. Ou seja, estas empresas colocam frequentemente um problema de bancabilidade que, tipicamente, as encaminhava já, numa primeira fase, para o financiamento por parte de investidores profissionais, como *business angels* ou o capital de risco, os principais operadores no mercado de financiamento privado das sociedades com recurso a capitais próprios (*private equity*).

A esse problema estrutural somou-se ainda, certamente, a contração creditícia subsequente à crise iniciada em 2008 que incidiu, de forma muito particular, sobre o setor financeiro, e que afetou não apenas *start-ups* mas o tecido empresarial em geral e, portanto, também as PMEs.

Por outro lado, é bastante plausível que o *crowdfunding* tenha vindo ocupar falhas no mercado de *private equity*. O *crowdfunding* não apenas possibilita uma solução para fases de necessidades de financiamento que os operadores tradicionais não desejam satisfazer,[19] e que não podem ser supridas

[17] Veja-se, sobre o potencial do *crowdfunding* na área de *research and innovation*, o estudo solicitado pelo *directorate-general for research and innovation* da Comissão Europeia, *Assessing the potential for crowdfunding and other forms of alternative finance to support research and innovation*, disponível em < http://eurocrowd.org/crowdfunding-research-innvoation/>.

[18] Cfr. *Crowdfunding in the EU capital markets union*, SWD (2016) 154 final, disponível em <http://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/10102/2016/EN/10102-2016-154-EN-F1-1.PDF>, pp. 3-4.

[19] Falha de mercado que é designada frequentemente como o *funding gap* de *start-ups* e PMEs. Cfr. Seth C. Oranburg, *Bridgefunding: Crowdfunding and the market for entrepreneurial*

com recurso a *bootstrap financing*[20], mas – na ótica de fundadores desses sociedades – apresenta ainda, frequentemente, a vantagem de uma melhor valorização da empresa, menor custo do capital, e maior rapidez na conclusão do processo de financiamento.[21] Finalmente, evita os custos de uma intermediação tradicional, pois possibilita o acesso quase direto aos investidores.

O *crowdfunding* possibilita ainda, para os promotores de projetos, vantagens complementares, de natureza não estritamente financeira, entre as quais se podem destacar: (i) apresenta uma métrica de aceitação de um projeto antes mesmo da fase da sua produção, em termos em tudo semelhantes à análise possibilitada a partir de *big data*, e de forma gratuita; e (ii) produz um efeito de *marketing* resultante da promoção na plataforma e das interações nas redes sociais que ela pode possibilitar. Em consequência, é também possível que o mérito de uma campanha de *crowdfunding* seja o principal fator que vem debloquear, para os promotores, o acesso aos meios tradicionais de financiamento.[22]

Na ótica dos financiadores, o sucesso do *crowdfunding* justifica-se, antes de mais, pela ligação emocional que os financiadores estabelecem com a ideia ou projeto financiado, proporcionado uma experiência no mercado de capitais consistente com os fundamentos económicos da *experience-based economy*. Trata-se de *investimento temático*, agora exponenciado pelas preocupações de investimento ESG.

finance, "Cornell Journal of Law and Public Policy", [vol. 25:397], pp. 422 e ss.. Sobre o papel do capital de risco e *business angels* em sociedades em fase de instalação de desenvolvimento, cfr. Ana Perestrelo de Oliveira, *Manual de Corporate Finance*, Coimbra, 2015, pp. 71 e ss.. Da mesma autora, cfr., *O papel das startups na FinTech e o ciclo de financiamento de startups*, in António Menezes Cordeiro, Ana Perestrelo de Oliveira e Diogo Pereira Duarte (ed.) "Fintech: Desafios da Tecnologia Financeira", 2.ª ed, Almedina, 2019, p. 257.

[20] De *founders, family and friends/fools*.

[21] Sobre o tema, cfr. Brown-Mawson-Mason, *Harnessing the crowd: the demand-side dynamics of equity crowdfunding in nascent entrepreneurial ventures*, *in* "working papers in responsible banking & finance, wp n.º 15-009, pp. 20 e ss, disponível em <https://www.st-andrews.ac.uk/business/rbf/workingpapers/RBF15_009.pdf>. Cfr., também, Alexander Pascal Borner, *Crowdfunding – a successful way of new venture financing?*, Tredition, 2016, p. 43 e ss..

[22] Na realidade, o *crowdfunding* permite terminar com o paradoxo do ovo e da galinha frequentemente presente nos processos de financiamento, já que o sucesso de uma campanha configura uma prova de conceito que, em geral, não seria possível de realizar sem prévio financiamento.

O seu sucesso justifica-se também democratização dos mecanismos próprios da indústria financeira possibilitada pela utilização de novas ferramentas tecnológicas conceptualizadas como web 2.0,[23] associadas à mitigação do risco possibilitada pela *wisdom of the crowd,* em resultado da utilização das redes sociais.

No que respeita aos intermediários, pode apontar-se como fator de sucesso do *crowdfunding* o número crescente de exigências regulatórias à atividade bancária e de intermediação financeira, e custos associados, provocadas pela crise financeira, que tem feito surgir evidentes fenómenos de *shadowbanking.*

Finalmente, o grande fator de sucesso do *crowdfunding*, quando comparado com os meios tradicionais de financiamento, reside na possibilidade que a *internet* faculta de dirigir qualquer oferta a uma audiência extraordinariamente numerosa e dispersa em termos geográficos, em que os destinatários, individualmente, realizarão apenas pequenas contribuições, sem formalismos especiais, possibilitando, ainda assim, a reunião de fontes significativas de fundos canalizados por pessoas que, noutro contexto, não seriam investidoras em sociedades e projetos, até porque os custos de transação tornariam tais negócios ineficientes. Verificam-se aqui os fundamentos económicos do *long tail market*, o mercado de cauda longa. Esta possibilidade de direcionar ofertas será bastante potenciada pelas ferramentas de previsão comportamental subjacentes à *big data analytics*, o que coloca problemas específicos de proteção de investidores e proteção de dados.

c. A regulação

A regulação do *crowdfunding* enfrenta problemas e tem objetivos de natureza muito diversa. A questão assume particular importância, na perspetiva dos financiadores, quando estamos perante financiamento na expectativa de retorno financeiro. Nesse caso, para além dos genéricos riscos de fraude[24] ou riscos de intermediação em geral, nos quais avulta o problema

[23] *Websites* e aplicações que permitem aos usuários da *internet* criar e partilhar *online* todo o tipo de informação ou materiais, de que são exemplo o *facebook*, o *twitter* ou o *Linkedin*. Cfr. Zhu-Song-Ni-Ren-Li (nota 14), pp. 43 e ss..

[24] Para um estudo empírico sobre casos de fraude em campanhas de *crowdfunding*, em especial nos donativos e recompensas, por serem os casos mais frequentes, cfr. Cumming-Hornuf-Karami-Schweizer, *Disentangling crowdfunding from fraudfunding*, disponível em <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2828919>, em especial a nota 4, relativa a 2 campanhas de *equity-crowdfunding* reportadas como fraudulentas.

de risco de conflito de interesses,[25] podemos encontrar riscos específicos do investimento propriamente dito, que são potenciados pela sua incidência sobre pessoas que podem não estar preparadas para os prever, mitigar e, no limite, suportar.

No *crowdfunding* financeiro procura-se facultar aos interessados, em particular às pequenas empresas em fase inicial da sua atividade, o acesso a um novo instrumento de financiamento, ou seja, o *crowdfunding* é um meio de financiamento de atividades e projetos, em especial no domínio empresarial. Mas essa possibilidade de encontrar no *crowdfunding* uma fonte alternativa de financiamento, de origem não bancária, ou que não é tradicional nos mercados financeiros, não pode perder de vista que a *crowd* é composta essencialmente por investidores não profissionais e que, então, o incentivo ao investimento necessita de ser articulado com as exigências de proteção dos investidores de retalho ou não qualificados. Isto é assim, em particular, porque aos riscos específicos da intermediação se associa a circunstância de que se proporciona ao público, na generalidade dos casos, o investimento em sociedades ou em instrumentos não admitidos à negociação em mercados regulamentados em que a liquidez é, consequentemente, bastante reduzida.[26]

Essas necessidades de proteção são bem patentes se confrontarmos o que sucede tipicamente no *crowdfunding* e no financiamento por financiadores profissionais, quando estes investem em sociedades com características em tudo idênticas às das que tipicamente são financiadas com recurso a *crowdfunding* financeiro.

Como vimos, por estarem em causa, frequentemente, investimentos em *start-ups* ou PMEs, estaremos na generalidade dos casos a falar de sociedades fechadas, ainda que os títulos representativos do seu capital possam ser considerados valores mobiliários. Veremos, por isso, relativamente a um conjunto de fatores que identificámos como relevantes na perceção do risco, como se comportariam *business angels*, sociedades ou fundos de capital de risco, ou sociedades de *private equity*, na realização do financiamento[27] e o que sucede no financiamento em *crowdfunding* de capital.

[25] Ver o nosso Capítulo 9, em Eugenia Macchiavello (ed.) "Regulation on European Crowdfunding Service Providers for business: a commentary", Elgar Commentaries in Financial Law Series, 2022.

[26] ESMA, 'Advice Investment-based crowdfunding' ESMA/2014/1560 par. 31 e ss.

[27] Sobre os riscos do *crowdfunding*, cfr. Flavio Pichler-Ilaria Tezza, *Crowdfunding as a new phenomenon origins, features and literature review*, in Roberto Botiglia-Flavio Pichler (ed.), "Crowdfunding for SMEs: a European perspective", Palgrave, pp. 24 e ss..

Começaremos pela questão dos conhecimentos e experiência na área de investimento relevante para o tipo de investimento feito na plataforma de *crowdfunding*, que é uma das questões essenciais na ótica de proteção do investidor, nos termos do artigo dos artigos 25.º/ 1 e 3, da Diretiva 2014/65/EU, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de maio de 2014 (doravante referida abreviadamente por "DMIF II").

Em matéria de conhecimentos e experiência é importante notar que enquanto os *business angels* e empresas de capital de risco participantes no mercado são, ou antigos empresários com experiência no setor, no caso dos *business angels*, ou financeiros e consultores da indústria, já os investidores em *crowdfunding* são de natureza muito diversificada. Muitos deles serão investidores não qualificados e não profissionais, sem qualquer experiência, muitas vezes motivados por fatores estritamente emocionais.

A falta de conhecimentos e experiência associada ao problema da publicitação da oportunidade de investimento provoca ainda problemas específicos. Enquanto as empresas de capital de risco e *business angels* tendencialmente têm acesso a oportunidades de investimento através de uma prospeção proactiva, e de partilha de informação através de redes negociais de que façam parte, os investidores da *crowd* têm uma posição substancialmente passiva, conhecimento das oportunidades de investimento pela publicitação feita em redes sociais, *sites* de natureza diversa, ou mesmo na plataforma de *crowdfunding*, podendo ser sugestionados pelo efeito publicitário.

Também na fase pré-contratual existe uma diferença que deve ser sublinhada. Embora em todos os casos o essencial da informação que se recebe sobre a sociedade objeto do investimento tenha proveniência nos seus sócios ou na própria sociedade, no caso de o investimento ser feito por *business angels* ou sociedades de capital de risco, essa informação é objeto de um tratamento profundo e o investimento analisado sobre diferentes perspetivas técnicas, financeiras e legais. Com base na sua experiência e apoiados por assessores profissionais, *business angels* e empresas de capital de risco realizam uma exaustiva *due diligence* ao objeto do investimento, de maneira que é normal que os investimentos sejam realizados na proporção de 1 para 10, ou ainda maior[28]. Já no caso do investimento feito pela *crowd*

[28] Estes cuidados são mais do que justificados, não apenas pelo risco de fraude que possa existir, mas essencialmente se ponderarmos os números: apenas uma em cada quatro start-ups e PMEs sobrevive aos três primeiros anos, ultrapassando o que se designa de *valley of death*. Também por isso, é frequente a expressão de que são investimentos com alto retorno e alto risco (*high growth, high risk*).

nada disso se verifica. O investidor não realiza qualquer *due diligence*, confiando na avaliação que sobre o projeto tenha sido feita pela entidade gestora da plataforma, ou na base de uma avaliação pessoal que faça sobre a informação disponibilizada na plataforma.

Ao nível dos contratos celebrados, podemos verificar um dos principais riscos a considerar. O investimento em *start-ups* e PMEs com recurso a capitais próprios, seja por via de participação direita no capital ou de instrumentos contratuais relativos a essa participação, coloca ao investidor um problema de liquidez. Sendo as sociedades investidas sociedades fechadas, com muito limitado mercado secundário, e tendo estas uma duração tendencialmente ilimitada, os investidores não têm qualquer garantia de desinvestimento, o que significa que, nesse caso, não terão retorno do capital investido. Por outro lado, por aplicação da regra da maioria, estes investidores ficarão facilmente sujeitos a situações de *oppression*, de que a não distribuição de dividendos ou a diluição em caso de serem aprovadas novas rondas de financiamento são apenas dois exemplos possíveis.[29] Finalmente, há frequentemente uma dependência do negócio e de conhecimentos específicos dos *founders* que implica uma desvalorização acentuada pela alteração de controlo.

Por todos estes motivos, o investimento em sociedades em fase inicial de desenvolvimento, quando feito por profissionais do mercado de capitais privados, é enquadrado por contratos extensamente negociados, em especial acordos parassociais. Nesses parassociais são regulados os diversos mecanismos de proteção e liquidez, como cláusulas anti-diluição, preferências, pactos de permanência, resolução de conflitos, *tag along*, *drag along*, *bad leaver clause*, entre outras. Ora, essa regulação contratual que, frequentemente, é indispensável para proceder a uma limitação de risco que confira ao investimento racionalidade económica não existe no caso de *crowdfunding*, pois as soluções contratuais decorrem de formulações padronizadas disponibilizadas pelas plataformas.

Também no momento posterior ao investimento, de acompanhamento do investimento, encontramos diferenças assinaláveis. Enquanto no caso dos investidores profissionais o investimento implica geralmente direitos de acompanhamento estratégico do investimento, com presença nos órgãos

[29] Cfr. Elís Ferran-Look Chan Ho, *Principles of corporate law*, OUP, 2014, p. 1366. Cfr. Commission staff working document, *Crowdfunding in the EU Capital Markets Union*, SWD (2016) 154 final, p. 16.

de administração, e a regulação do direito à informação em termos mais extensos do que a que decorre da lei, no caso do *crowdfunding* financeiro, quer em resultado da dispersão de investidores, quer do limitado montante investido, quer da distância geográfica que pode ser muito relevante, o que se verifica é a inexistência de mecanismos que possibilitem um acompanhamento efetivo, sendo os direitos societários delegados a terceiros que procedem ao seu exercício por conta do investidor.

É assim, tendo presentes as vantagens de promover o financiamento de sociedades com recurso ao *crowdfunding* financeiro, e o risco específico que o investimento em *start-ups* e PMEs pode implicar para investidores inexperientes, abordados pela *internet*, que a regulação procura uma solução de compromisso, o que está bem patente no regime nacional e europeu, que confrontaremos seguidamente.

3. O Regime português de *crowdfunding*

a. Aspetos gerais

Em Portugal, o processo legislativo sobre *crowdfunding* iniciou com a submissão à Assembleia da República, em 30 de abril de 2013, do projeto-lei 419/XII.[30] Com a Lei 102/2015, de 24 de agosto, foi aprovado o Regime Jurídico do Financiamento Colaborativo[31] (de ora em diante, *RJFC*), que entrou em vigor em 1 de outubro de 2015 (artigo 25.º *RJFC*). O *RJFC* foi alterado uma única vez, pela Lei 3/2018, de 9 de fevereiro, que aprovou o regime sancionatório aplicável ao *crowdfunding*, e apenas nesse momento ficou completo o regime aplicável, pela em vigor do regime do *crowdfunding* financeiro previsto em parte do *RJFC*. O *crowdfunding* financeiro é ainda objeto do Regulamento 1/2016, da CMVM, que o complementa.

[30] Sobre o projeto-lei 419/XII, João Vieira dos Santos, *Crowdfunding como forma de capitalização das sociedades*, RED 2, 2015, pp. 26 e ss..

[31] O legislador traduziu *crowdfunding* para a expressão "financiamento colaborativo": a intenção deve ter sido a de relacionar o *crowdfunding* com o conceito mais global de economia colaborativa. A expressão é bastante semelhante à espanhola *financiación participativa* e a francesa *financement participatif*. Sobre o processo legislativo, Diogo Pereira Duarte, (nota 2), p. 716 e (nota 13), p. 304; João Vieira dos Santos (nota 16) p. 251; Fernando Belezas, *Crowdfunding: Regime Jurídico do Financiamento Colaborativo*, 2.ª ed., Almedina, 2019, p. 53; Vasco Costa, *A regulação jurídica do financiamento colaborativo ou "crowdfunding" – em especial, o caso português*, "Cadernos do Mercado de Valores Mobiliários" 59, 2018, p. 23.

O legislador apresenta uma definição de *financiamento colaborativo*, no artigo 12.º *RJFC*, dizendo que este é o tipo de financiamento de entidades e projetos através do registo numa plataforma eletrónica acessível através da *internet*, pela qual levantam parcelas de investimento de um ou mais investidores individuais. Uma particularidade do regime português é a de que este teve por objetivo regular todos os tipos de *crowdfunding* e não apenas o *crowdfunding* financeiro, estabelecendo um conjunto de regras comuns a todos os tipos. O artigo 3.º do *RJFC*, definindo os vários modelos, estabelece que (a) o *crowdfunding* por donativos é aquele em que a entidade financiada recebe um donativo, com ou sem entrega de uma compensação não pecuniária; (b) o *crowdfunding* de recompensa é aquele em que a entidade financiada se compromete a entregar o produtos ou serviço financiado, em contrapartida do financiamento, (c) o financiamento colaborativo de capital é o que permite à entidade financiada remunerar o financiamento através de uma participação no capital, distribuição de dividendos ou de lucros; e (d) o *crowdfunding* de empréstimos, é o modelo em que a contrapartida pelo financiamento obtido assume a forma de juros acordados pelas partes no momento do financiamento.

b. *Crowdfunding* financeiro

Por serem os modelos que apresentam sobreposição com o *RESFC*, como veremos, vamos analisar, em especial, os modelos de *crowdfunding* financeiro.

O financiamento colaborativo de capital aparece definido no artigo 3.º/ c) *RJFC* se uma forma bastante abrangente: a contrapartida a atribuir ao investidor pelo financiamento efetuado poderá assumir diferentes formas: uma participação no capital; a distribuição de dividendos ou a partilha de lucros.[32]

Ao abrigo desta definição, o *crowdfunding* de capital poderá implicar (i) a subscrição de uma oferta, em mercado primário, de partes de participações sociais a emitir pelas entidades financiadas; ou (ii) instrumentos de natureza contratual que permitam às entidades financiadas obter recursos financeiros equivalentes a capital (*quasi capital*) e, em contrapartida desses pagamento, confiram aos investidores o direito a um direito beneficiário na entidade financiada, a distribuição de dividendos ou partilha de lucros relativamente aos rendimentos gerados pelos projetos a financiar.

[32] Fernando Belezas (nota 29), p. 61.

Entre os instrumentos contratuais admitidos nos termos do artigo 3.º/ c) do *RJFC* podem ser incluídos diferentes contratos tipicamente utilizados em financiamento de *start-ups*, como contratos de partilha de lucros; *joint ventures*; acordos para capital futuro (*future equity*: SAFEs ou ASAs); *phantom stock*, e qualquer outro contrato celebrado ao abrigo do princípio da autonomia da vontade, na medida em que preveja a realização de uma participação de capital em contrapartida por uma participação no projeto e/ou nos rendimentos desse projeto.[33]

No que se refere ao *crowdfunding* por empréstimo, o artigo 3.º/ d) do *RJFC* prevê o financiamento de projetos através de instrumentos de dívida, conferindo ao investidor um direito, *vis-à-vis* o beneficiário, à restituição de uma quantia emprestada (embora esse direito esteja apenas implícito no artigo 3.º/ d)) e à remuneração do empréstimo através do pagamento de juros.

O *crowdfunding* pode implicar a celebração de um contrato de mútuo de qualquer tipo (incluindo um contrato de mútuo civil, nos termos do artigo 1142.º do Código Civil) ou um instrumento financeiro de dívida, como obrigações (artigo 1.º/ b) do Código dos Valores Mobiliários).[34] Quer as sociedades anónimas, quer as sociedades por quotas[35] podem emitir instrumentos financeiros de dívida.

Nos termos do artigo 10.º do *RJFC*, o regime aplicável aos empréstimos (no sentido amplo, que inclui os contratos e os instrumentos financeiros) será o mesmo que e aplicável aos empréstimos não intermediados por *crowdfunding*, dependendo apenas da qualificação e da natureza jurídica da relação estabelecida pelas partes. Nessa medida, o *RJFC* não define o objeto da obrigação de restituição e também não estabelece qualquer restrição em reação à natureza (fixa ou variável) e o montante máximo dos juros aplicáveis. As limitações gerais à autonomia privada, nomeadamente quanto ao anatocismo ou taxas de juros máximas, serão aplicáveis como a qualquer outro empréstimo.[36] A natureza financeira deste modelo de *crowdfunding* exclui a possibilidade de empréstimos gratuitos, isto é, sem juros, que deverão ser acordados no momento da celebração do contrato (como se refere no artigo 3.º/ d) do *RJFC*). Não obstante, nada no regime proíbe que sejam celebrados acordos que prevejam apenas um direito condicional a juros (*eg*,

[33] São os *equity-like arrangements*, referidos por Inês Dias Lopes, *Equity Crowdfunding, A Governação da sociedade financiada*, in RDS, X, 4, 2018, pp. 732 734, com bibliografia relevante.

[34] Fernando Belezas (nota 29), p. 62.

[35] Nos termos do Decreto-Lei n.º 160/87, de 3 de abril.

[36] Fernando Belezas (nota 29), p. 62.

juros condicionados à existência de lucros gerados pelo projetos financiados) ou a subordinação dos créditos do investidor a outras classes de credores (empréstimos subordinados).

Não são também proibidas formas hibridas de *crowdfunding* financeiro que combinem caraterísticas de *crowdfunding* de capital e por empréstimo. Uma vez que o objeto da obrigação de restituir a cargo do beneficiário não conhece limitações estabelecidas pelo *RJFC*, a possibilidade de ofertas de *crowdfunding* para a distribuição de obrigações na forma de obrigações convertíveis em ações, nos termos do artigo 365.º do Código das Sociedades Comerciais, será admitida.[37] O princípio da autonomia privada é aplicável e, ao abrigo do artigo 10.º do *RJFC*, o regime aplicável dependerá apenas da natureza da relação jurídica estabelecida, independentemente da intermediação de *crowdfunding*.

A atividade da plataforma nestes modelos relativos a empréstimos poderia, em teoria, qualificar como intermediação de crédito, para efeitos de aplicação do regime estabelecida no Decreto-lei n.º 81-C/2017, de 7 de julho, aplicável aos requisitos de autorização dos intermediários de crédito. No entanto, nesse regime um "credor" aparece definido como uma entidade autorizada a realizar operações de crédito em Portugal, nos termos do Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras (RGICSF)[38] ou do regime dos Serviços de Pagamentos,[39] o que limitará a aplicação dos regime dos intermediários de créditos aos casos (pouco habituais) em que o investidor (o mutuante), atuando ao abrigo do regime do *crowdfunding*, seja uma dessas entidades.

c. *Criptoativos*

Não é clara a aplicabilidade do *RJFC* às vendas de criptoativos, no mercado primário,[40] pela utilização de plataformas especializadas[41] que operam como intermediarias entre os vendedores e os compradores desses criptoativos.

[37] Fernando Belezas (nota), p. 63.

[38] *Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras*, aprovado pelo Decreto-lei n.º 282/92, de 31 de dezembro.

[39] *Regime dos Serviços de Pagamento*, aprovado pelo Decreto-lei n.º 91/2018, de12 de novembro.

[40] Marco Dell'Erba, *Initial Coin Offerings. A Primer. The First Response of Regulatory Authorities*, NYU Journal of Law & Business, Vol. 14, 1109, julho, 2017, p. 4, disponível em <https://ssrn.com/abstract=3063536 or http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3063536>.

[41] Como a Polkastarter, acessível em < https://polkastarter.com/>.

Nos termos do artigo 1.º/ 1/ g) do Código dos Valores Mobiliários, a definição de *valores mobiliários* inclui, *inter alia*, documentos representativos de situações jurídicas homogéneas e suscetíveis de transmissão em mercado,[42] o que é potencialmente aplicável aos criptoativos.[43] A orientação da Comissão do Mercado e Valores Mobiliários (CMVM) é a de que a qualificação dos criptoativos como valores mobiliários depende de uma análise casuística e que, em particular um criptoativo poderá ser qualificado como um valor mobiliário se os seguintes requisitos se verificarem cumulativamente: (i) for um documento que representa uma ou mais pretensões e natureza patrimonial; e (ii) for comparável, do ponto de vista do seu funcionamento, com os demais valores mobiliários.[44]

Para efeito a comparabilidade referida anteriormente, será necessário incluir elementos que possam de alguma forma vincular o emitente a uma conduta que resulte numa expetativa de retorno financeiro para o investidor, incluindo: (i) o direito a um rendimento (por exemplo, se o criptoativo confere direito a dividendo ou a juros); ou (ii) a prática de atos pelo

[42] Nos termos do artigo 1.º, do Código dos Valores Mobiliários.

[43] Cfr., António Garcia Rolo, *As Criptomoedas como meio de financiamento e a Qualificação de Tokens*, em António Menezes Cordeiro, Ana Perestrelo de Oliveira e Diogo Pereira Duarte (ed.) "FinTech: Novos Estudos sobre Tecnologia Financeira", Almedina, 2019, pp. 279-290.

[44] Para uma abordagem geral sobre a qualificação de tokens e os respetivos problemas regulatórios, Phillip Hacker e Chris Thomale, *The Crypto-Security: Initial Coin Offerings and EU Securities Regulation*, in Hacker, Lianos, Dimitropoulos e Eich (ed.) "Regulating Blockchain: Techo-social and Legal Challenges", OUP, 2019, pp. 229-248; Houman B. Shadab, *Regulation of Blockchain Token Sales in the United States* in Hacker, Lianos, Dimitropoulos e Eich (ed.) "Regulating Blockchain: Techo-social and Legal Challenges", OUP, 2019, pp. 249-258; Dirk A. Zetzsche, Filippo Annunziata, Douglas W. Arner, e Ross P. Buckley, *The Markets in Crypto-Assets Regulation (MICA) and the EU Digital Finance Strategy*", European Banking Institute Working Paper Series No. 2020/77, University of Luxembourg Law Working Paper Series No. 2020-018, University of Hong Kong Faculty of Law Research Paper No. 2020/059, 2020, disponível em <https://ssrn.com/abstract=3725395 or http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3725395>), 5; Raffaele Battaglini e Davide Davico, *Is the Crowdfunding Regulation Future-Proff?* in Pietro Ortolani and Marije Louise (ed.), "The EU Crowdfunding Regulation", OUP, 2021, pp. 137 ss..; Fromberger, *Technical and Factual Background*, in Maume, Maute and Fromberger (ed.) "The Law of Crypto Assets: a Handbook" Beck 2022, pp. 20 *e* ss.; Zickgraf, *Initial Coin Offerings (ICOs)*, in in Maume, Maute and Fromberger (ed.) "The Law of Crypto Assets: a Handbook", Beck, 2022, pp. 174-226.

emitente ou uma entidade relacionada que sejam adequados a aumentar o valor do criptoativo.[45]

Com base no referido anteriormente, parece-nos que o regime do *crowdfunding* será aplicável sempre que ocorrer o financiamento de projetos pela emissão e aquisição de *tokens* com uma idêntica estrutura e funcionamento a ações ou instrumentos de dívida emitidos por sociedades, na medida em que os ICOs, IDOs ou qualquer outra forma de venda de *tokens* ocorra no mercado primário e suportada pela intermediação de uma plataforma disponível na internet.[46] Tal sucede, na medida em que essa atividade será subsumível à atividade das plataformas, na intermediação do *crowdfunding* de capital ou por empréstimo, ao abrigo do artigo 3.º/ c) e d) do *RJFC*.[47]

d. *Âmbito territorial*

O âmbito territorial do *RJFC*, no que respeita ao *crowdfunding* financeiro, não está expressamente definido, o que causa incerteza jurídica no que respeita à atividade transfronteiriça desenvolvida pela plataformas.

Dada a identidade de interesses a serem considerados, designadamente no que respeita a proteção de investidor/consumidor, em nossa opinião os critérios para delimitação do âmbito territorial de aplicação estabelecidos no Código dos Valores Mobiliários serão aplicáveis.

De acordo com o artigo 3.º do Código dos Valores Mobiliários, as normas imperativas na legislação nacional serão aplicáveis, independentemente de quaisquer outras regras aplicáveis, na medida em que as situações, atividades e atos a que se refiram tenham uma conexão relevante com o ordenamento jurídico português. Adicionalmente, o n.º 2 do mesmo artigo

[45] Como decorre da resposta da CMVM às FAQ de entidades disponíveis em: https://www.cmvm.pt/en/Investor_area/Faq/Pages/QAs-Cryptoassets_entities.aspx.

[46] Sublinhando que a regulação do *crowdfunding* é potencialmente aplicável a STOs, Bank of Lithuania, Guidelines on Securities Token Offerings, October 2019, available at <https://www.lb.lt/uploads/consultations/docs/21877_57f454a0941b935920614c709cf9b937.pdf>, par. 5.

[47] Ainda em relação a ICOs, sublinhando os problemas decorrentes das diferenças na interpretação do conceito de *financial instrument* e *transferable security* ao abrigo da DMIF II ao nível dos Estados-Membro, cfr. Martin Hobza e Aneta Vondráčková, *The New Financial Crowdfunding Regulation and Its Implications for Investment Services under MiFID II*, Charles University in Prague Faculty of Law Research Paper No. 2020/III/2, November 6, 2020, disponível em <https://ssrn.com/abstract=3725997>, p. 9.

estabelece exemplos de atos e de atividades que têm essa conexão relevante: a) ordens dadas a membros ou participantes de mercados regulados e registados na CMVM e as transações executadas nesses mercados ou sistemas; b) atividades e atos executados em Portugal; c) divulgação de informação acessível em Portugal relacionada com situações, atividades ou atos regulados pela Lei portuguesa.

O critério da *conexão relevante,* referido anteriormente, relativamente ao *crowdfunding*, implicará uma análise casuística por parte da CMVM, em que podem ser relevantes os fatores utilizados normalmente em apreciações equivalentes no setor financeiro: i) a existência de comunicações promocionais dirigidas especificamente ao mercado português; (ii) o idioma usado no *site* e/ou aplicativo móvel; (iii) a existência de uma rede de distribuição em Portugal (*vg.*, a existência de agentes/intermediários contratados para prospeção e contactos com clientes residentes em Portugal); (iv) a existência de informação específica solicitada aos clientes que mencionem Portugal ou o mercado português.

A este respeito, e com base na equivalência valorativa referida *supra*, não se deverá considerar que a atividade tenha uma ligação relevante com o ordenamento jurídico português quando um cliente do PSFC (seja investidor ou beneficiário), exclusivamente e por própria iniciativa, solicite a prestação de serviços de *crowdfunding* a PSFC autorizados noutras jurisdições, ao abrigo dos regimes plicáveis desses países terceiros, sendo aplicável assim um regime de solicitação inversa (*reverse solicitation*).

Uma vez que o RGICSF expressamente define os requisitos para que uma conduta seja considerada solicitação inversa em relação a serviços de investimento,[48] em transposição da DMIF II, na nossa opinião os mesmos critérios deverão ser aplicados em relação a outras atividades autorizadas, incluindo serviços de *crowdfunding*.

Assim, para que seja considerada uma solicitação inversa de serviços de *crowdfunding*, deve verificar-se, pelo menos, o seguinte: (i) o cliente português deve dirigir-se ao prestador de serviços de *crowdfunding* por sua própria iniciativa, sem que tenha havido solicitação do PSFC; (ii) nem o prestador de serviços de *crowdfunding* nem os seus representantes ou colaboradores poderão realizar quaisquer atividades de *marketing* em Portugal.

[48] Nos termos do n.º 3 do artigo 199-FD, do RGICSF.

4. As diferenças no regime Português e Europeu

a. *Crowdfunding não financeiro*

Como vimos anteriormente, um dos principais objetivos legislativos da intervenção, a nível da EU, foi o reforço do mercado comum no que respeita a uma fonte de financiamento emergente, com vista a colmatar lacunas detetadas no mercados de financiamento de *start-ups* e PMEs europeias. Assim, como resulta claramente do considerando 1 do *RESFC*, e da definição de serviços de *crowdfunding* no artigo 2.º/ 9), do *RESFC*, a regulação europeia está circunscrita aos modelos de *crowdfunding* financeiro, que são os mais diretamente relacionados com esses objetivos[49] .

Diferentemente, o regime nacional abrange o *crowdfunding* sem retorno financeiro, através de donativos e recompensas, levando à conclusão linear de que, no que diz respeito a esses modelos, e a menos que venha a ser revogado, o *RJFC* permanecerá inteiramente aplicável, porque não haverá sobreposição com o *RESFC*.

b. *Crowdfunding financeiro*

Também em relação aos modelos de *crowdfunding* financeiro, de capital e por empréstimos, o *RESFC* aparece com um alcance mais limitado, quando comparado com o *RJFC*.

Em primeiro lugar, nos termos do seu artigo 1.º/ 2/ a), e do considerando 8, o *RESFC* exclui do seu âmbito material a regulamentação dos serviços de *crowdfunding* em que o titular do projeto deva ser qualificado como consumidor, tal como definido no artigo 3.º/ a), da Diretiva 2008/48/EC, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de abril de 2008,[50] aplicável ao crédito a consumidores (*ie.,* uma pessoa singular que, em transações abrangidas pela Diretiva, esteja a atuar fora de um escopo comercial ou profissional).

Sendo o consumidor uma pessoa singular, a emissão de valores mobiliários para distribuição por plataformas de *crowdfunding* estaria excluída por natureza, (para efeitos do artigo 2.º/ a)/ ii) do *RESFC*). Mas também o

[49] Eugenia Macchiavello, (nota 4), p. 54; Miguel Rodrigues Leal, *O Novo Regime Europeu dos Serviços de Financiamento Colaborativo ("crowdfunding")*, in "Actualidad Jurídica Uría Menéndez", 55, 2021, p. 100.

[50] Para uma explicação, Eugenia Macchiavello, *The European Crowdfunding Service Providers Regulation: The Future of Marketplace Lending and Investing in Europe and the 'Crowdfunding Nature' Dilemma*, em "European Business Law Review" 32, 3, 2021, p. 565.

crowdfunding baseado em empréstimos (para efeitos do artigo 2.º/ a)/ i) do *RESFC*) no qual o beneficiário, como mutuário, deva ser qualificado como consumidor está excluído do âmbito do *RESFC*.

Diferentemente, o regime português inclui consumidores na definição de beneficiários de financiamento colaborativo, uma vez que nos termos do artigo 7.º do *RJFC* (todas) "as pessoas singulares ou coletivas, nacionais ou estrangeiras, que tenham interesse em angariar fundos para as suas atividades ou projetos" são admitidos como beneficiários.

Com base neste diferente âmbito, é também claro que os PSFC que facilitem a concessão de empréstimos em que o mutuário se qualifique como consumidor, desde que exista uma ligação relevante ao ordenamento português, deverão continuar a ser autorizados ao abrigo do *RJFC*, que continuará também a ser aplicável à atividade exercida por esses prestadores de serviços.

Ainda em relação ao *crowdfunding* por empréstimo, outra diferença deve ser destacada. Tendo em conta a definição de "empréstimo" prevista no artigo 2.º/ b)[51], que inclui uma obrigação incondicional de reembolsar o capital juntamente com juros, o contratos de empréstimo subordinado e empréstimos estruturados, com rendimentos indexados aos lucros de projetos estarão excluídos do âmbito de aplicação do *RESFC*.[52]

Como tais contratos são admitidos no *RJFC,* enquadrando-se no seu âmbito, como referido *supra*, teremos de concluir que os PSFC que facilitem a concessão de empréstimos em que os empréstimos não incluam uma *obrigação incondicional* de reembolsar o capital conjuntamente com juros corridos (como empréstimos subordinados e empréstimos estruturados subordinados aos lucros de um projeto), e na medida em que haja uma ligação relevante com o ordenamento jurídico português, deverão ser autorizados ao abrigo do *RJFC* e do Regulamento 1/2016 da CMVM que, a menos que venham a ser revogados, permanecerão aplicáveis à atividade exercida por tais prestadores de serviços.

Em relação ao financiamento colaborativo de capital, tal como este está definido no *RJFC*, podemos também encontrar diferenças relevantes no

[51] "*/.../ an agreement whereby an investor makes available to a project owner an agreed amount of money for an agreed period of time and whereby the project owner assumes an unconditional obligation to repay that amount to the investor, together with the accrued interest, in accordance with the instalment payment schedule".*

[52] Eugenia Macchiavello (nota 49), p. 566.

escopo material dos dois regimes. O *RESFC* limita o seu âmbito à intermediação financeira à distribuição de valores mobiliários (*transferable securities*) e outros instrumentos admitidos para efeitos de *crowdfunding*. É, assim, claro que a distribuição de ações em sociedades anónimas de direito português está incluída no âmbito de aplicação do *RESFC*, sendo estas ações qualificadas como valores mobiliários. No entanto, a hipótese de distribuição de outros tipos de participações sociais está, aparentemente, excluída.

Os instrumentos admitidos para efeitos de *crowdfunding* são os definidos na alínea n), do n.º 1, do artigo 2.º do *RESFC*: *"em relação a cada Estado-Membro, participações numa sociedade de responsabilidade limitada que não estão sujeitas a restrições que as impeçam efetivamente de ser transferidas, incluindo restrições à forma como essas participações são oferecidas ou anunciadas ao público"*.

Conforme referido *supra*, no âmbito do *RJFC* as quotas nas sociedades por quotas e contratos de diferentes características podem ser distribuídos dentro do modelo de *crowdfunding* de capital. Se a distribuição de contratos (que não se enquadrem na definição de "empréstimos" do artigo 2.º/ 1/ b)) parece claramente excluída do âmbito do *RESFC*, marcando uma diferença significativa com o *RJFC*, não é ainda claro se as quotas de sociedade por quotas podem ser consideradas "instrumentos admitidos para efeitos de *crowdfunding*", na definição do *RESFC*, sem necessidade de uma alteração legislativa no regime aplicável às sociedades por quotas.

Com efeito, a necessidade do consentimento da sociedade para a cessão de quotas, como solução supletiva aplicável ao abrigo do Código das Sociedades Comerciais, e a exigência de registo comercial para tornar a cessão de quotas oponível a terceiros, como ocorre atualmente no quadro jurídico aplicável, pode razoavelmente suscitar dúvidas sobre se as quotas podem ser consideradas como não sujeitas a restrições que impeçam a sua transferência para fins de *crowdfunding*.[53]

Em qualquer caso, pode afirmar-se seguramente que caso os PSFC pretendam distribuir participações sociais que não sejam qualificadas como valores mobiliários ou outros instrumentos admitidos para efeitos de *crowdfunding*, ou caso pretendam distribuir instrumentos de base contratual, e funcionamento de *quase-capital*, e na medida em que essa distribuição tenha uma ligação relevante com o ordenamento jurídico português, esses PSFC terão de estar habilitados ao abrigo do *RJFC* e do Regulamento

[53] Excluindo a possibilidade de qualificar as quotas das sociedades por quotas como "instrumentos admitidos" para efeitos do *RESFC*: João Vieira dos Santos (nota 12), pp. 192 e ss..

n.º 1/2016 da CMVM que, a menos que venham a ser revogados, continuarão a ser aplicáveis à atividade exercida por esses prestadores de serviços.

c. *PSFC de países terceiros*

Outra diferença relevante diz respeito ao tratamento dos PSFC autorizados fora do espaço da União Europeia. De acordo com o artigo 3.º, n.º 1, do *RESFC*, apenas os prestadores de serviços de *crowdfunding* estabelecidos na União Europeia e autorizados como PSFC, nos termos do artigo 12.º, podem prestar serviços de *crowdfunding*, conforme estes estão definidos no *RESFC*. Diferentemente, o artigo 5.º/ 1 do *RJFC* não apresenta qualquer limitação em relação a empresas de países terceiros[54].

A ausência de um quadro para as empresas de países terceiros no *RESFC* significa apenas que as empresas de países terceiros que operam plataformas de *crowdfunding* terão de estabelecer uma ligação a um Estado-Membro[55] para poderem operar no âmbito do *RESFC*, e não uma proibição para operar na União Europeia numa base transfronteiriça. Mas, nesse âmbito, os Estados-Membros têm a possibilidade de adotar regimes nacionais para condicionar o acesso de PSFC de países terceiros ao mercado doméstico.[56]

Assim, os PSFC não localizados na União Europeia, que pretendam prestar serviços *crowdfunding* previstos no *RJFC*, em Portugal, terão de ser autorizados ao abrigo do *RJFC* e do Regulamento 1/2016 da CMVM, cujas disposições continuam a ser aplicáveis à atividade exercida por esses prestadores de serviços (a menos que operem ao abrigo do regime da solicitação inversa referido *supra*).

d. *Criptoativos*

Apesar da intenção da Comissão dos Assuntos Económicos e Monetários de incluir no escopo do *RESFC* as ICOs, a menos que venham a ser revogadas, de *tokens* que qualificassem como valores mobiliários[57], as ofertas

[54] See, Luís Guilherme Catarino, *Crowdfunding e Crowdinvestment: o regresso ao futuro?*, CEDIPRE online, 32, 2018, disponível em: <https://www.fd.uc.pt/cedipre/wp-content/uploads/pdfs/co/public_32.pdf>, 54.

[55] Eugenia Macchiavello (nota 49), p. 580.

[56] Petja Ivanova, *The Scope of the Crowdfunding Regulation and the Impact of Brexit*, in Pietro Ortolani and Marije Louise (ed.), "The EU Crowdfunding Regulation", OUP, 2021, p. 79.

[57] Eugenia Macchiavello (nota 49), p. 567 (34).

de tokens, em sentido amplo, foram explicitamente excluídas do escopo do Regulamento. O considerando 15 estabelece, a este propósito: "*Embora as ofertas iniciais de moeda virtual tenham potencial para financiar as PME e as empresas inovadoras em início de atividade e em fase de expansão, e possam acelerar a transferência de tecnologias, as suas características divergem consideravelmente das dos serviços de financiamento colaborativo regidos pelo presente regulamento*".

Conforme mencionado *supra*, em determinadas circunstâncias as vendas de *tokens* no mercado primário poderão ser subsumíveis na definições de *crowdfunding* financeiro, tal como previstas no *RJFC*, tornando assim aplicável este regime.

Assim, as plataformas eletrónicas intermediárias que apresentem projetos ao público e promovam a venda de *tokens* relacionados com os mesmos, que se qualifiquem como valores mobiliários, continuarão a ser autorizadas ao abrigo do *RJFC* e do Regulamento 1/2016 da CMVM, que continuarão a ser aplicáveis à atividade exercida por essas plataformas e às ofertas nelas feitas.

5. Questões ainda em aberto

A articulação do *RESFC* e do *RJFC* levanta várias questões, tanto no que diz respeito às práticas de supervisão como à necessidade de intervenção legislativa de adaptação.

Em relação às práticas de supervisão, é necessário esclarecer como o regime de solicitação inversa será aplicável relativamente às atividades transfronteiriças nos termos do artigo 18.º do *RESFC*.

O artigo 1.º/ 2, b), do *RESFC* dispõe que o Regulamento não se aplica a outros serviços relacionados com os definidos no artigo 2.º/ 1, a), e que sejam prestados em conformidade com a legislação nacional. Assim, tal como referido anteriormente, o *RESFC* não proíbe as plataformas de *crowdfunding* autorizadas ao abrigo do Regulamento, de distribuir instrumentos adicionais e realizar serviços auxiliares ao abrigo dos quadros jurídicos nacionais, em complemento aos autorizados ao abrigo do Regulamento.

Se os investidores do Estado-Membro de acolhimento – para o qual a plataforma presta serviços ao abrigo do artigo 18.º *RESFC*, promovendo ativamente a sua atividade para esse ordenamento – solicitarem instrumentos ou serviços fora do âmbito do *RESFC*, a oferta desses instrumentos ou serviços (feita em conformidade com o regime do Estado-Membro de origem da plataforma) poderá ser entendida como violação do regime aplicável no Estado-Membro de acolhimento, se não estiver em conformidade com tal

regime ou, em diferentemente, será considerada como feita sob o regime da solicitação inversa?

A clarificação deste aspeto é essencial, sob o ponto de vista da prática de supervisão, uma vez que diferentes abordagens regulamentares sobre *crowdfunding* ainda existentes fora do âmbito do *RESFC* continuariam a conduzir à arbitragem regulatória, com impacto negativo na concorrência, e poderiam pôr em causa uma das principais vantagens do *RESFC*, para as empresas que procuram financiamento, que é o acesso a fluxos de financiamento transnacionais.

Mas há também algo a fazer do ponto de vista da intervenção legislativa. A história da regulação portuguesa do *crowdfunding* não foi feliz, e foi repleta de desnecessária complexidade e alguns lapsos evidentes. É fundamental, nesse âmbito, mudar o rumo, mas os primeiros sinais não são animadores.

O primeira preocupação, refere-se à alteração já efetuada no Código dos Valores Mobiliários, em resultado do *RESFC*, operada pela Lei 56/2021 de 30 de junho, em transposição da Diretiva (EU) 2020/1504, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 7 outubro de 2020, que altera a DMIF II. Essa alteração veio consagrar, finalmente, a "exceção de *crowdfunding*" relativamente à intermediação financeira, que deveria ter sido consagrada desde o início do regime português de *crowdfunding*.

De acordo com a atual alínea l), do n.º 3, do artigo 289.º, do Código dos Valores Mobiliários, a regra geral de que "apenas os intermediários financeiros podem exercer, a título profissional, atividades de intermediação financeira" não é aplicável aos prestadores de serviços de *crowdfunding*, consagrando-se finalmente a regra de que os prestadores de serviços de *crowdfunding* não são obrigados a estar autorizados como intermediários financeiros para exercerem a intermediação financeira profissional (pelo menos algumas atividades de intermediação financeira) e, *a contrario sensu*, que os intermediários financeiros não são qualificados como prestadores de serviços de *crowdfunding*, mesmo que realizem intermediações financeiras que possam ser qualificadas como *crowdfunding*. Esta última afirmação poderá ser questionável.

Infelizmente, nem mesmo neste momento de corrigir uma claro erro existente no *RJFC* desde o início e de, finalmente, consagrar a exceção de *crowdfunding*, o legislador conseguiu se preciso.

Na verdade, a exceção de *crowdfunding* só faz sentido em relação a determinados serviços e atividades de investimento (receção e transmissão de ordens e colocação sem tomada firme) e não em relação à intermediação

financeira em geral (caso contrário, os prestadores de serviços de *crowdfunding* poderiam prestar serviços de consultoria para investimento, custódia de ativos, gestão de carteiras, etc., o que, certamente, não foi pretendido). Por outro lado, nem todos os prestadores de serviços de *crowdfunding* poderão beneficiar da "exceção de *crowdfunding*" em relação à intermediação financeira: de outra forma, prestadores de serviços de *crowdfunding* não financeiro, e não autorizados pelas autoridades regulatórias e de supervisão competentes do setor financeiro, também beneficiariam da exceção, o que certamente também não era o objetivo. Por estes motivos, a "exceção de *crowdfunding"* consagrada pela Lei 56/2021, de 30 de junho, deve ser interpretada de forma restritiva.

Ainda no âmbito legislativo, o legislador português ainda não nomeou, ao abrigo do n.º 1 do artigo 19.º, a autoridade competente responsável pelo exercício das funções e atribuições previstas no *RESFC*, inviabilizando, assim, os pedidos de autorização para a prestação de serviços de *crowdfunding* no âmbito do *RESFC*. O regime português foi substituído pelo *RESFC* em matérias muito significativas, como vimos *supra*, mas ainda não existe autoridade competente para o implementar. Não é também, certamente, um bom começo.

Finalmente, como referido, o *RESFC* – seguindo a versão do Conselho no processo legislativo – alargou o âmbito do *RESFC* também à distribuição de *instrumentos admitidos para efeitos de "crowdfunding*". Esta extensão permitiria a distribuição, no quadro do *RESFC*, de participações em sociedades de responsabilidade limitada, como quotas, em sociedades por quotas. Esta extensão seria muito relevante tendo em conta que, devido a diferentes restrições de custos e diferentes requisitos de capital, as *start-ups* e as PMEs – em última análise, os principais beneficiários do *RESFC* – são constituídas sobretudo como sociedades por quotas.

No entanto, uma vez que a extensão aos "instrumentos admitidos" não afeta as regras nacionais que regem a transmissão dos referidos "instrumentos admitidos", tal como referido no considerando 14 do *RESFC*, a transferibilidade desses ativos pode ser comprometida por condicionantes de natureza prática.

De facto, ao contrário do que acontece com a aquisição de ações, a aquisição de quotas, em Portugal – tal como em relação a instrumentos equivalentes noutros Estados-Membros – tem de ser registada naconservatória do registo comercial, o que acaba por ser inviável, dado o grande número de investidores que podem resultar das ofertas de *crowdfunding* e os pequenos

valores envolvidos nos investimentos que tornam a realização do registo um custo ineficiente.

Nesse sentido, uma intervenção legislativa no regime das sociedades por quotas, com vista a permitir o registo de quotas em nome de agentes fiduciários, por conta de investidores – tal como previsto em Itália pela utilização de intermediários financeiros[58] – seria bem-vinda, sob pena de pôr em causa a possibilidade de distribuição de quotas no âmbito do *RESFC*, com relevante prejuízo para o financiamento de pequenas empresas e empresas em fase inicial de atividade.

[58] O artigo 100-ter, 2-bis do *Testo Unico della Finanza*, estabelece um regime alternativo para a titularidade e registro de quotas em *società a responsabilità limitata*, para acomodar as características específicas do *crowdfunding*: um intermediário financeiro pode subscrever e adquirir a quota em nome próprio mas por conta do subscritor ou adquirente que aceitou uma oferta numa plataforma de *crowdfunding*. Neste caso, o intermediário financeiro deve comunicar ao registo da sociedade, no prazo de 30 dias após o termo da oferta, a titularidade da quota por conta de terceiros (alínea b)). Da mesma forma, a venda posterior de quotas por um subscritor ou adquirente pode ser feita através de transferência no registo interno existente junto do intermediário financeiro.

INTERNET DAS COISAS (IOT): ALGUNS DESAFIOS JURÍDICOS

Nuno Sousa e Silva*
Benedita Cunha Pinto**

Sumário: *1. Introdução; 2. Questões contratuais; 2.1. Falta de conformidade (DL 84/2021); 2.1.1. Âmbito objetivo de aplicação; 2.1.2. Âmbito subjetivo de aplicação; 2.1.3. Hierarquia de Direitos; 2.2. Alterações ao funcionamento de bens com conteúdo digital; 2.3. Segurança; 2.4. Pagamento com dados; 2.5. Dados não pessoais e obrigações do profissional em caso de resolução; 2.6. Contratação automatizada; 3. Dados; 3.1. Titularidade e apropriação; 3.1.1. Direito do fabricante de bases de dados; 3.1.2. Faz sentido consagrar um direito conexo sobre dados?; 3.2. Prospeção de dados (data mining) e Propriedade Intelectual; 3.3. Big data e dados pessoais; 4. Conclusão.*

Palavras-chave: *Internet das Coisas, Direito do Consumidor, bens e serviços digitais, dados*

> "It is as if the rules of earthly physics have been rewritten on the fly. The Internet of Things connects humans and machines intelligence in new, entirely remarkable, and sometimes scary ways. It can make sense of the motion between and among things, including people, animals, vehicles, air currents, viruses, and much more. It can recognize

* Advogado (sócio PTCS) e Prof. Auxiliar da UCP (Porto). E: nsousaesilva@gmail.com W: www.nss.pt. Este texto foi concluído em Dezembro de 2021.
** Advogada e Mestre em Direito pela Universidade Católica Portuguesa (Porto). Email: beneditacfcunhapinto@gmail.com.

> relationships and predict patterns that are far too complex for the human mind and senses to grasp – such as the condition of a bridge or a roadway or the physics of the atmosphere on a block-by-block scale. The IoT can also support systems that operate independent of human oversight and, incredibly, get smarter on their own over time by adapting an underlying algorithm".
>
> GREENGARD, Samuel, *The Internet of Things*, MIT Press, Cambridge, 2015, p. xiv

1. Introdução

A existência de um conjunto cada vez maior de objetos (telefones, relógios, lâmpadas, aparelhos de ar condicionado, frigoríficos e outros eletrodomésticos, fechaduras, carros, termómetros, câmaras, roupas, dispositivos médicos e até brinquedos sexuais) ligados à Internet,[1] compondo a chamada Internet das Coisas (*IoT*),[2] tem proporcionado reais mudanças em diversos sectores, tais como a indústria, saúde, transportes, comércio, trabalho e, de um modo geral, o nosso quotidiano.[3] Deparamo-nos frequente-

[1] O fenómeno é apelidado computação ubíqua (abreviada como *ubicomp*), computação universal (*pervasive*), inteligência ambiental (*ambient intelligence*), internet de tudo (*internet of everything*) ou *"everyware*". Sobre o tema *vide* GREENFIELD, Adam, E*veryware: The Dawning Age of Ubiquitous Computing*, New Riders Publishing, Berkeley, 2006 e GREENGARD, Samuel, *The Internet of Things*, MIT Press, Cambridge, 2015, p. xii. Fala-se também, a propósito de dispositivos conectados próximos do corpo (*wearables*) ou dentro deste (tal como um *pacemaker*), em Internet de corpos (*Internet of bodies*). Sobre este último fenómeno cfr. AMATO, Cristina, 'Internet of Bodies: Digital Content Directive, And Beyond', JIPITEC (2021), pp. 181 e ss. e MATWYSHYN, Andrea, 'The Internet of Bodies' William & Mary Law Review (2019) pp. 77 e ss.

[2] Neste texto usamos tanto Internet das Coisas como a abreviatura IoT.

[3] Exemplos evidentes são os *smartphones*, os *smartwatches*, fornos e máquinas de lavar com sistema de pré-programação, os aspiradores robot (que fazem o reconhecimento da casa), ou mesmo frigoríficos inteligentes com câmara incorporada que, uma vez ligados à internet, permitem ver em tempo real o conteúdo do frigorífico, fazer o cálculo médio dos produtos mais consumidos e em falta ou sugerir receitas consoante os ingredientes disponíveis em stock. Identifcando os sectores mais afectados pelo progresso tecnológico no âmbito de IoT *vide* MOHAMMAD, Sikender Mohsienuddin, Security and Privacy Concerns of the „Internet of Things" (IoT) in IT and its Help in the Various Sectors across the World, International Journal of Computer Trends and Technology (IJCTT) – Volume 68 Issue 4 – April 2020; LU, Yang, e Li Da Xu, 'Internet of Things (IoT) Cybersecurity Research: A Review of Current Research Topics', p. 1 e ss.; VIDAL, Ángel García et al., *Big Data e Internet de Las Cosas, Nuevos retos para el Derecho de la competência y de los bienes inmateriales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 23 ss.

mente com objetos sofisticados, com crescente capacidade de recolha, processamento e armazenamento de dados, e que têm impactos positivos na vida dos utilizadores, sobretudo consumidores.[4] No entanto, esta evolução, ainda numa fase embrionária, vem acompanhada de riscos e desafios.

Podemos definir Internet das Coisas como uma rede de objetos físicos, sistemas e *software* ligados entre si.[5] Constitui uma "parte" da Internet, usando o mesmo protocolo e infraestrutura para armazenar, transmitir e processar dados. Esta comunicação intensa e constante entre sistemas físicos "espalhados pelo mundo" tem gerado um conjunto amplo de novos fenómenos. Fala-se em *smart buildings, smart country* e *smart cities* para designar edifícios, regiões ou cidades em que há uma recolha instantânea de grandes quantidades de dados, os quais são agregados e utilizados para a tomada de decisões tais como a gestão de trânsito, o controlo da iluminação, temperatura, qualidade do ar, segurança e mesmo o fornecimento de água ou energia (*smart grid*). S*mart factories* são parte da designada Indústria 4.0. (ou quarta revolução industrial), caracterizada pela intensa automação e conectividade nos processos de produção. Os *Smart contracts,* definidos como "um protocolo computadorizado que executa cláusulas condicionais inseridas numa plataforma de registo distribuído",[6] têm a sua execução frequente-

[4] Para alguns exemplos veja-se Frias, Hélder, 'IoT e Mercado Segurador' in AAVV, *Fintech I,* Almedina, Coimbra, 2017, pp. 219-236 (salientando o aumento da precisão na prevenção e cálculo do risco), Rott, Peter, 'The Digitalisation of Cars and the New Digital Consumer Contracts Law' JIPITEC (2021) pp. 156-168 (sublinhando que a maior parte da litigiosidade na compra e venda de consumo diz respeito a carros e que estes são hoje em dia essencialmente processadores, contendo mais de 150 componentes eletrónicos de controlo e cerca de 100 milhões de linhas de código).

[5] Elvy, Stacy-Ann, *A Commercial Law of Privacy and Security for the Internet of Things*, Cambridge University Press, Cambridge, 2021, p. 2. Na mesma linha Thierer, Adam D., 'The Internet Of Things And Wearable Technology: Addressing Privacy And Security Concerns Without Derailing Innovation', Richmond Journal of Law & Technology 21 (2015), p. 1: "IoT, which comprises networked "smart devices" equipped with microchips, sensors, and wireless communications capabilities" e Diega, Guido Noto La / Walden, Ian, 'Contracting for the 'Internet of Things': looking into the Nest', European Journal of Law and Technology, Vol 7, No 2, 2016, p. 2: "any physical entity capable of connectivity that directly interfaces the physical world, such as embedded devices, sensors and actuators".

[6] Definição de Faria, Joana Ribeiro de,'O regime jurídico da formação e do (in)cumprimento dos "contratos inteligentes" (os smart contracts)', Revista de Direito Civil (2020) pp.723-764. Sobre o tema veja-se também Freire, João Pedro, *Blockchain e Smart Contracts*: *implicações jurídicas*, Almedina, Coimbra, 2021; Alves, Hugo Ramos, 'Smart contracts: entre a tradição e modernidade' in AAVV, *Fintech II,* Almedina, Coimbra, 2019, pp. 299-325

mente automatizada a partir da recolha de informação por objetos conectados (pense-se nas coordenadas que sinalizam a chegada de uma encomenda ao seu destino, despoletando uma ordem de pagamento).

A Internet das Coisas assenta e depende de capacidades computação (armazenamento e processamento) prestadas como um serviço, naquilo que habitualmente se designa por computação em nuvem (*cloud*).[7] Por outro lado antecipa-se que muitas das aplicações da IoT, ainda em fase embrionária, serão grandemente aceleradas pela disseminação do 5G (a quinta geração do standard tecnológico de telecomunicação de dados móveis, que apresenta uma largura de banda muito maior, permitindo velocidades de transmissão de dados até 20 vezes maiores que a geração anterior).

Este realidade tecnológica levanta várias questões jurídicas: saber qual o enquadramento da compra de um objeto tangível com uma forte componente digital (de *software*) e, consequentemente, como lidar com defeitos, falhas de segurança, mau funcionamento (em especial no caso de consumidores);[8] perceber qual o estatuto jurídico dos dados recolhidos, processados e armazenados (quem é o titular dos dados recolhidos por um carro ligado à Internet ou como é que se trata uma base de dados defeituosa?)[9] e como é que este processamento pode ocorrer licitamente (em especial no caso de dados pessoais).[10]

e Battaglini, Raffaele e Giordano, Marco Tullio (eds.), *Blockchain e Smart Contract*, Giufffè Francis Lefebvre, Milano, 2019.

[7] Sublinhe-se que uma grande parte das funções dos nossos telemóveis são suportadas por processamento (e armazenamento) que ocorre em servidores externos. A maior parte dos *smart devices* não têm grande capacidade de computação, funcionando essencialmente como periféricos de entrada e saída. O essencial é que estejam ligados à rede permitindo que processadores mais capazes façam as operações. A obra essencial sobre os desafios jurídicos da computação em nuvem é hoje em dia Millard, Christopher, *Cloud Computing Law*, Oxford University Press, Oxford, 2021.

[8] Elvy, Stacy-Ann, 'Hybrid Transactions and the Internet of Things: Goods, Services, or Software?' Washington and Lee Law Review vol. 74 (2017) pp. 77-172. Destacando as transformações Carvalho, Jorge Morais, *Manual de Direito do Consumo*, Almedina, Coimbra, 2021, p. 58 e ss. foca-se mais na IoT como rede de agentes, promovendo a celebração de contratos.

[9] Veja-se, entre outros, Wiebe, Andreas, 'Protection of industrial data – a new property right for the digital economy?', GRUR Int (2016) pp. 877-884; Gärtner, Anette / Brimsted, Kate, 'Let's talk about data ownership', EIPR, 2017, 39(8), pp. 461-466 e Drexl, Josef, 'Designing Competitive Markets for Industrial Data: Between Propertisation and Access', JIPITEC 8 (2017) pp. 257-292.

[10] Sartor, Giovanni, *L'informatica giuridica e le tecnologie dell'informazione*, Giappichelli, Torino, 2016, pp. 264-265.

Por outro lado, a interoperabilidade dos vários aparelhos conectados pressupõe o desenvolvimento de standards, frequentemente baseados em tecnologias patenteadas[11] e a partilha de dados com alguns dos fabricantes de aparelhos moduladores (pense-se na Alexa (Amazon) ou Siri (Apple), assistentes virtuais (*software*) tipicamente instalados em colunas (*smart speakers*), mas que funcionam "na nuvem", ou seja, com informações armazenadas em servidores porventura muito distantes do utilizador)[12], o que levanta desafios acrescidos para o Direito da Concorrência (*antitrust*),[13] para a privacidade dos utilizadores e mesmo para a soberania dos Estados.[14] Estes dados começam igualmente a ser utilizados para efeitos de investigação criminal.[15] Em contrapartida, também podem ser cometidos crimes a

[11] *Vide* Podszun, Rupprecht, 'Standard Essential Patents and Antitrust Law in the Age of Standardisation and the Internet of Things: Shifting Paradigms', IIC (2019) pp. 720–745 e *o* estudo encomendado pelo Parlamento Europeu a Mcdonagh, Luke / Bonadio, Enrico, *Standard Essential Patents and the Internet of Things* (2019). Noutra perspetiva cf. Diega, Guido Noto la, 'Software Patents and the Internet of Things in Europe, the United States and India' EIPR (2017) pp. 173-184 (tratando mais especificamente do problema das patentes relativas a programas de computador ou invenções implementadas por computador).

[12] Apesar disso a tendência vai no sentido da utilização de *edge computing*, isto é, um paradigma de computação em que o processamento e armazenamento é feito de forma mais próxima da fonte dos dados (o que permite diminuir a latência).

[13] Sobre os problemas relativos ao acesso a dados veja-se o texto fundamental de Drexl, Josef, 'Connected Devices –an Unfair Competition Law Approach to Data Access Rights of Users' in AAVV, *Data Access, Consumer Interests and Public Welfare*, Nomos, Baden-Baden, 2021, pp. 477-527.

[14] O problema da concentração de dados, nomeadamente através de fusões e aquisições por parte de gigantes tecnológicos, começa a ser encarado também como um problema fundamental de Direito da Concorrência e está contemplado em vários pontos da proposta de Regulamento sobre Mercados Digitais (contestable and fair markets in the digital sector – COM (2020) 842 final – em Português, o Ato dos Mercados Digitais) Na mesma linha, o legislador alemão aprovou a *GWB-Digitalisierungsgesetz* em 2021 procurando tratar alguns desses temas. Sobre o problema *vide* Richter, Heiko / Picht, Peter Georg, *The Proposed EU Digital Services Regulation 2020: Data Desidera*ta (2021) Max Planck Institute for Innovation & Competition Research Paper, No. 21-21 e Bagnoli, Vicente, 'Questions that Have Arisen since the EU Decision on the Whatsapp Acquisition by Facebook' Market and Competition Law Review, vol. III (2019), pp. 15-51.

[15] Em Fevereiro de 2021 foi noticiado que um homem norte-americano tinha sido condenado por homicídio da sua mulher com base nos dados recolhidos por uma aplicação do seu telefone (https://appleinsider.com/articles/21/02/09/apple-health-data-used-to-convict-man-in-wifes-death).

partir de objetos da IoT, sobretudo tendo em conta que muitos destes apresentam falhas de segurança graves.[16]

Este texto visa abordar algumas dessas matérias, ainda que, necessariamente, de forma introdutória e parcial.[17] Procurámos centrar a análise nas questões jurídicas mais importantes e que apresentam mais especificidades no contexto da IoT. Nesse sentido, apesar de temas como a transferência internacional de dados, a base de licitude para o tratamento de dados pessoais ou a regulação da Inteligência Artificial serem de particular relevância neste domínio,[18] não parece que sejam especialmente modulados pelas especifi-

[16] Cfr. Elvy, Stacy-Ann, *A Commercial...cit.*, pp. 7 e ss. (dando exemplos). Este problema motivou já uma intervenção legislativa nos EUA tendo sido aprovado o *Internet of Things Cybersecurity Improvement Act* em Dezembro de 2020, o qual impõe o respeito de determinados standards para que dispositivos de IoT possam ser adquiridos e/ou usados pelo Governo Federal norte-americano. Como é natural, espera-se que essas exigências se tornem um padrão da indústria.

[17] Para uma análise aprofundada dos temas (e uma lista exaustiva de bibliografia) veja-se Bräutigam, Peter e Kraul, Torsten, *Internet of Things: Rechtshandbuch*, C. H. Beck, Munique, 2021. Este livro, com 28 capítulos, trata dos problemas da IoT no campo dos media, trânsito e transportes (carros conectados, *ride sharing*, veículos autónomos), telecomunicações (onde se dá uma particular concentração de dados, o que permite facilmente *big data analytics*), agricultura, indústria (*smart factories, digital twins* e automação), saúde (com especial ênfase nos desafios colocados pela sensibilidade dos dados tratados), Administração Pública (v.g. processamento de dados por parte de entidades públicas, em especial no caso de *smart cities* e *smart country*), comércio e pagamentos (*smart contracts* e pagamentos invisíveis e automáticos), energia, imobiliário, sector financeiro (banca, bolsa e seguros). Do ponto de vista jurídico frisam-se os aspetos de Propriedade Intelectual, Direito da Concorrência, Proteção de dados, Direito Comercial, Direito do Consumo, Direito Civil (responsabilidade civil e contratos) e regulação (telecomunicações, Inteligência Artificial, saúde, homologação e segurança (física e cibersegurança)).

[18] Até porque, como salienta Ebers, Martin, 'Liability for Artificial Intelligence And EU Consumer Law' JIPITEC (2021) pp. 205 e 207 um bem pode ser "animado" por um sistema de Inteligência Artificial, o que aliás é cada vez mais comum na IoT (p. ex. aspiradores autónomos, equipamento de vigilância ou assistentes virtuais). Para uma panorâmica dos problemas jurídicos levantados pela IA veja-se Silva, Nuno Sousa e, 'Direito e Robótica: Uma Primeira Aproximação' ROA (2017) pp. 485-551 e, mais recentemente, com inúmeras referências, Ebers, Martin, *Künstliche Intelligenz und Robotik: Rechtshandbuch*, C. H. Beck, Munique, 2020. Especificamente sobre a proposta de Regulamento sobre Inteligência Artifical (COM/2021/206 final) *vide* Veale, Michael / Borgesius, Frederik Zuiderveen, 'Demystifying the Draft EU Artificial Intelligence Act – Analysing the good, the bad, and the unclear elements of the proposed approach' CRi (2021) pp. 97-112

cidades da IoT.[19] Por outras palavras, as considerações gerais que se possam fazer quanto a esses temas são aplicáveis neste domínio (como noutros).

Por isso optámos por tratar a título principal de alguns temas contratuais, destacando o problema de falta de conformidade, em especial à luz do recentemente aprovado Decreto-Lei 84/2021, de 18 Outubro, e algumas questões relativas a dados (pessoais e não pessoais). Como ficará claro, estes aspetos estão intensamente interligados.

2. Questões contratuais

No contexto da IoT colocam-se desafios em matéria contratual. Frequentemente os bens (físicos), comprados ou alugados, incluem uma relevante componente de serviços digitais. A câmara ou fechadura "inteligente" pode vir acompanhada da subscrição de um serviço de computação em nuvem através do qual se processam, transmitem e armazenam os dados. Não será raro que o contrato de compra e venda desses objetos seja celebrado com os distribuidores dos bens físicos e o contrato de prestação de serviços de computação seja concluído diretamente com o produtor ou mesmo com terceiros.[20] Outras vezes as partes serão as mesmas, mas o contrato será misto e/ou atípico, levantando-se problemas de qualificação e determinação das regras aplicáveis.[21]

2.1. Falta de conformidade (DL 84/2021)

As maiores dificuldades práticas verificam-se quando um dispositivo de IoT apresenta defeitos ou falhas de funcionamento. Por isso mesmo, a mais recente produção legislativa no âmbito dos contratos de consumo incide especificamente sobre o fenómeno da falta de conformidade de aparelhos

[19] Ressalvando-se que quase toda a robótica integrará o conceito de Internet das Coisas.

[20] Elvy, Stacy-Ann, *A Commercial...cit.*, pp. 165 e ss.

[21] Beale, Hugh, 'Digital Content Directive and Rules for Contracts on Continuous Supply' JIPITEC (2021) pp. 102-103. Sobre estes problemas veja-se, sumariamente, Oliveira, Nuno Pinto de, P*rincípios de Direito dos Contratos*, Coimbra Editora, Coimbra, 2011, pp. 119 e ss. e, em maior detalhe, Coelho, Francisco Pereira, *Contratos Complexos e Complexos Contratuais*, Coimbra Editora, Coimbra, 2014; Duarte, Rui Pinto, *Tipicidade e Atipicidade dos Contratos*, Almedina, Coimbra, 2000 e Vasconcelos, Pedro Pais de, *Contratos Atípicos*, Almedina, Coimbra, 1995.

de IoT (e não só). Falamos das Diretivas (UE) 2019/770[22] e 2019/771[23], e, em Portugal, do Decreto-Lei 84/2021, de 18 Outubro, que, transpondo as referidas Diretivas (e revogando o DL 67/2003, de 8 de Abril), regula os direitos do consumidor na aquisição de bens com conteúdo digital e de conteúdos e serviços digitais.[24]

Por contraposição à anterior Diretiva 1999/44/CE,[25] tratam-se de duas Diretivas de harmonização máxima. Esta opção enquadra-se na estratégia de criação de um Mercado Único Digital.[26] A esperança é que, com regras tendencialmente uniformes, se fortaleça um incentivo ao consumo transfronteiriço (dentro da UE), tornando o mercado europeu mais competitivo, nomeadamente no domínio da IoT.[27] Este pacote legislativo tem a preocupação de dotar o mercado digital, onde se incluem os objetos inteligentes, das garantias que já existiam para objetos convencionais. O que se justifica, visto que as compras de consumo dizem cada vez mais respeito a conteúdos e serviços digitais e a bens que incorporam ou estão interligados com conteúdos e serviços digitais.

Ao contrário da generalidade das regras do Código Civil e do Código Comercial, que cederão perante estipulação em contrário, o regime fixado para estes contratos de consumo é imperativo (art. 51.º DL 84/2021). Também por isso, o interesse prático do regime de consumo é maior do que as

[22] 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.

[23] 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.

[24] Sobre este regime *vide* Passinhas, Sandra, 'O novo regime da compra e venda de bens de consumo – exegese do novo regime legal' Revista de Direito Comercial (2021) pp. 1463-1528.

[25] Directiva 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.

[26] Sobre o tema veja-se Castets-Renard, Céline, *Droit du marche unique numérique et intelligence artificielle*, Bruylant, Bruxelas, 2020. Mais especificamente sobre as propostas de regulação de plataformas digitais nesse contexto cf. Silva, Nuno Sousa e, 'Novas Regras para a Internet: Notas Breves sobre Iniciativas Europeias de Regulação de Plataformas Digitais', RDI 1/2021 pp. 75-102. Deve ainda sublinhar-se que o DL 84/2021, no seu art. 44.º introduz uma responsabilidade solidária do "*prestador de mercado em linha que, atuando para fins relacionados com a sua atividade, seja parceiro contratual do profissional que disponibiliza o bem, conteúdo ou serviço digital*".

[27] Para uma leitura sobre algumas implicações da aposta num sistema global transfronteiriço leia-se: Hernández, Rolando Joaquín Ortega, 'El acceso a la justicia para los consumidores en el comercio electrónico globalizado B2C. ¿Mito o realidad?' RED (2021), pp. 56-85.

regras supletivas que se aplicam aos contratos bilateralmente comerciais, concluídos entre consumidores (*c2c*) ou de consumo invertido (em que o consumidor vende um bem ao profissional, p.ex. um carro ou um relógio usado).[28]

2.1.1. Âmbito objetivo de aplicação

Como refere Carlos Ferreira de Almeida, a diferença do campo de aplicação destas Diretivas e, por consequência, das várias secções do DL 84/2021 "faz-se pela natureza do objeto e não pelo título contratual".[29]

O Capítulo II do DL 84/2021 (arts. 5.º a 25.º) transpõe a Diretiva 2019/771 e prevê as regras relativas à falta de conformidade no âmbito dos contratos de fornecimento de bens (em geral), incluindo bens que necessitem de conteúdos e serviços digitais para desempenharem as suas funções.[30] Este capítulo aplica-se tanto à compra de uma cadeira de madeira artesanal como de uma lâmpada "inteligente", ligada à Internet e passível de ser controlada remotamente (art. 3.º/2 DL 84/2021).

Por sua vez, o Capítulo III do DL 84/2021 (arts. 26.º a 39.º) transpõe as disposições da Diretiva 2019/770 e segue a lógica do capítulo que lhe antecede, mas agora direcionado à falta de fornecimento ou falta de conformidade de conteúdos (puramente) digitais. Estão aqui em causa tanto bens (novos ou usados)[31] como serviços, entre os quais se incluem software (apli-

[28] Nesses casos, regras como aquelas relativas à transferência do risco podem ser fixadas convencionalmente (frequentemente por referência a Incoterms), enquanto nos contratos de consumo o risco transfere-se imperativamente com a entrega do bem (art. 9.º-C da Lei 24/96, de 31 de Julho). Sobre a distribuição do risco em geral veja-se a excelente obra de Aureliano, Nuno, *O risco nos contratos de alienação*, Almedina, Coimbra, 2009.

[29] Almeida, Carlos Ferreira de, *Contratos II*, Almedina, Coimbra, 2021, p. 81.

[30] Estão abrangidos pelo contrato aqueles conteúdos digitais que forem essenciais para o desempenho das funções do bem adquirido ou aqueles conteúdos digitais declarados pelo profissional como incluídos no contrato de compra e venda do bem digital. A noção de funções essenciais tem sido discutida e criticada pela sua imprecisão (cfr. Rott, Peter, *ob. cit.*, pp. 158-159, discutindo se sistemas de navegação ou *infotainment* de um carro estarão incluídos e Vanherpe, Jozefien, *ob. cit.*, pp. 262 e 266).

[31] A generalidade dos bens digitais gozará de direitos de propriedade intelectual. No entanto, ao contrário do que acontece com bens físicos a transmissão de bens digitais usados implicará quase sempre a sua reprodução (elaboração de cópias). Isto levanta especiais dificuldades, sobretudo em matéria de direito de autor (Spindler, Gerald, 'Digital Conten Directive and Copyright-related Aspects' JIPITEC (2021) p. 112 "copyright law is deeply intertwiened with any kind of services and performances concerning digital content"). Sobre o problema *vide* Karapapa, Stavroula, 'Exhaustion of Rights on Digital Content under EU

cações), plataformas digitais (redes sociais, *streaming*, jogos de computador, etc.) ou ficheiros que representem conteúdo (frequentemente obras protegidas por direito de autor como artigos, livros, filmes, músicas ou séries).[32] O regime aplica-se ainda nos casos, cada vez mais raros, em que há um bem físico, como um disco, pen-drive ou cartão de memória, que é transmitido como mero suporte do serviço digital.[33]

Nesse sentido, o Capítulo II do DL 84/2021 será mais direcionado aos dispositivos de IoT. Contudo, as Diretivas são complementares. Como decorre do considerando 16 da Diretiva 2019/771, se o consumidor celebrar um contrato de fornecimento de conteúdos ou serviços digitais para os interligar a um determinado objeto com elementos digitais, "*esse contrato deverá considerar-se distinto do contrato de compra e venda dos bens, mesmo que o vendedor atue como intermediário nesse segundo contrato com o operador terceiro, e poderá estar abrangido pelo âmbito de aplicação da Diretiva (UE)2019/770*".[34] Por outras palavras, a aquisição separada de serviços digitais, ainda que para

Copyright: Positive and Normative Perspectives' in Tanya Aplin (ed.), *Research Handbook on Intellectual Property and Digital Technologies*, Edward Elgar, Cheltenham, 2020, pp. 483-505. Para um comentário crítico à decisão do TJUE C-263/18, *Tom Kabinet* (EU:C:2019:1111), que, divergindo de jurisprudência anterior relativa a programas de computar (C-128/11, *Usedsoft* (EU:C:2012:407) em que o TJ admitiu com alguns limites, a revenda de software "usado"), negou a existência de esgotamento relativamente a e-books, efetivamente proibindo a venda de e-books "usados" cfr. Rocha, Maria Victória, 'Decisão Tom Kabinet: Um forte retrocesso no esgotamento digital na União Europeia?' RDI 1/2020, pp. 223-244. Esta proteção também levanta questões a nível sucessório: pode dizer-se que os bens digitais integram a herança? A questão foi apreciada incidentalmente pelo BGH em acórdão de 12 de Julho de 2018 (III ZR 183/17) (em que se discutia o acesso por partes dos pais à conta de facebook da filha falecida aos 15 anos), tendo o Tribunal Federal Alemão decidido em sentido afirmativo. Outro aspecto relacionado, que merece estudo autónomo, diz respeito aos limites à autonomia privada nos contratos de licença com utilizadores finais (vulgaramente designados *EULAs*). Sobre isso *vide* Oprysk, Liliia / Sein, Karina, 'Limitations in End-User Licensing Agreements: Is There a Lack of Conformity Under the New Digital Content Directive?' IIC 51 (2020) pp. 594-623.

[32] Pereira, Alexandre Dias, 'Os direitos do consumidor de conteúdos e serviços digitais segundo a Dreitva 2019/770' RED (2020) p. 140.

[33] Cons. 20 da Dir. 2019/770. Passinhas, Sandra, *ob. cit.*, pp. 1474-1475.

[34] Cons. 16 da Dir. 2019/771: "*Por exemplo, se o consumidor descarregar uma aplicação de jogo de uma loja de aplicações para um telemóvel inteligente, o contrato de fornecimento da aplicação de jogo é distinto do contrato de compra e venda do próprio telemóvel inteligente. Por conseguinte, a presente diretiva* [2019/771] *deverá apenas aplicar-se ao contrato de compra e venda do telemóvel inteligente, enquanto o fornecimento da aplicação de jogo deverá estar abrangido pela Diretiva (UE) 2019/770, caso se encontrem preenchidas as condições nela previstas.*"

utilização num ou com um aparelho "inteligente", ficará sujeita às regras do Capítulo III do DL 84/2021. Na verdade, algumas das normas previstas no Capítulo III, como o art. 36.º relativo às obrigações do profissional em caso de resolução, e o art. 39.º sobre a alteração aos conteúdos ou serviços digitais devem estender-se aos dispositivos de IoT e, em geral, aos bens com conteúdo digital.[35]

Por último, o art. 4.º do DL 84/2021 delimita negativamente o seu âmbito de aplicação, excluindo determinados bens e serviços do seu âmbito objetivo de aplicação. Estão necessariamente excluídos os bens vendidos por via de execução judicial, os contratos de serviços de comunicações eletrónicas, serviços de cuidados de saúde, e o jogo e aposta online.[36] Além disso, o legislador europeu permitiu, no art. 3.º/5 da Dir. 2019/790, que os Estados Membros excluíssem outros contratos como os respeitantes à venda de animais (excluído *ex vi* art. 4.º/1/b) do DL 84/2021).

2.1.2. Âmbito subjetivo de aplicação

Se o conjunto dos preceitos do Código Civil sobre compra e venda de coisas defeituosas (arts. 913.º e ss.) é aplicável, como regime-geral, aos contratos celebrados entre qualquer tipo de pessoas físicas ou coletivas, já o DL 84/2021, com um regime mais protetor, possui um âmbito de aplicação

[35] Cf. a discussão e referências adicionais em Vanherpe, Jozefien, 'White Smoke, but Smoke Nonetheless: Some (Burning) Questions Regarding the Directives on Sale of Goods and Supply of Digital Content', European Review of Private Law (2020) pp. 254-255. Apesar de percebemos que a Autora considera (nota 19) que a oferta de determinados bens como serviço exclui a aplicabilidade da Diretiva 2019/771, não nos parece que isto seja necessariamente assim quanto ao diploma que a transpõe (especialmente quando a opção é, como em Portugal, de optar pela transposição conjunta das duas Diretivas num único diploma). Na verdade, este regime parece estabelecer, quanto a alguns pontos, um verdadeiro regime geral para contratos de consumo envolvendo bens digitais.

[36] A anterior Diretiva 99/44/CE já previa uma delimitação negativa do regime de compra e venda de bens de consumo. Contudo, constituía uma diretiva de harmonização mínima – pelo que tal delimitação era opcional e, por isso, nunca fez parte do articulado do DL 67/2003. Com esta Diretiva o legislador europeu tornou obrigatório excluir a aplicação deste regime a determinados bens e serviços (arts. 3.º, n.º 4 da Diretiva 2019/771 e 3.º, n.º 5 da Diretiva 2019/770). Estes sectores, como jogo, saúde, telecomunicações ou transportes, têm sido tipicamente excluídos da regulação geral (cf. arts. 2.º/1 do DL 7/2004 e 2.º/2 do DL 24/2014), sendo abordados em regimes próprios como o DL n.º 66/2015, de 29 de Abril, Regime Jurídico dos Jogos e Apostas Online e a Lei n.º 45/2018, de 10 de Agosto, Regime jurídico da atividade de transporte individual e remunerado de passageiros em veículos descaracterizados a partir de plataforma eletrónica.

mais limitado, circunscrevendo-se aos contratos que tenham o consumidor como adquirente.

Em bom rigor, não existe até hoje uma definição unívoca de consumidor. Usam-se diferentes conceitos de consumidor tanto numa perspetiva comparada, como no ordenamento jurídico nacional.[37] Apesar disso, a referência comummente aceite entre nós é o art. 2.º da Lei da Defesa do Consumidor (Lei 24/96, de 31 de Julho): "*Considera-se consumidor todo aquele a quem sejam fornecidos bens, prestados serviços ou transmitidos quaisquer direitos, destinados a uso não profissional, por pessoa que exerça com carácter profissional uma atividade económica que vise a obtenção de benefícios*".

Esta definição é normalmente decomposta em quatro elementos:[38] 1) subjetivo ("to*do aquele*" –pessoas singulares ou coletivas que pratiquem um ato de consumo), 2) objetivo ("*a quem sejam fornecidos bens, prestados serviços ou transmitidos quaisquer direitos*" – delimitando a relação das partes), 3) teleológico ("*destinados a uso não profissional*" – finalidade, excluindo o adquirente que tenciona fazer uso profissional do bem ou serviço), e 4) relacional ("*por pessoa que exerça com carácter profissional uma atividade económica que vise a obtenção de benefícios*" – delimita o conceito de consumidor por referência à contraparte, que tem que ser um profissional).[39]

[37] Assim, nos arts. 3.º/d) da Lei 144/2015, de 8 de Outubro (resolução extrajudicial de litígios de consumo), 3.º/c) do DL 24/2014, de 14 de Fevereiro (contratos celebrados à distância e fora do estabelecimento comercial), e 3.º/a) do DL 57/2008, de 26 de Março (práticas comerciais desleais) restringe-se a noção de consumidor à pessoa singular que atue com fins que não se integrem no âmbito da sua atividade comercial, industrial, artesanal ou profissional.

[38] Carvalho, Jorge Morais, *Manual de Direito do Consumo*, Almedina, Coimbra, 2021, p. 29 e ss. e Antunes, José Engrácia, *Direito do Consumo*, Almedina, Coimbra, 2019, p. 45 e ss.

[39] As Diretivas 1999/44/CE, 2019/770 e 771 e o novo DL 84/2021 têm como referencial o consumidor, enquanto o artigo 2.º da LDC e o anterior DL 67/2003 têm como referencial a contraparte. Ou seja, os primeiros diplomas definem consumidor por si só. Os segundos diplomas fazem depender a qualificação de consumidor da qualidade (profissional ou não) da contraparte. O conceito de profissional inclui qualquer pessoa coletiva como qualquer pessoa singular que atue para fins relativos à sua atividade industrial, comercial, artesanal ou profissional. Em qualquer caso, segundo este último elemento relacional, o regime da compra e venda de bens de consumo não se estende às relações entre dois não profissionais (*consumer 2 consumer*), como acontece amiúde em plataformas como o OLX ou Ebay. Há, como é evidente, profissionais a utilizar essa plataforma. Como afirmado no acórdão C-105/17, *Kamenova* (EU:C:2018:808) a qualidade ou não de profissional dependerá da forma como a atividade é exercida). Sobre este ponto cf. Carvalho, Joana Campos, 'A Protecção do Consumidor na *Sharing Economy*' in Carvalho, Jorge Morais (ed.), *I Congresso de Direito do Consumo*, Almedina, Coimbra, 2016, pp. 115-129.

A Diretiva 1999/44/CE, entretanto revogada, definia "consumidor" como "*qualquer pessoa singular que, nos contratos abrangidos pela presente directiva, actue com objectivos alheios à sua actividade comercial ou profissional*",[40] mas permitia que os Estados Membros incluíssem também pessoas coletivas como as fundações. Em 2003 o legislador português aproveitou esta faculdade – consagrando no art. 1.º-B/a) do DL 67/2003 que consumidor seria: "*aquele a quem sejam fornecidos bens, prestados serviços ou transmitidos quaisquer direitos, destinados a uso não profissional, por pessoa que exerça com carácter profissional uma actividade económica que vise a obtenção de benefícios.*".

Nas duas diretivas de 2019, o legislador europeu manteve a abordagem anterior: restringir a definição a pessoas singulares (arts. 2.º/6 Dir. 2019/770 e 2.º/2 Dir. 2019/771), deixando margem aos Estados Membros para incluírem as pessoas coletivas no conceito de consumidor.[41]

Assim, não era expectável uma alteração do conceito de consumidor no ordenamento jurídico português.[42] Contudo, no DL 84/2021, o legislador limitou-se a copiar a definição (referente a pessoa singular), sem menção a pessoas coletivas (art. 2.º/g) DL 84/2021). Isto pode dever-se a um lapso, resultado da cópia servil da disposição das Diretivas, ou revelar uma real intenção de excluir as pessoas coletivas do âmbito de aplicação do regime dos bens, conteúdos e serviços digitais de consumo.

De fato, pode ter existido o intuito de aproximar o conceito de consumidor ao de titular de dados pessoais,[43] o que se justificaria visto que este

[40] Art 1.º/2/a) da Dir. 1999/44/CE.

[41] cfr. considerandos 16 da Dir. 2019/770 e 21 da Dir. 2019/771, ambos referindo "*as organizações não-governamentais, as empresas em fase de arranque (start-ups) ou as PME*", o que, tomado literalmente, até poderia constituir um alargamento do conceito.

[42] Carvalho, Jorge Morais, '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', RED (2019), p. 70 e ss.

[43] Titulares de dados são pessoas singulares cuja informação identificada ou identificável é merecedora de proteção pelo Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados (RGPD) (cfr. artigo 4.º, n.º 1 do RGPD). O RGPD abrange todas as pessoas singulares cujo tratamento de dados seja efetuado por um responsável/subcontratante com estabelecimento "*situado no território da União*" (art. 3.º, n.º 1 RGPD) e todas as pessoas singulares "*que se encontrem no território da União*" cujo tratamento de dados esteja relacionado com i) 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, e ii) o controlo do seu comportamento (art. 3.º/2 RGPD). Sobre o âmbito territorial de aplicação do RGPD cfr. Pinto, Benedita Cunha, 'Faz sentido que uma empresa transfira o estabelecimento por causa do Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados?' RED (Fev. 2022) pp. 224-250.

pacote de medidas legislativas prevê o fornecimento de dados pessoais por parte do consumidor como contrapartida de um conteúdo ou serviço digital.[44] Além disso, muitos dos instrumentos europeus mais recentes, como a proposta o Ato dos Serviços Digitais, têm adotado uma noção restrita de consumidor (cingindo-se a pessoas singulares).[45]

Independentemente de existir uma alteração do conceito de consumidor,[46] parece-nos que nos últimos anos o legislador europeu tem adotado uma nova perspetiva, menos focada na "defesa dos interesses coletivos dos consumidores", e mais preocupada em acompanhar o avanço tecnológico, garantindo a adequação das regras a uma realidade em permanente mutação.

Tomando uma posição intermédia numa polémica doutrinal, o legislador esclareceu que os bens, conteúdos ou serviços com uso misto podem beneficiar do regime previsto no DL 84/2021, desde que o uso comercial não seja predominante (art. 49.º), o que também pode ser visto como um alargamento do âmbito de aplicação do regime.[47]

2.1.3. Hierarquia de Direitos

Outra novidade é a agora indiscutível existência de uma hierarquia de direitos do consumidor previstos nos arts. 15.º e 35.º do DL 84/2021: reparação[48], substituição[49], redução do preço e a resolução, sem prejuízo do recurso à exceção de não cumprimento e, quando aplicável, indemnização.[50]

[44] Sobre a difícil compatibilização entre o regime da Diretiva 2019/770 e o RGPD leia-se: Alves, Maria de Almeida, 'Directive on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content and digital services & the EU data protection legal framework: are worlds colliding?' UNiO, EU Law Journal, 2021.

[45] Single Market For Digital Services – COM(2020) 825 final. Tratando-se de um regulamento torna-se mais discutível se os Estados-Membros ainda dispõem da liberdade de alargar o conceito de consumidor.

[46] Passinhas, Sandra, *ob. cit.*, p. 1479 assume ter ocorrido uma alteração.

[47] Sobre o debate ao abrigo do regime anterior cfr. o resumo de Aureliano, Nuno, *ob. cit.*, p. 379.

[48] Arts. 2.º/a) e 18.º/2/a) do DL 84/2021: a reparação não acarreta qualquer custo para o consumidor (tal como já constava do DL 67/2003).

[49] Arts 2.º/a) e 18.º/2/a) e /7 do DL 84/2021: a substituição do bem não envolve o pagamento de qualquer custo, e também não pode ser cobrado qualquer valor pela utilização do bem substituído. Como sublinha Passinhas, Sandra, *ob. cit.*, p. 1500 o TJUE rejeitou, no acórdão C-406/06, *Quelle* (EU:C:2008:231) a existência de qualquer enriquecimento sem causa nestas situações.

[50] Na vigência do DL 67/2003 era controversa a existência de uma hierarquia entre os direitos de reparação/substituição, redução do preço e resolução. A maioria da doutrina rejeitava

Caso a falta de conformidade se manifeste nos primeiros 30 dias após a entrega do bem o consumidor poderá optar imediatamente pela substituição ou resolução do contrato (art. 16.º). Findo esse prazo e verificada a falta de conformidade, o consumidor só terá a possibilidade de escolher, em primeira linha, entre substituição ou reparação. Visto que a resolução é uma solução mais onerosa para o profissional, privilegiam-se soluções de manutenção do contrato, dando ao profissional uma segunda oportunidade. Só no caso em que o profissional não tenha substituído o bem ou não o tenha reparado no período máximo de 30 dias[51] é que poderá ser exercido o direito à resolução (arts. 15.º/4 e 18.º/3).

Não está claro o que é que acontece se um bem é reparado pelo profissional nos referidos trinta dias, mas continua a funcionar mal ou volta a apresentar falhas de funcionamento passado pouco tempo.[52] O consumidor não deveria poder resolver o contrato em vez de suportar sucessivas atividades de reparação do bem por parte do profissional? Não nos parece razoável que falhas reiteradas ou tentativas continuadas por parte do profissional em

essa hierarquia, pelo que o consumidor poderia escolher entre reparação/substituição, redução do preço e resolução. No entanto, havia quem considerasse que acabava por existir uma hierarquia com prevalência dos direitos de reparação e substituição. Sobre a discussão, com exemplos da jurisprudência divergente, *vide* Rodrigues, André Alfar, *Direitos do Consumidor em caso de falta de conformidade: uma análise ao regime das Diretivas 2019/770 e 2019/771*, AAFDL, Lisboa, 2021. É discutível se a clarificação de que existe uma hierarquia de Direitos se traduz numa diminuição do nível de proteção do consumidor. Desde logo porque não se retira nenhum direito, dá-se prevalência à reparação/substituição e consequentemente à manutenção do contrato (em linha com o princípio da conservação dos negócios jurídicos). Além disso, não teremos resultados muito diferentes porque, apesar de não se ter consagrado uma hierarquia expressa, parece-nos que essa acabava por decorrer da aplicação dos critérios limitadores do direito de escolha do consumidor, designadamente do abuso de direito. Isto porque, na maioria dos casos, o desrespeito por uma ordem de precedência configuraria um comportamento abusivo. Precisamente neste sentido *vide* Passinhas, Sandra, *ob. cit.*, p. 1493. Sobre os direitos do consumidor em caso de falta conformidade veja-se ainda Franceschi, Alberto de, 'Consumer's Remedies for Defective Goods with Digital Elements' JIPITEC (2021) pp. 143-155.

[51] Art. 18.º/3 do DL 84/2021: "*O prazo para a reparação ou substituição não deve exceder os 30 dias, salvo nas situações em que a natureza e complexidade dos bens, a gravidade da falta de conformidade e o esforço necessário para a conclusão da reparação ou substituição justifiquem um prazo superior*.".

[52] Se na entrega do bem após reparação este não apresentar um funcionamento normal, não se poderá considerar reparado. No entanto, poderá facilmente dar-se o caso de uma reparação aparente, em que o(s) problema(s) se voltam a manifestar num curto espaço de tempo.

repor a conformidade do bem, ainda que cumpridos os trinta dias para o efeito, não gerem um legítimo direito à resolução do contrato. [53]

A consagração de uma hierarquia de direitos pode levantar outra questão. É cada vez mais comum a compra e venda de bens futuros no âmbito dos objetos inteligentes – pense-se no novo modelo *Tesla Cybertruck* que já conta com mais de 1,3M de encomendas sem que esteja em produção.[54] Parece que o consumidor que compra um bem futuro, que mais tarde revele falta de conformidade, pode, em certos casos, estar sujeito a um regime mais desfavorável do que outro comprador na mesma situação que seja abrangido pelas regras do Código Civil.

Uma grande vantagem do regime da falta de conformidade no âmbito das compras e vendas de consumo prende-se com o facto de existir uma presunção da responsabilidade do vendedor. O consumidor não tem o ónus de verificar as qualidades do bem no momento da sua entrega. É o vendedor quem tem de garantir a inexistência de desconformidades, uma vez que se presume que as faltas de conformidade já existiam no momento em que o bem foi entregue e que o vendedor é responsável pelas mesmas (arts. 5.º, 11.º, 12.º, 13.º e 14.º do DL 84/2021).

No caso da compra de bens futuros, em derrogação do regime geral do Código Civil, o artigo 918.º do CC presume a responsabilidade do vendedor em caso de falta de conformidade do bem. Além disso, os direitos do comprador no caso do art. 918.º do CC não estão sujeitos às disposições dos dois artigos precedentes sobre denúncia e caducidade (arts 916.º e 917.º do CC). Deste modo, o regime do Código Civil para a compra de bens futuros dá a possibilidade de resolução imediata do contrato por parte do comprador durante o prazo geral de prescrição de vinte anos (arts. 798.º, 801.º/2 e 309.º *ex vi* 918.º todos do CC).[55]

[53] Diga-se ainda que não parece lógico que o legislador tenha estabelecido, no art. 18.º do DL 84/2021, um limite de garantias adicionais a conceder ao consumidor por cada reparação ("*Em caso de reparação, o bem reparado beneficia de um prazo de garantia adicional de seis meses por cada reparação até ao limite de quatro reparações, devendo o profissional, aquando da entrega do bem reparado, transmitir ao consumidor essa informação.*") e não tenha optado pela mesma lógica estabelecendo um limite de número de reparações, no fim das quais possa ser exercido o direito à resolução.

[54] https://insideevs.com/news/549919/tesla-80-billion-cybertruck-reservations/

[55] A este propósito veja-se, entre outros, o Acórdão do STJ, processo n.º 2142/15.9T8CTB.C1.S2, de 05-05-2020, relativo às coisas genéricas, mas que também tem aplicabilidade aos bens futuros representados no mesmo artigo 918.º do CC, afirmando: "*Os prazos de caducidade previstos nos arts 916.º e 917.º do Código Civil não são aplicáveis aos casos de compra e venda de*

Já o DL 84/2021 sujeita a compra e venda de todos os bens – futuros ou não – a uma hierarquia de direitos. Por isso, o consumidor não pode exercer o seu direito de resolução imediata ultrapassados trinta dias após a entrega do bem (art. 16.º DL 84/2021) visto que outros direitos, como a reparação do bem, terão prevalência. Assim, o consumidor que compre um aspirador robot ainda em produção (bem futuro) o qual, passado dois meses da sua entrega vem a avariar, não poderá resolver o contrato imediatamente. Em contraste, uma empresa, na mesma situação, que adquira o mesmo aspirador no âmbito da sua atividade – e, portanto, abrangida pelo regime do Código Civil – poderá resolver o contrato imediatamente, devolver o bem e pedir o reembolso do preço pago.

2.2. Alterações ao funcionamento de bens com conteúdo digital

Não é fácil adaptar a legislação de consumo à realidade do mercado digital em que os bens (e serviços) estão "vivos", sofrendo atualizações e alterações constantes de acordo com o paradigma da engenharia informática designado CI/CD (*continuous integration/continuous delivery*).

De um modo geral o Capítulo II do DL 84/2021 sujeita os bens interligados ou incorporados a conteúdos digitais adquiridos por consumidores às regras gerais de proteção do consumidor em caso de falta de conformidade do bem; no essencial equivalentes às previstas no anterior DL 67/2003.

O momento da entrega do bem continua a ser o momento relevante para avaliar a conformidade do bem (art. 11.º DL 84/2021), sujeita a um prazo de garantia de 3 anos (art. 12.º DL 84/2021).[56] No entanto, o fornecimento contínuo de bens digitais leva à possível extensão do prazo de garantia de modo que coincida com a duração do contrato.[57] Está igualmente previsto o dever de assegurar que as atualizações de bens com elementos digitais são disponibilizadas pelo período razoavelmente esperado pelo consumidor (art. 8.º/1)[58] ou, no caso de fornecimento contínuo de conteúdo

coisas genéricas, em virtude de o art. 918.º do Código Civil remeter para as regras relativas ao não cumprimento das obrigações. Ao caso deve aplicar-se, pois, o prazo geral da prescrição do direito previsto no art. 309.º do Código Civil.".

[56] Prevê-se ainda uma obrigação de disponibilização de peças pelo prazo de 10 anos a contar da data da colocação da última unidade no mercado (art. 21.º DL 84/2021).

[57] Arts. 12.º/2/b), para bens com componente digital, e 32.º/2/b) para bens ou serviços digitais, ambos do DL 84/2021.

[58] Aqui as disposições contratuais ou os avisos, desde que se alinhem com o padrão, poderão desempenhar um papel na modulação das expectativas razoáveis do consumidor. No entanto,

ou serviço digital, pelo menos durante dois anos (art. 8.º/2) e, caso esse contrato tenha uma duração superior, durante a vigência do contrato (art. 8.º/3).

Na verdade, os erros, falhas ou defeitos tanto podem surgir como ser resolvidos por atualizações da sua componente digital.[59] Também por isso, o profissional pode eximir-se de responsabilidade caso o utilizador não proceda à instalação das atualizações (art. 8.º/4 DL 84/2021). Não se prevê que o prazo de garantia recomece a contar a partir de cada atualização, mas estabelece-se que no caso do fornecimento contínuo de conteúdos ou serviços digitais o profissional é responsável por tais falhas ou defeitos que se manifestem no prazo de três anos a contar da data do início do seu fornecimento, salvo quando o profissional se comprometa com período de garantia superior (art. 12.º/2/ a) e b) *ex vi* art. 14.º DL 84/2021).

Estas regras também não impedem que o produtor lance uma nova versão do software ou serviço digital e que a comercialize separadamente. Nos termos da lei, o utilizador terá apenas direito à correção de defeitos (incluindo falhas de segurança); o acesso a novas funcionalidades está dependente do que for contratualmente estipulado.[60]

Por outro lado, o fornecedor de conteúdos ou serviços digitais pode alterá-los muito para além do necessário à correção de falhas e defeitos dentro de algumas condicionantes (art. 39.º/1 DL 84/2021).[61] No entanto, se essa alteração tiver um impacto negativo no acesso ou utilização dos conteúdos ou serviços, o consumidor poderá resolver o contrato.[62] Esse direito

a ideia é que mesmo que o consumidor médio contrate "de olhos fechados" não deve ser surpreendido com a ausência de atualizações.

[59] Kalamees, Piia, 'Goods with Digital Elements and the Seller's Updating Obligation' JIPITEC (2021) p. 131: "The aim of the provisions regarding updating is to keep smart goods in conformity for a certain period of time and not just at the moment of the delivery of the goods.".

[60] Sendo que em serviços *cloud* (especialmente *SaaS* e *PaaS*), habitualmente vendidos em modelo de subscrição, o utilizador tende a ter direito a receber sempre a última versão.

[61] Beale, Hugh, *ob. cit.*, p. 102 sugere que a junção de novas funcionalidades (desnecessárias para garantir a conformidade) com a correção de falhas ou erros sem dar ao consumidor a possibilidade de optar apenas pela correção poderá constituir uma prática comercial desleal. Cremo que essa interpretação é porventura demasiado radical. Uma única atualização (ao invés de um "menu" de atualizações a ser configurado pelo utilizador) garante maior conforto aos consumidores.

[62] Esse conceito tem que ser habilmente interpretado – não basta um incómodo como a alteração da interface gráfica para um design de que o utilizador gosta menos. Nesse sentido Beale, Hugh, *ob. cit.*, p. 102 fala em "more than a minor negative impact". O legislador

de resolução não estará disponível se o fornecedor não obrigar o utilizador à atualização, permitindo ao consumidor sem custos adicionais e em conformidade (sem falhas de segurança ou perdas de funcionalidade) manter a versão anterior (art. 39.º/6 DL 84/2021). Apesar da colocação sistemática deste artigo cremos que esta solução também se aplicará plenamente à componente digital de bens físicos, ou seja, a dispositivos de IoT.

Outro problema, assinalado por Hugh Beale,[63] é o impacto sistemático de uma atualização: quando a atualização do software ou conteúdo digital afeta o funcionamento de outros sistemas, aplicações ou componentes que não aquele que é fornecido. Entende-se que estas situações não estão diretamente abrangidas pelo DL 84/2021, devendo ser analisadas no quadro geral da responsabilidade civil (em especial na perspetiva dos deveres acessórios).

Além disso, também não é claro como enquadrar as situações em que o fornecedor de conteúdo ou serviços digitais pode tornar um bem inutilizável deixando de fornecer esse conteúdo ou serviços (*digital brick*). [64] Peter Rott sustenta que não é possível prever contratualmente esse tipo de atuação do fornecedor.[65] Em contrapartida, não cremos que a exceção de não cumprimento (traduzida na suspensão do fornecimento de bens ou serviços digitais) seja sempre abusiva ou desproporcional e também nos parece admissível que a inutilização do aparelho por falta de conteúdo ou serviços digitais seja um resultado decorrente do fim do contrato, desde que tal tenha sido previa e claramente comunicado ao comprador.

2.3. Segurança

Muitos dos aparelhos de IoT apresentam falhas graves de segurança, expondo a rede e os seus utilizadores a variados riscos.[66] Alguns dos aparelhos de IoT serão simultaneamente brinquedos, veículos ou dispositivos

português contempla este limite de outra forma dizendo que o direito de resolver está disponível "*exceto quando tal se revele desproporcionado*" (art. 39.º/2 *in fine*) e no art. 39.º/4 aponta critérios para a determinação da medida e extensão do impacto negativo. Esta interpretação alinha-se com o disposto no art. 15.º/6 DL 84/2021 que exclui o direito de resolução do consumidor quando a falta de conformidade seja mínima.

[63] *Ob. cit.*, p. 104.

[64] Rott, Peter, *ob. cit.*, p.163: "A digital brick allows the seller to switch a digital device off remotely, for example, to enforce an (alleged) claim against the consumer.".

[65] Rott, Peter, *ob. e loc. cit.*

[66] Nappinai, N.S., 'Dark Side of IoT: An Overview of the current key dangers and procedural hazards concerning the Internet of Things (IoT)' CRi (2017) pp. 39-45.

médicos e, por isso, sujeitos a regras reforçadas de homologação e garantias de segurança.[67]

Tem sido apontada a necessidade de um regime regulatório geral com esse figurino ou pelo menos a adoção de medidas de certificação mais robustas para os aparelhos da IoT.[68] Em qualquer caso, atualmente estes não existem num vácuo encontrando-se sujeitos ao regime do DL n.º 69/2005, de 17 de Março, que impõem ao produtor uma obrigação geral de segurança.

Além disso, na medida em que estes aparelhos processem dados pessoais há obrigações de segurança do tratamento impostas pelo RGPD (arts. 25.º e 32.º), cuja violação pode implicar responsabilidade civil e contraordenacional.[69]

2.4. Pagamento com dados

A Diretiva 2019/770, correspondente ao Capítulo III do DL 84/2021, veio prever que o consumidor "pague com dados pessoais"[70], fazendo jus à

[67] As noções de brinquedo ("quaisquer produtos concebidos ou destinados, exclusivamente ou não, a ser utilizados para fins lúdicos por crianças de idade inferior a 14 anos" – art. 2.º/1 DL 43/2011, de 24 de Março) e de dispositivos médicos (art. 2.º do Regulamento (UE) 2017/745 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 5 de abril de 2017) são particularmente amplas. Sobre as exigências de segurança nos veículos veja-se o Regulamento (UE) 2019/2144 do Parlamento Europeu e do Conselho de 27 de novembro de 2019.

[68] Veja-se Ziegler, Sébastien(ed), *Internet of Things...cit.* e Amato, Cristina, *ob. cit.*, pp. 194-195.

[69] Sobre a dificuldade de implementação das medidas técnicas e organizativas de segurança por parte dos responsáveis e subcontratantes: Hessel, Stefan / Reusch, Philipp, 'Legal requirements for IoT security in Europe: current state and outlook', Technology Law Committee Publications, International Bar Association, (https://www.ibanet.org/article/76DE516B-CAFD-4596-B354-9A2E14F2EEC4). Acrescente-se ainda que a responsabilidade contraordenacional não decorre apenas do RGPD, caso esteja em causa o cumprimento de medidas de segurança no âmbito dos dados pessoais, mas também da Lei 46/2018, de 13 de Agosto (transpõe a Diretiva UE 2016/1148, de 16 de Julho) que estabelece o regime jurídico da segurança do ciberespaço impondo obrigações de segurança designadamente aos produtores e prestadores de serviços digitais. Nos termos deste diploma, infrações muito graves são suscetíveis de serem punidas com coimas de (euro) 5000 a (euro) 25 000, tratando-se de uma pessoa singular, e de (euro) 10 000 a (euro) 50 000, no caso de se tratar de uma pessoa coletiva. Para uma visão crítica sobre o quadro regulatório nos EUA em relação a esta matéria *vide* Elvy, Stacy-Ann, *A Commercial...cit.*, pp. 80 e ss. Em geral, falhas de segurança serão também defeitos da coisa adquirida.

[70] O fornecimento de um bem ou serviço para consumo em que os dados pessoais funcionam como contraprestação não se confunde com a oferta (gratuita) de bens ou serviços ao consumido. Na primeira hipótese, em caso de falta de conformidade do bem ou serviço, seguir-se-á o DL 84/2021) No segundo caso, e sem prejuízo de outros diplomas que possam

repetida máxima "se é grátis, o consumidor é o produto.".[71] Esta hipótese, em que o profissional presta conteúdos ou serviços digitais em troca de dados pessoais (art. 3.º/3/b) DL 84/2021) levanta algumas dificuldades de compatibilização com o RGPD.[72]

Visto que o que se pretende é utilizar os dados para outras finalidades que não a execução do contrato (geralmente publicitárias)[73] parece que o único fundamento de licitude possível será o consentimento do titular dos dados (art. 6.º/1/a) RGPD).[74] Ora, as condições exigidas para a validade

ser aplicáveis: a) em caso de falta de conformidade do bem, seguem-se as regras gerais da doação (940.ºss do CC). b) se verificada a falta de conformidade de um serviço, estamos perante um contrato de prestação de serviços gratuito seguindo-se a modalidade do contrato que lhe for aplicável. Refira-se que é vulgar aparecerem termos contratuais assim como comunicações publicitárias pouco transparentes, se não mesmo, enganosas invocando uma "falsa" gratuitidade do serviço. Esta realidade é especialmente comum online. O legislador tem vindo a preocupar-se cada vez mais com a veracidade, lealdade e transparência das informações apresentadas pelo profissional. Veja-se, a título demonstrativo, o art. 8.º, al. z) do DL 57/2008, o art. 21.º, al c) do DL 7/2004, os arts. 4.º, 5.º e 33.º do DL 24/2014 ou mesmo os arts. 5.º/1/e) e 12.º do RGPD.

[71] Drexl, Josef, 'Connected...*cit.*, p. 478: "We no longer only buy and use a physical product. We also become data providers who actively contribute to the generation of data...". Cfr. também Carvalho, Jorge Morais, *Manual...cit.*, p., 62 dando nota da necessidade de tratar esses contratos como onerosos. Sobre o tema *vide* Metzger, Axel 'Data as Counter-Performance: What Rights and Duties do Parties Have?' JIPITEC (2017) pp. 1-8; DIX, Alexander, 'Daten als Bezahlung' Zeitschrift für europäisches Privatrecht (2017) pp. 1-5. Lohsse, Sebastian / Schulze, Reiner / Staudenmayer, Dirk (eds.), *Data as counter-performance-contract law 2.0?*, Nomos, Baden-Baden, 2020.

[72] Carvalho, Jorge Morais, *Manual...cit.*, p. 63 e Vanherpe, Jozefien, *ob. cit.*, pp. 256-257. Deve entender-se que este regime também é aplicável aos bens com conteúdo digital (apesar de a referência ao "pagamento com dados" só constar da Diretiva 2019/770 não vemos motivos para não o aplicar neste contexto – o bem pode ser entregue "gratuitamente" precisamente para facilitar a recolha de dados).

[73] Mas não só – sobre a partilha de dados no contexto dos serviços de pagamento veja-se Porto, Fabiana Di / Ghidini, Gustavo, "I Access Your Data, You Access Mine": Requiring Data Reciprocity in Payment Services' IIC 51 (2020) pp. 307-329.

[74] Explicando a dificuldade de definir a fronteira entre processamendo de dados como uma necessidade contratual e como contraprestação cfr Wiedemann, Klaus, 'A Matter of Choice: The German Federal Supreme Court's Interim Decision in the Abuse-of-Dominance Proceedings Bundeskartellamt v. Facebook (Case KVR 69/19)', IIC 51 (2020) pp. 1168-1181 (focando a análise na conciliação do RGPD com a Diretiva 2019/770 a propósito de um caso de abuso de posição dominante dos dados coletados pelo Facebook "*On-Facebook*" e "*Off--Facebook*").

do consentimento, enunciadas no art. 7.º RGPD, são particularmente exigentes.[75] Por outro lado, o consentimento é revogável a todo tempo.

Não está claro o que é que acontece ao contrato do consumidor que pretende retirar o consentimento fornecido para tratamento de dados pessoais, destruindo assim o "preço" pago. Não parece lógico que a revogação do consentimento implique sempre a resolução do contrato, especialmente quando o fornecedor já pôde fazer uso desses dados, nomeadamente para fins publicitários.

Além disso, exige-se que o consentimento seja livre, dispondo o art. 7.º/4 do RGPD: "*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 para a execução desse contrato*.". Poder-se-á discutir se o conceito de liberdade do consentimento fica posto em causa quando falamos de dados como contraprestação e se esta norma obsta à aplicação do art. 81.º/2 do Código Civil que prevê a responsabilidade civil (por factos lícitos) pelos danos causados com a revogação de uma limitação voluntária de direitos de personalidade.

A este propósito, também podemos questionar se o legislador português não deveria ter incluído expressamente o cumprimento das regras do RGPD na listagem dos requisitos objetivos de conformidade (arts. 7.º e 29.º do DL 84/2021). É sabido que o consumidor enquanto titular de dados goza de uma dupla proteção conferida pelo DL 84/2021 e pelo RGPD.[76] Contudo, o simples incumprimento do RGPD por parte do profissional não permite ao consumidor acionar os direitos conferidos pelo DL 84/2021. Incluir este requisito adicional teria permitido que, perante qualquer violação do RGPD, existisse a presunção de falta de conformidade do bem ou serviço. Assim, caso um profissional utilizasse dados pessoais como forma de pagamento sem o consentimento do consumidor, essa utilização legiti-

[75] Ao contrário do que acontece nos EUA, o legislador europeu entende que só em condições muitos restritivas é que é possível ter um consentimento válido. Muito crítica do paradigma norte-americano (designando "notice and choice") cf. Elvy, Stacy-Ann, *A Commercial...cit.*, pp. 119 e ss.

[76] V.g. no caso do profissional que induz os seus clientes em erro e nos seus termos e condições qualifica o seu serviço como gratuito, não o sendo, sem referência ao tratamento de dados como contraprestação. Isto porque a falta de transparência e de correspondência das declarações do profissional com o bem ou serviço contratado estão previstas no artigo 6.º/a) do DL 84/2021.

maria o consumidor e titular dos dados a exercer os direitos conferidos pelo DL 84/2021. Desse modo conseguiríamos uma proteção reforçada resultante da conciliação entre o DL 84/2021 e o RGPD.[77]

2.5. Dados não pessoais e obrigações do profissional em caso de resolução

O art. 36.º/3 do DL 84/2021 dispõe que, perante a resolução do contrato de fornecimento de conteúdos digitais, o profissional tem que se abster de "*utilizar quaisquer conteúdos, que não configurem dados pessoais, facultados ou criados pelo consumidor aquando da utilização dos conteúdos ou serviços digitais fornecidos pelo profissional*". Por estar inserido no Capítulo III, aparentemente não se aplicaria aos bens interligados ou incorporados a conteúdos ou serviços digitais. No entanto, não vemos razão para que esta disposição não se estenda aos conteúdos facultados ou criados pelo consumidor quando o consumidor tenha resolvido um contrato relativo a um bem que necessite de conteúdos e serviços digitais para desempenhar as suas funções (Capítulo II do DL 84/2021).

Mas não se trata de um problema exclusivo do DL 84/2021. Esta omissão decorre da própria Diretiva 2019/771, visto que também não faz menção ao dever de abstenção do profissional quanto à utilização dos dados não pessoais em caso de resolução do contrato de compra e venda de um bem digital. À luz da ausência de proteção absoluta dos dados não pessoais (veja-se *infra* **3.**) parece-nos que existe uma lacuna (teleológica patente), passível de deixar parcialmente desprotegido aquele consumidor que adquira um bem com conteúdo digital e que o venha a devolver.

2.6. Contratação automatizada

Na medida em que alguns aparelhos de IoT estarão pré-programados para fazerem encomendas ou servirão de instrumentos para que o seu utilizador celebre um contrato (por exemplo o, entretanto descontinuado, Amazon Dash, um pequeno aparelho que permitia acrescentar produtos à lista de compras digital ou compras feitas por assistentes virtuais como Alexa, Siri ou Cortana). Este tipo de contratação não é propriamente novo. Os sistemas de *EDI (electronic data interchange*) existem desde os anos 70 e representam uma fatia muito considerável das transações comerciais,

[77] Em sentido próximo veja-se Vanherpe, Jozefien, *ob. cit.*, p. 260.

permitindo a poupança de tempo e custos com a produção de documentos, gestão de cadeias de abastecimento e logística.[78]

O legislador português regulou no art. 33.º da Lei do Comércio Electrónico (DL 7/2004, de 7 de Janeiro) a "*contratação celebrada exclusivamente por meio de computadores, sem intervenção humana*". A regulação é feita por equiparação, aplicando-se as disposições sobre erro na formação da vontade, se houver erro de programação, na declaração, se houver defeito de funcionamento da máquina e na transmissão, se a mensagem chegar deformada ao seu destino.[79] Esta disciplina geral será também aplicável no caso da IoT.[80] Se ocorrerem erros na interpretação das instruções do utilizador, levando à encomenda do bem ou serviço errado ou em quantidades diferentes das pretendidas, o utilizador poderá invocar erro na declaração. Porém, o art. 247.º do Código Civil só permite anular um contrato por erro na declaração quando o declaratário conhecesse ou não devesse ignorar a essencialidade para o declarante do elemento sobre o que incidiu erro. No caso dos consu-

[78] A par de EDI (em sentido estrito) outra tecnologia que permite gerar documentos legíveis simultaneamente por seres humanos e por agentes de software é XML (extensive markup language). Neste blog afirma-se "In 2019, EDI and XML accounted for approximately 88%-95% of all B2B transactional volumes." – https://www.cleo.com/blog/knowledge-base-edi-integration A veracidade desta estatística é de difícil comprovação. No entanto, a importância desta forma de contratação é inegável. Como sublinha Asensio, Pedro Miguel, *Derecho Privado de Internet*, Civitas, Madrid, 2015, pp. 882-883, neste tipo de contratação a adoção de normas técnicas e standards, assim como a utilização de meios de autenticação/certificação (máxime assinaturas digitais) é essencial. Na verdade, existem já vários standards em matéria de EDI e mesmo uma minuta: o «Acordo tipo EDI europeu», aprovado pela Recomendação n.º 1994/820/CE, da Comissão Europeia, de 19 de outubro.

[79] Sobre o tema cfr. Andrade, Francisco Pacheco, 'A celebração de contratos por EDI – Intercâmbito Electrónico de Dados' in AAVV, Estudos em Comemoração do Décimo Aniversário da Licenciatura em Direito da Universidade do Minho (Almedina 2004) pp. 297-338 Silva, Paula Costa, 'A contratação automatizada' in AAVV, *Direito da Sociedade da Informação*, vol. IV (Coimbra Ed. 2003) pp. 289-305; e, anterior à Lei do Comércio Eletrónico, Silva, Paula Costa e, 'Transferência Electrónica de Dados: A Formação dos Contratos' in AAVV, *Direito da Sociedade de Informação*, vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 1999, pp. 201-228. Mais amplamente sobre o tema *vide* Sartor, Giovanni, 'Cognitive automata and the law: electronic contracting and the intentionality of software agents' Artificial Intellegence and the Law 17(2009) pp. 253-290.

[80] Sendo que neste domínio será menos comum a celebração de um contrato autónomo de intercâmbio (típico aquando do estabelecimento de sistemas EDI em relações comerciais) e mais provável que essas regras constem das condições gerais de fornecimento ou prestação de serviço, sujeitas a um controlo mais apertado pelo regime das cláusulas contratuais gerais (DL 446/85, de 25 de Outubro).

midores a necessidade de invocar o regime do erro será menor na medida em que muitas das compras estarão abrangidas pelo direito de livre resolução previsto no arts. 10.º a 17.º do DL 24/2014.[81]

3. Dados

Um recurso particularmente valioso e sensível na ecologia da IoT são os dados. A Comissão Europeia tem-se empenhado em construir um mercado europeu de dados.[82]

3.1. Titularidade e apropriação

É habitual falar-se em titularidade (ou mesmo propriedade de dados).[83] Essas noções têm que ser habilmente entendidas. Apesar de estes serem frequentemente objeto de negócios jurídicos,[84] muitos dos dados não

[81] Sobre este cfr. Carvalho, Jorge Morais, Manual...cit., pp. 243 e ss. A este propósito refira-se que nem todo o DL 24/2014 é aplicável aos *smart contracts* celebrados com consumidores. Seguindo a lógica de Savelyev, os *smart contracts* não têm enquadramento nos artigos 22.ºss do DL 24/2014. Segundo este autor há uma clara distinção entre venda automática (*vending machines*) e contratação automatizada (*smart contracts*). No primeiro caso existe apenas uma automatização da execução do contrato de uma das partes. Já no segundo caso existe uma automatização do processo de celebração do contrato bem como uma automatização da execução do contrato de ambas as partes: "*Old-school vending machines automate performance only of one party, requiring at least some personal involvement on the other side (e.g. coin insertion or application of a banking card). When both parties' performance can be fully automated it creates a new quality of the contract, even triggering a question, whether there is still a contract in a legal sense and not some other kind of phenomena.*" (Savelyev, Alexander, '*Contract Law 2.0: «Smart» contracts as the beginning of the end of classic contract law*', Basic Research Program Working Papers Series: Law Wp BRP 71/LAW/2016, in https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2885241).

[82] Vide Comunicação da Comissão «Construir Uma Economia Europeia Dos Dados» (COM(2017) 9 final) e Comunicação da Comissão "Uma estratégia europeia para os dados" (COM(2020) 66 final). Nesta última alude-se à apresentação da proposta de um "Data Act" com o objetivo de promover a livre circulação e o acesso a dados. Essa iniciativa estava prevista para o último trimestre de 2021 (veja-se https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/13045-Data-Act-&-amended-rules-on-the-legal-protection-of-databases_en).

[83] Strowel, Alain, 'Big data and data appropriation in the EU' in Tanya Aplin (ed.), *Research Handbook on...cit.*, p. 107 e ss. Sobre este tema em profundidade cf. Bräutigam, Peter / Kraul, Torsten, *ob. cit.*, p. 155 e ss.

[84] Os chamados *data licensing agreements*. Para um exemplo veja-se https://waymo.com/intl/en_us/dataset-download-terms/.

gozam de qualquer exclusivo (a não ser factual, resultando da sua detenção).[85] Além disso, os dados não são todos iguais.

Podemos distinguir dados pessoais (relativos a pessoa singular identificada ou identificável) de dados não pessoais (incluindo dados financeiros, industriais e científicos)[86], dados públicos (acessíveis em geral) de dados privados, de acesso restrito e, dentro destes últimos, dados secretos.[87]

3.1.1. Direito do fabricante de bases de dados

Alguns dados podem, se apresentarem determinadas características, ser abrangidos por direitos de propriedade intelectual, avultando entre estes o direito *sui generis* do fabricante de bases de dados.

Este direito conexo, que só existe na União Europeia,[88] é atribuído ao produtor de base de dados que tenha feito um investimento substancial em termos qualitativos ou quantitativos na "*obtenção, verificação ou apresentação do conteúdo de uma base de dados*" (art. 12.º/2 DL 122/2000). O objetivo é proteger o investimento, dando ao produtor a possibilidade de proibir a extração e a reutilização da totalidade ou de uma parte substancial (aferida do ponto de vista qualitativo, ou seja, a parte mais importante em termos de investimento, ou quantitativo, isto é, tendo em conta a totalidade dos dados[89])

[85] Strowel, Alain, *ob. cit.*, p. 108: "There is no such thing as a property on data (what can be called 'data ownership'), but several existing property rights organize the use of data and allow for data appropriation...". Também Kop, Mauritz, 'Machine learning and EU data-sharing practices: Legal aspects of machine learning training datasets for AI systems' in Roland Vogl (ed.), *Research Handbook on Big Data Law*, Edward Elgar, Cheltenham, 2021, p. 432: "Legal ownership of data does not yet exist".

[86] Muitas vezes os dados são anonimizados, isto é, são-lhes retiradas as informações que os ligavam a uma pessoa singular identificável.

[87] Protegidos pelo regime dos segredos comerciais se forem objeto de medidas de proteção e apresentarem valor económico derivado do secretismo. Para uma apresentação crítica do regime português de segredos de negócio veja-se Silva, Nuno Sousa e, 'A nova disciplina dos segredos de negócio: análise e sugestões' RDI 1/2019 pp. 49-81.

[88] Resulta da Directiva 96/9/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de Março de 1996, relativa à protecção jurídica das bases de dados. A sua aplicação está dependente de critérios de nacionalidade e reciprocidade (veja-se o art. 11.º da Directiva), o que significa que habitualmente não está disponível para nacionais e empresas norte-americanas. Sobre o regime veja-se, com adicionais referências, Synodinou, Tatiana Eleni, 'Database producer protection: between rights and liabilites' in Aplin, Tanya (ed), *Research Handbook on...cit.*, pp. 81 e ss.

[89] C-203/02, *BHB v William Hill* (EU:C:2004:695), §71: "*O conceito de parte substancial, avaliada em termos qualitativos, do conteúdo da base de dados refere-se à importância do investimento ligado à*

do seu conteúdo.[90] Este direito tem uma duração de 15 anos (art. 16.º DL 122/2000) mas pode ser infinitamente renovado com cada investimento substancial que seja feito na atualização ou verificação dos elementos que compõem a base de dados (art. 17.º DL 122/2000).[91]

Base de dados é definida como "a colectânea de obras, dados ou outros elementos independentes, dispostos de modo sistemático ou metódico e susceptíveis de acesso individual por meios electrónicos ou outros." (art. 1.º/2 DL 122/2000). Trata-se de um conceito com "...um alcance amplo, livre de considerações de ordem formal, técnica ou material.".[92]

No entanto, só se protegem bases de dados em que tenha havido investimento e, como esclarecido pela jurisprudência europeia, o único investimento relevante para aceder à proteção é aquele que é dirigido especifica-

obtenção, à verificação ou à apresentação do conteúdo do objecto do acto de extracção e/ou de reutilização, independentemente da questão de saber se este objecto representa uma parte quantitativamente substancial do conteúdo geral da base de dados protegida. Uma parte quantitativamente negligenciável do conteúdo de uma base de dados pode, com efeito, representar, em termos de obtenção, de verificação ou de apresentação, um importante investimento humano, técnico ou financeiro.".

[90] O conceito de extracção e de reutilização é definido de forma ampla. No caso C-304/07, *Directmedia Publishing* (EU:C:2008:552), o Tribunal confirmou que "o *conceito de «extracção»* (...) *deve ser entendido no sentido de que visa qualquer acto não autorizado de apropriação de todo ou de parte do conteúdo de uma base de dados*" (§34), incluindo a extracção não substancial que cumulativamente atinja um valor substancial, mesmo quando feita sem recurso a meios técnicos (§60). No caso C-202/12, *Innoweb* (EU:C:2013:850), também ficou claro que o conceito de reutilização é configurado como "*...referindo-se a qualquer ato que consista na colocação à disposição do público, sem o consentimento da pessoa que criou a base de dados, dos resultados do seu investimento, privando-a, assim, dos rendimentos que se considera permitirem-lhe amortizar o custo desse investimento* (...). *O referido conceito abrange, portanto, qualquer ato não autorizado de difusão ao público do conteúdo de uma base de dados protegida ou de uma parte substancial desse conteúdo* (...). *A natureza e a forma do procedimento utilizado são desprovidas de pertinência para este efeito*" (§37). Assim, o envio "*através do seu servidor web, para o computador de outra pessoa, e a pedido desta, dados previamente extraídos do conteúdo de uma base de dados protegida pelo direito sui generis*" (C-173/11, *Football Dataco II* (EU:C:2012:642), §21.) bem como "*...a colocação online de um metamotor de busca dedicado*, (...) *pelo seu explorador, que se destina a que os utilizadores finais aí introduzam as suas pesquisas a fim de serem traduzidas no motor de busca de uma base de dados protegida*" (C-173/11, *Football Dataco II*, §21.) foram considerados actos de extracção, logo passíveis de ser controlados pelo titular do direito *sui generis*.

[91] Assinalando este aspeto na crítica feita à Diretiva cfr. Reichman, Jerome H / Samuelson, Pamela, 'Intellectual Property Rights in Data?' Vanderbilt Law Review 50 (1997) p. 85.

[92] C-444/02, *OPAP (Fixtures)* (EU:C:2004:697), §20. Como indica Synodinou, Tatiana Eleni, *ob. cit.*, pp. 84-85 o conceito abrange, i.a., dicionários, enciclopédias, antologias, mapas, resultados de partidas desportivas, multimédia, sites, jornais e revistas, tabelas, motores de busca, panfletos e compilações.

mente à produção da base de dados. [93] Não deve ser tido em conta aquele investimento que, apesar de ser relacionado com a atividade em que a base de dados surge (v.g. a organização de uma corrida, de viagens de comboio ou de jogos de futebol), não diz diretamente respeito à obtenção, verificação ou apresentação desses dados.[94] Esta limitação exclui uma parte muito relevante dos dados produzidos no contexto da IoT.[95]

3.1.2. Faz sentido consagrar um direito conexo sobre dados?

Tendo em conta a limitada abrangência do direito do fabricante de base de dados[96] têm surgido propostas de estabelecer um novo direito de exclusivo sobre dados industriais e/ou *big data*.[97] Os proponentes argumentam que a alocação de direitos neste domínio permitirá resolver conflitos mais facilmente e criar um mercado, favorecendo as trocas.[98] De facto, no atual quadro de direito positivo português e europeu não existe nenhum direito de propriedade intelectual que permita apropriar estes resultados[99] e a legislação relativa a dados pessoais raramente será aplicada a resultados industriais.[100]

[93] C-203/02, *BHB v William Hill*; C-46/02, *Oy Veikkaus (Fixtures* (EU:C:2004:694); C-338/02, *Svenska Spel (Fixtures)* (EU:C:2004:696); C-444/02, *OPAP (Fixtures)*.

[94] C-203/02, *BHB v William Hill*, §30-42. Para uma confirmação desta abordagem cfr. C-604/10, *Football Dataco (Yahoo)* (EU:C:2012:115), §28 (sublinhando que esta conclusão não afeta a possibilidade de a base de dados gozar de direitos de autor).

[95] Paradoxalmente a exclusão de proteção pelo direito *sui generis* aumenta a liberdade contratual das partes. Enquanto as bases de dados protegidas têm um regime legal imperativo de "direitos de utilização livre", as bases de dados não protegidas não, podendo as partes definir restrições de uso livremente (entendimento confirmado no acórdão C-30/14, *Ryanair* (EU:C:2015:10). Crítica desta jurisprudência veja-se Synodinou, Tatiana Eleni, *ob. cit.*, pp. 99-100).

[96] Em sentido diferente cfr. Leistner, Matthias, 'Protection of and Access to Data under European Law' in AAVV, *Artificial Intelligence and Intellecual Property*, Oxford University Press, Oxford, 2021, p. 387: "...the database right might be more relevant than generally thought for both the protection and the access aspects of big data use case scenarios.".

[97] *Vide* Wiebe, Andreas, *ob. cit.*, pp. 877-884; Zech, Herbert, 'Daten als Wirtschaftsgut – Überlegungen zu einem „Recht des Datenerzeugers"' CR (2015) pp. 137-146 e Kerber, Wolfgang, 'A New (Intellectual) Property Right for Non-Personal Data? An Economic Analysis' GRUR Int (2016) pp. 989-998. Sobre os direitos conexos, com adicionais indicações, veja-se Silva, Nuno Sousa e, 'Direitos conexos (ao direito de autor)' ROA (2016) pp 335-445.

[98] Zech, Herbert 'Daten als Wirtschaftsgut...cit., p. 137. Para uma exposição critica deste fundamento cfr. Kerber, Wolfgang, *ob. cit.*, pp. 993-996.

[99] Wiebe, Andreas, *ob. cit.*, p. 881.

[100] Wiebe, Andreas, *ob. cit.*, p. 880.

Na doutrina nacional Henrique Sousa Antunes,[101] propôs, *de iure condendo*, a consagração de proteção absoluta para "a contribuição duradoura efetuada pelos utilizadores da internet ou da *Internet das Coisas*" visto que "a sua atividade é geradora de riqueza" e antecipa que "o pagamento da produção de dados venha a ser realizado, de forma transparente a uma entidade coletiva, de natureza pública ou privada". Não vemos fundamento para esta consagração, que se revelaria altamente restritiva da livre concorrência, e colocaria dificuldades práticas, desde logo na identificação e delimitação do objeto de proteção.[102]

Há vários obstáculos que se colocam à consagração de um direito sobre dados. A um nível fundamental apela-se ao princípio geral da liberdade de ideias e de informação e à excecionalidade dos direitos exclusivos (sujeitos a um princípio de tipicidade/*numerus clausus*).[103] Neste sentido, a generalidade dos autores salienta que não existe uma justificação económica para a concessão destes direitos.[104] Por outro lado, a consagração de um direito desta natureza levantaria inúmeros problemas, designadamente conflitos de titularidade em caso de sobreposições de proteção,[105] problemas de direito da concorrência[106] e de incerteza jurídica. Por isso, a conclusão tem sido que não se justifica consagrar um direito sobre dados.[107]

[101] 'Os dados: entre a protecção e a comercialização' in AAVV, *Católica Talks: Direito e Tecnologia*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2021, pp. 62-64.

[102] Heymann, Thomas, ‚Rechte an Daten: Warum Daten keiner eigentumsrechtlichen Logik folgen', CR 10/2016, pp. 650-657 e Determann, Lothar, ‚No One Owns Data' Hastings Law Journal 70 (2018) pp. 1-43. No mesmo sentido *vide* ainda Kerber, Wolfgang, *ob. cit.*, p. 997; Wiebe, Andreas, *ob. cit.*, pp. 881-883; Josef Drexl et al, *ob. cit.*, p. 3.

[103] Discutindo este princípio cfr. Silva, Nuno Sousa e, *Concorrência Desleal e Propriedade Intelectual: Os Atos de Aproveitamento*, Almedina, Coimbra, 2020, p. 385 e ss.

[104] Josef Drexl et al, 'Data Ownership and Acces to Data: Position Statement of the Max Planck Institute for Innovation and Competition of 16 August 2016 on the current european debate' (2016) disponível em https://ssrn.com/abstract=2833165. Kerber, Wolfgang, *ob.cit.*, pp. 989-998 concluindo que não há um problema de incentivos que justifique a atribuição de um exclusivo. O Autor salienta que o problema é precisamente o inverso: garantir o acesso a dados dessa natureza.

[105] Wiebe, Andreas, *ob. cit.*, p. 881. Para uma análise desses problemas num contexto mais "tradicional" cfr. Silva, Nuno Sousa e, *The Ownership Problems of Overlaps in European Intellectual Property Law*, Nomos, Baden Baden, 2014.

[106] Kerber, Wolfgang, *ob. cit.*, p. 996. Josef Drexl et al, *ob. cit.*, pp. 2-3.

[107] Gärtner, Anette /Brimsted, Kate, *ob. cit.*, p. 466: "The case for a new data property right therefore appears as yet unproven.".

Na verdade, as intervenções legislativas mais recentes têm ido no sentido contrário, tendo sido aprovado o Regulamento (UE) 2018/1807, de 14 de Novembro de 2018 relativo a um regime para o livre fluxo de dados não pessoais na União Europeia. Este Regulamento estabelece o princípio de livre circulação de dados não pessoais, o que implica a abolição de quaisquer requisitos de localização de dados dentro da EU e a sua livre portabilidade (alinhando, quanto a isso, o regime dos dados não pessoais com o dos dados pessoais).[108] A proposta de Regulamento de Governação dos dados (COM(2020) 767 final) também está voaccionada para promover o livre acesso e utilização de dados na posse de organismos do setor público, assim como a Diretiva 2019/1024, de 20 de junho de 2019 relativa aos dados abertos e à reutilização de informações do setor público. Além disso, espera-se que a Diretiva 96/9/CE venha a sofrer alterações em breve com vista a facilitar o acesso a dados.[109]

3.2. Prospeção de dados (*data mining*) e Propriedade Intelectual

Apesar do que se disse, alguns dos dados no contexto da IoT (e não só) serão protegidos por direito de autor e/ou direitos conexos.[110] Ora, as atividades de prospeção de dados (*data mining*), legalmente definida como "*qualquer técnica de análise automática destinada à análise de textos e dados em formato digital, a fim de produzir informações, tais como padrões, tendências e correlações, entre outro*" (art. 2.º/2 Directiva 2019/790) implicam com frequência a reprodução de obras protegidas e/ou a interferência com bases de dados protegidas pelo direito *sui generis* do fabricante de dados (envolvendo atos de extração e reutilização).[111] A utilização deste tipo de técnicas implicará frequentemente uma violação de direitos exclusivos.[112]

[108] Strowel, Alain, *ob. cit.*, p. 125, assinalando que se consagra uma visão liberal do mercado, procurando promover a concorrência.

[109] Leistner, Matthias, *ob. cit.*, p. 384.

[110] Sobel, Benjamin, 'A Taxonomy of Training Data' in AAVV, *Artificial Intelligence and Intellecual...cit.*, p. 224: "Minimally creative emails or chat messages are copyrightable literary works, and it is these messages that train state-of-the-art text-generation AI". O Autor, nas pp. 228 e ss., propõe quatro categorias de *training data*: 1) uncopyrightable, 2) licensed; 3) market-encroaching uses of copyrigh-protected training data e 4) non-market-encroaching uses of copyrigh-protected training data.

[111] Rognstad, Ole-Andreas / Poort, Joost, "The Right to Reasonable Exploitation Concretized: An Incentive Based Approach", in P. Bernt Hugenholtz (ed), *Copyright Reconstructed: Rethinking Copyright's Economic Rights in a Time of Highly Dynamic Technological and Economic Change*, Wolter Kluwer, Alphen aan den Rijn, 2018, p. 155. Sobre a Diretiva 2019/790 veja-

Para resolver este problema, a Diretiva 2019/790 veio prever, no art. 3.º, uma utilização livre obrigatória (isto é, que tem que ser consagrada na legislação nacional) *para fins de investigação científica* permitindo a extração, reprodução, adaptação, reutilização e conservação de materiais a que tenham acesso legítimo para prospeção de dados. No entanto, além de estar limitada na sua finalidade, esta previsão só funciona a favor de organismos de investigação científica ou organismos responsáveis pelo património cultural (definidos, respetivamente nos arts. 2.º/1 e 2.º/3 Dir. 2019/790). Além disso, impõe-se que os beneficiários armazenem as cópias efetuadas neste contexto com um nível de segurança adequado, podendo ser conservadas para fins de investigação científica, incluindo para a verificação dos resultados da investigação (art. 3.º/2 Dir. 2019/790). Por outro lado, admite-se que os titulares de direitos apliquem "*medidas para assegurar a segurança e a integridade das redes e bases de dados em que as obras ou outro material protegido são acolhidos*", mas estas "*não podem exceder o necessário para alcançar esse objetivo*." (art. 3.º/3 Dir. 2019/790).

Por outro lado, estabelece-se no art. 4.º da Dir. 2019/790 uma licença presumida de âmbito mais geral, abrangendo as reproduções e as extrações de obras e de outro material protegido legalmente acessíveis para fins de prospeção de textos e dados, independentemente do contexto em que essa atividade tiver lugar. Trata-se de uma licença presumida uma vez que se admite essa utilização (para fins de *data mining*) "*desde que os direitos não sejam reservados a favor de quem disponibiliza os materiais*" (art. 4.º/3 Dir.).[113] As duas previsões são aplicáveis à reprodução em matéria de direitos de autor e direitos conexos, ao direito do fabricante de bases de dados e ainda ao novo direito conexo sobre publicações de imprensa (art. 15.º Dir.

-se, com adicionais referências, Silva, Nuno Sousa e, 'Subsídios para a transposição da Diretiva 2019/790' RDI 1/2020 pp. 245-272.

[112] Considerandos 11 e 19 Dir. Fazendo essa análise em detalhe cfr. Geiger, Christophe / Frosio, Giancarlo / Bulayenko, Oleksandr, "Text and Data Mining: Articles 3 and 4 of the Directive 2019/790/EU" in Concepción Saiz García / Raquel Evangelio Llorca (eds.), *Propiedad intelectual y mercado único digital europeo,* Tirant lo blanch, Valencia, 2019, pp. 30-45.

[113] De acordo com o considerando 18 da Dir. 2019/790, quando os materiais estejam disponíveis *online* "...a*penas se deverá considerar adequado reservar esses direitos mediante a utilização de meios de leitura ótica, incluindo metadados e condições gerais de um sítio Internet ou de um serviço*". Já "*noutros casos, poderá ser apropriado reservar os direitos por outros meios, seja por acordos contratuais ou por uma declaração unilateral*.".

2019/790). No entanto, quanto a programas de computador parece que apenas será aplicável o art. 4.º Dir. 2019/790 (a licença presumida).

A generalidade da doutrina é crítica, sublinhando que esta abordagem não constitui uma solução adequada visto ter um âmbito obrigatório limitado e admitir a adoção de medidas técnicas de proteção capazes de restringir o acesso a materiais.[114] É duvidoso se os Estados-Membros podem ir além do que aqui se prevê, sendo mais generosos na consagração de utilizações livres, pois é previsível que o TJ entenda que, neste caso, a harmonização é total.

3.3. *Big data* e dados pessoais

Como já foi dito, a IoT implica o processamento de grandes quantidades dados (pessoais e não pessoais) em formato digital. Esta informação é obtida, processada e/ou gerada através de objetos que incorporam tecnologia, estão ligados à internet e que são capazes de comunicar entre si (a chamada comunicação *Machine-to-Machine*).[115] Muitos destes sistemas fazem análise de padrões de atuação através da interação entre o utilizador e um ou mais aparelhos, gerando assim um ativo valioso para a previsão e, nalguns casos, manipulação de comportamentos.[116] O que nos transporta para problemas de segurança, designadamente no que respeita à gestão dos chamados *mixed data sets*, isto é, bases de dados que combinam dados pessoais e não pessoais.[117] Assinala-se que, na medida do possível, os dados devem estar em blocos separados ao invés de coexistirem numa base de dados centra-

[114] Geiger, Christophe / Frosio, Giancarlo / Bulayenko, Oleksandr, *ob. cit.*, pp. 56-64. Na mesma linha Otero, Begoña, "Las excepciones de minería de textos y datos más allá de los derechos de autor: la ordenación privada contraataca" in Concepción Saiz García/Raquel Evangelio Llorca (eds.), *ob. cit.*, pp. 75 e 98.

[115] Vidal, Ángel García, *ob. cit.*, p. 24: "Por lo tanto, no solo las personas contribuímos a la generación de datos masivos, sino también las máquinas, em la ilamada comunicación M2M (o *machine-to-machine*).".

[116] Bolognini, Luca / Ziegler, Sébastien, 'Evolution of Data Protection Norms and Their Impact on the Internet of Things' in Sébastien Ziegler (ed), *Internet of Things Security and Data Protection*, Springer, Cham, 2019, p. 103 "IoT technologies give a great contribution to Big Data by generating huge volumes of data, widely distributed and often unstructured but consistently produced. For these reasons, the Internet of Things and the analysis of Big Data are two issues that inevitably intersect on several aspects.".

[117] Sobre o tema veja-se Rezlauf , Ian , 'EU Framework for Handling Big Datasets Mixed of Personal and Non-personal Data: On the incoherence of the current framework and why legal compliance seems a mission impossible' CRi (2020) pp. 7-13.

lizada e só deverão ser conjugados quando estritamente necessários para a prestação do serviço digital, como por exemplo para o consumidor fazer *log in* na sua conta de utilizador do objeto digital e averiguar a autenticidade de operações.[118] Além disso, o tratamento massivo de dados, quando inclua dados pessoais, dificulta o cumprimento do RGPD, nomeadamente o princípio da minimização do tratamento de dados (cons. 78 e 156 e arts. 5.º/1/c), 25.º e 47.º/1/d) do RGPD).

Muitos dos dispositivos de IoT funcionam com base em processos dedutivos associados a Inteligência Artificial. Deste modo, colocar-se-á a questão de saber se os dados deduzidos a partir da combinação de dados pessoais devem ser considerados dados pessoais protegidos pelo RGPD. Na verdade, as deduções poderem ser erradas ou pouco precisas (não é necessariamente verdade, apenas estatisticamente provável, que um indivíduo chamado Teufel, que compra um *Lebkuchen* na altura do Natal e mora na Alemanha tenha nacionalidade alemã). Por outro lado, nos termos do RGPD a qualificação de um dado como pessoal não depende da veracidade da informação.

Um outro aspeto a considerar resulta do facto de muitos dispositivos de IoT processarem dados biométricos, especialmente aqueles objetos que recorrem a processos de análise comportamental do seu utilizador (arts. 4.º/14 e 9.º/1 do RGPD).[119] Esses aparelhos utilizam tipicamente técnicas de mineração de dados e constroem os chamados perfis biométricos comportamentais.[120]

[118] Leal, Ana Alves, 'Big Data nos Sectores Bancário e Financeiro', in Manuel Lopes Rocha / Rui Soares Pereira (coord.), *Inteligência Artificial & Direito*, Almedina, Coimbra 2020, p. 199 e ss. Cfr. o considerando 10 do Reg. 2018/1807: "*o presente regulamento não impõe a obrigação de armazenar separadamente os diferentes tipos de dados*.".

[119] Apesar de o artigo 9.º/4 do RGPD ter dado liberdade aos Estados Membros para prever condições adicionais relativas aos dados biométricos, a Lei 58/2019, de 8 de Agosto (lei portuguesa de execução do RGPD) não o fez.

[120] Hildebrandt, Mireille, 'Profiling and the rule of law', Identity in the Information Society, vol I (2008), Springer, p. 59: "*Only the third step is what is called data mining in the sense of using mathematical algorithms to locate correlations, clusters, association rules and other patterns. An example of such profiling, using genetic algorithms, is driver fatigue detection (...). This type of profiling is also called behavioural biometric profiling (BBP) and uses a combination of pupil shape, eye movement frequency and yawn frequency to check tiredness of a driver. The data are mined by means of a feed-forward neural network and a back-propagation learning algorithm*.". Na verdade, a existência de sistemas de deteção de fatiga do condutor passará a ser obrigatória a partir de 2022 nos termos do referido Regulamento (UE) 2019/2144.

São dados biométricos aqueles que: a) digam respeito a "*características físicas, fisiológicas ou comportamentais de uma pessoa singular"* (tipo de dados); b) estejam sujeitos a um "*tratamento técnico específico"* (meio de tratamento) e; c) "*permitam ou confirmem a identificação única dessa pessoa singular"* (finalidade).[121] Como sublinha Christopher Kuner[122] deve existir especial preocupação com a segurança do processamento de dados quando esse processamento implique a recolha de uma variedade de dados biométricos que serão usados em conjunto ou combinados com outros dados.

No entanto, nem todos os dados captados através dos comportamentos do utilizador são dados biométricos; aqueles que estiverem anonimizados não são sequer dados pessoais, logo também não são dados biométricos abrangidos pelo RGPD. Por outro lado, não basta a simples análise comportamental, é, também, relevante o meio utilizado para tratar aqueles comportamentos. Ou melhor, o tratamento de dados tem de ter sido efetuado com recurso a técnicas de inscrição/extração da informação, armazenamento para tratamento posterior e comparação de dados[123]. Será esta comparação de dados que habilitará o sistema a identificar um titular, a autenticar ou a categorizar[124] – v.g. tendo como finalidade identificar diferenças na forma como alguém segura o telefone, a rapidez com que navega numa aplicação, a frequência com que pestaneja os olhos, boceja, movimenta a cabeça ou a forma como digita uma password.[125]

O crescente uso de aparelhos de IoT e o aumento do fluxo de dados biométricos estão associados: os dispositivos inteligentes, onde se incluem aqueles que processam dados biométricos, consumirão serviços *cloud*, implicando quase sempre a partilha destes dados com terceiros para ampliar sistemas que à partida seriam mais limitados.[126]

[121] Cfr. Art 4.º/14. Kuner, Christopher, *The EU General Data Protection Regulation (GDPR), A Commentary*, Oxford University Press, Oxford, 2020, p.212, entende que esta definição é intencionalmente abrangente para abarcar uma ampla gama de dados e ser capaz de acompanhar o constante progresso tecnológico.

[122] *Ob. e loc. cit.*

[123] Pinheiro, Alexandre Sousa, et. Al. C*omentário ao Regulamento Geral de Proteção de dados,* Almedina, Coimbra, 2018. p. 191 e ss. divide o tratamento de dados biométricos em três fases: 1) inscrição/extração da informação, 2) armazenamento para tratamento posterior, e 3) comparação de dados.

[124] Pinheiro, Alexandre Sousa, *ob cit.,* p. 192.

[125] *Vide* estes e outros exemplos em Hacker, Philipp, 'Personal data, exploitative contracts, and algorithmic fairness: autonomous vehicles meet the internet of things' International Data Privacy Law (2017) pp. 266-286.

[126] Millard, Christopher, *ob. cit.*, p. 4.

Apesar da frequência de operações de tratamento de dados biométricos no contexto da IoT, muitas empresas fornecedoras de equipamentos que fazem medição e análise técnica de características comportamentais únicas dos titulares de dados não reconhecem a natureza destas operações. Surgem, assim, problemas de falta de informação do titular de dados sobre o tratamento biométrico ou, mesmo, a realização de operações de tratamento sem fundamento legal.

4. Conclusão

A IoT faz parte de um fenómeno mais amplo de invasão computacional da vida contemporânea. Esta é avassaladora e inexorável. Na verdade, a crescente complexidade técnica e jurídica destas matérias torna o respeito pela legislação aplicável particularmente desafiante.[127] Cabe-nos navegá-la, sabendo que enquanto houver seres humanos há Direito e que não há problemas jurídicos a que o Direito não dê uma resposta. O esforço deve ser dirigido a garantir que estas respostas são as melhores. Para isso é necessário o esforço sério e concentrado dos juristas.

Além das abreviaturas mais comuns nos textos jurídicos, utilizamos as seguintes:

CR	Computer und Recht
Cri	Computer und Recht international / Computer Law Review International
EIPR	European Intellectual Property Review
GRUR Int	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht Internationaler Teil
IIC	International Review of Intellectual Property and Competition Law
IoT	Internet of Things
JIPITEC	Journal of Intellectual Property, Information Technology and E-Commerce Law
RDI	Revista de Direito Intelectual
RED	Revista Electrónica de Direito

[127] Este é aliás um dos motivos que justifica o recentemente aprovado DL 67/2021, de 30 de Julho que estabelece o regime e define o modelo de governação para a promoção da inovação de base tecnológica através da criação de zonas livres tecnológicas (as chamadas *regulatory sandboxes*).

CRIPTOATIVO – CONCEITO, MODALIDADES, REGIME E DISTINÇÃO DE FIGURAS AFINS

António Garcia Rolo[1]

Índice: *1. Introdução; 2. Esclarecimento Conceptual: Criptomoeda? Criptoativo? Moeda Virtual?; 2.1. Génese Histórica: Bitcoin e Blockchain; 2.2. Evolução Histórica Pós-Bitcoin; 2.3. Definição de Criptoativo e Escolha Terminológica; 3. Classificação Funcional dos Criptoativos e Regime Aplicável; 3.1. Classificação Funcional dos Criptoativos: a Tripartição Clássica e Outras Modalidades; 3.2. Regime Aplicável: Direito Constituído; 3.3. Regime Aplicável: Direito (Previsivelmente) a Constituir; 4. Distinção de Figuras Afins: as Moedas Desmaterializadas; 4.1. Introdução; 4.2. A Moeda Bancária; 4.3. A Moeda Eletrónica; 4.4. O Criptoativo com Funções Monetárias Face às Moedas Descentralizadas.*

Resumo: *Nos últimos anos tem havido um intenso interesse mediático e académico naquilo a que já se chamou de criptomoedas ou moedas virtuais. Apesar de a Bitcoin ter aparecido 2009, com uma promessa de revolucionar os sistemas de pagamentos, a tecnologia revolucionária que lhe serve de base – a* blockchain *– e os ativos nela baseados caracterizam-se hoje por uma vasta polivalência funcional, cumprindo funções muito para além das*

[1] Assistente Convidado da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Doutorando em Direito. Investigador do Centro de Investigação de Direito Privado (CIDP). Jurista no Banco de Portugal.

As opiniões expressas no presente trabalho são exclusivas do Autor.

Este trabalho foi concluído a 1 de maio de 2022, estando todas as referências legais, o desenvolvimento de processos legislativos e posições institucionais atualizadas a essa data.

funções monetárias. A rapidez e a volatilidade que caracterizam estes fenómenos criam a uma enorme confusão conceptual, pelo que este capítulo procura assentar um pouco a poeira e desenhar uma sistematização das modalidades empíricas dos vários criptoativos, conceito mais amplo do que o original criptomoeda (e que reflete a sua polivalência funcional). Procurar-se-á delinear o regime aplicável no direito constituído e a constituir e, finalmente, distinguir os criptoativos que cumpram funções monetárias de outras formas desmaterializadas de moeda, como a moeda bancária e a moeda eletrónica.

1. Introdução

A primeira "criptomoeda" – a *Bitcoin* – entrou em funcionamento em 2009 e espoletou uma revolução (inicialmente silenciosa) cujas consequências se foram fazendo sentir na última década.

Apesar de a *Bitcoin* ter sido concebida como uma *moeda* (cumprindo as funções clássicas da moeda – meio de troca, unidade de conta e reserva de valor), as várias criptomoedas têm encontrado funções bastante distintas – podem ser usadas para aceder a um determinado serviço ou para disponibilizar um determinado *cash flow* ao seu titular. Adicionalmente, a *blockchain,* tecnologia subjacente à criptomoeda, também já conhece inúmeras outras aplicações, dando suporte tecnológico a contratos autoexecutórios (os chamados *smart contracts*), organizações e até obras de arte.

A diversificação das utilizações das criptomoedas e da *blockchain* levou também a que o foco de atenção se deslocasse das originais funções monetárias das criptomoedas para toda a gama de possíveis funções desta tecnologia. Nos últimos anos, tem-se utilizado com maior frequência o termo "criptoativo", mais amplo e sem ligação a uma função específica[2].

Ora, o presente texto procura: *(i)* esclarecer alguma da confusão conceptual associada aos termos "criptomoeda", "criptoativo" ou "*token*"; *(ii)* recapitular a classificação funcional dos criptoativos; *(iii)* descrever o regime jurídico que lhes é aplicável, ainda que de forma incipiente, e as grandes alterações que se avizinham; e *(iv)* distinguir os criptoativos de figuras afins, especialmente das duas mais importantes modalidades de moedas desmaterializadas, a moeda bancária e a moeda eletrónica.

[2] O autor do presente texto, quando se debruçou pela primeira vez sobre o tema, utilizou o termo "criptomoeda", preferindo agora "criptoativo". Cfr. António Garcia Rolo, "As criptomoedas como meio de financiamento e a qualificação dos *tokens* de investimento emitidos em ofertas públicas de moeda (ICO) como valores mobiliários", em *Fintech II – Novos Estudos sobre Tecnologia Financeira,* Almedina, Coimbra, 2019 (249-297).

2. Esclarecimento Conceptual: Criptomoeda? Criptoativo? Moeda Virtual?

2.1. *Génese Histórica*: Bitcoin e Blockchain

Tudo começou no final do ano de 2008, quando um ou vários autores publicaram, sob o pseudónimo Satoshi Nakamoto[3], o *white paper* da *Bitcoin*[4] – o primeiro criptoativo e a primeira criptomoeda. No referido *white paper* traçou-se a ideia de uma rede *peer-to-peer* que permitisse aos utilizadores transferir entre si unidades de *Bitcoin*, tendo por base um sistema descentralizado que não requeresse a intervenção de uma autoridade (tal como um banco central ou um intermediário) para emitir as unidades de *Bitcoin* ou verificar as transações dos seus utilizadores. Todas estas tarefas seriam processadas com recurso a princípios de criptografia[5].

As unidades de *Bitcoin* seriam utilizadas para o pagamento de bens e serviços, podendo também ser convertidas em moeda com curso legal, não tendo nenhum ativo subjacente, e não estando o seu preço dependente do valor de nenhum ativo, mas antes na procura[6].

Ora, o que foi verdadeiramente revolucionário na criação da *Bitcoin* foi a tecnologia que lhe estava subjacente – a *blockchain,* uma forma de sistema de registo descentralizado (*distributed ledger technology,* ou "**DLT**")[7].

[3] Note-se que Nakamoto nunca foi identificado, tratando-se muito provavelmente de um pseudónimo de um ou vários autores. Também não se sabe se Nakamoto chegou a deter algum tipo de controlo prolongado sobre o sistema ou se apenas lançou as bases teóricas, mas é certo que o sistema começou a operar pouco tempo depois da publicação do seu *white paper*.

[4] Satoshi Nakamoto, *Bitcoin: a Peer-to-Peer Electronic Cash System,* disponível em https://bitcoin.org/bitcoin.pdf.

[5] Hadar Jabotinsky, "The Regulation of Cryptocurrencies – between a Currency and a Financial Product", *Hebrew University of Jerusalem Legal Studies Research Paper Series No. 18-10*, 13, disponível em http://www.ssrn.com; Engrácia Antunes, "As Criptomoedas", *Revista da Ordem dos Advogados,* Ano 81, Vol. I/II (2021), 119-187, 120-123; António Garcia Rolo, "As criptomoedas como meio de financiamento", cit., 255-257.

[6] Lam Pak Nian, / David Lee Kuo Chuen, "Introduction to Bitcoin" in *Handbook of Digital Currency: Bitcoin, Innovation, Financial Instruments and Big Data* (ed. David Lee Kuo Chuen), Elsevier, Londres, 2015, 5-29, 18; Hadar Jabotinsky, "The Regulation of Cryptocurrencies – between a Currency and a Financial Product", cit., 13; António Garcia Rolo, "As criptomoedas como meio de financiamento", cit., 256-257.

[7] A função do sistema de registo distribuído, como qualquer sistema de registo, é a definição das circunstâncias de criação, transmissão e aferição da titularidade do criptoativo, neste caso feitas exclusivamente por meios criptográficos e sem a intervenção de uma autoridade

A tecnologia *blockchain*, que serve de base à *Bitcoin* e a uma maioria apreciável dos criptoativos, é uma tecnologia de registo, tratamento e armazenamento eletrónico descentralizados de dados, sem registo central ou responsável único pelos dados introduzidos e armazenados no sistema, tendo antes por base a distribuição da responsabilidade pelos respetivos participantes [8].

A *blockchain* funciona como uma rede *peer-to-peer*, no âmbito da qual vários "pares" (*peers*), ou participantes, validam novos "blocos", ou registos, introduzidos no sistema, cada um desses blocos contendo o registo de um certo número de transações[9]. Uma *blockchain* concreta será, pois, o conjunto desses blocos ou um livro de registos descentralizado. Estes blocos são um registo público, acessível a todos os utilizadores. Os novos registos, uma vez validados pelos restantes participantes (de todas as transações já feitas no sistema) têm força vinculativa para os restantes. Assim, a transferência

ou repositório centrais – os vários computadores (ou *nodes*) do sistema levam a cabo os registos em simultâneo.

O Banco Mundial, em https://www.worldbank.org/en/topic/financialsector/brief/blockchain-dlt, define um registo distribuído como um registo que "*usa computadores independentes para registar, partilhar e sincronizar transações nos seus respetivos registos eletrónicos (ao invés de o fazer num registo tradicional)*".

Cfr., para mais detalhes Jan Lansky, "Possible State Approaches to Cryptocurrencies", in *Journal of Systems Integration* 2018/1, 19-28, disponível em http://si-journal.org/index.php/JSI/article/viewFile/335/325 e Peter Schueffel, *The Concise Fintech Compendium*, *Haute École de Gestion* de Friburgo, 2017, 11, disponível em http://www.heg-fr.ch/FR/HEG-FR/Communication-et-evenements/evenements/SiteAssets/Pages/patrick-schuffel/Schueffel%20(2017)%20The%20Concise%20FINTECH%20COMPENDIUM.PDF.

[8] Francisco Mendes Correia, "A Tecnologia Descentralizada de Registo de Dados (*Blockchain*), in *Fintech – Desafios da Tecnologia Financeira* (coord. António Menezes Cordeiro, Ana Perestrelo de Oliveira, Diogo Pereira Duarte), Almedina, Coimbra, 2017, 69-75, 70-71; João Vieira dos Santos, "Regulação dos Criptoativos", em *Caderno do Mercado de Valores Mobiliários,* 64 (2020), 30-69, 31-32.

[9] Para descrições mais detalhadas sobre o funcionamento da tecnologia *blockchain* cfr., entre outros, Georgios Dimitropoulos, em "The Law of Blockchain", *Washington Law Review* 95-3 (2020), 1117-1192, 1127-1130; Aaron Wright / Primavera De Filippi, *Decentralized Blockchain Technology and the Rise of Lex Cryptographia* (2015), disponível em https://ssrn.com/abstract=2580664; Hadar Jabotinsky, "The Regulation of Cryptocurrencies – between a Currency and a Financial Product", cit., 10-12; Lam Pak Nian, / David Lee Kuo Chuen, "Introduction to Bitcoin" cit, 16; Mendes Correia, "A Tecnologia Descentralizada de Registo de Dados (Blockchain)", cit., 71; Engrácia Antunes, "As Criptomoedas", cit., 121-122, 144-146; António Garcia Rolo, "As Criptomoedas como Meio de Financiamento", cit., 253.

de A para B é transmitida para toda a rede e incluída na *blockchain* através de uma verificação, feita por todos os utilizadores da rede, de tal transação face às transações passadas, para confirmar se a mesma unidade já foi transferida ou não. Sendo validada, a titularidade das unidades da criptomoeda relevantes é transmitida conforme a transação registada. Tal validação funciona por consenso e compatibilidade entre os vários registos.

Existem vários tipos de *blockchains*, que não se analisará aqui a fundo, tais como as *blockchains* públicas e as *blockchains* privadas[10].

A *blockchain,* como tecnologia subjacente à *Bitcoin*, é inseparável do duplo propósito que presidiu à criação desta: *(i)* por um lado, assegurar a criação de um sistema de pagamentos eficiente e alternativo aos sistemas escriturais e eletrónicos de pagamento geridos de forma centralizada por instituições financeiras; e *(ii)*, por outro, resolver o interessante problema teórico da dupla alienação (*double-spending problem*), i.e., a possibilidade de a representação digital de dinheiro poder ser gasta mais do que uma vez[11].

Assim, a *Bitcoin* – primeiro criptoativo – foi inicialmente concebida como um instrumento de pagamento, cumprindo também outras funções

[10] Numa *blockchain* pública, não há nenhuma entidade que gere a plataforma onde esta se encontra, que é geralmente aberta ao público, ao passo que numa *blockchain* privada o sistema é controlado por uma entidade ou várias entidades que podem decidir quem é que são os participantes na rede e outras regras. Nada disto obsta ao caráter descentralizado da *blockchain* relevante. Para mais detalhes cfr., Georgios Dimitropoulos, "The Law of Blockchain", cit., 1130-1131; João Vieira dos Santos, "Regulação dos Criptoativos", cit., 34-35.

[11] Nos termos desse problema, sem uma autoridade central de controlo, a transferência de um ficheiro digital representativo de uma moeda (tal como a transferência de qualquer outro ficheiro) geraria sempre uma cópia sem eliminar o original pelo que o mesmo ficheiro poderia ser enviado a mais do que um utilizador. No entanto, a *blockchain* da *Bitcoin* eliminou este problema pois mantém um registo dos balanços individuais dos seus utilizadores, submetendo a verificação a toda a rede. O sistema verifica constantemente os balanços individuais no registo público *blockchain* (com as características já mencionadas *supra*), tendo os seus registos força vinculativa para os utilizadores do sistema. Assim, a transferência de A para B é transmitida para toda a rede e incluída na *blockchain* através de uma verificação face às transações passadas, para confirmar se a mesma unidade já foi transferida ou não. Cfr., para mais detalhes, Satoshi Nakamoto, *Bitcoin: a Peer-to-Peer Electronic Cash System,* cit., 1-2; Lam Pak Nian, / David Lee Kuo Chuen, "Introduction to Bitcoin" cit, 16; Hadar Jabotinsky, "The Regulation of Cryptocurrencies – between a Currency and a Financial Product", cit., 14; António Garcia Rolo, "As Criptomoedas como Meio de Financiamento", cit., 256-257; João Vieira dos Santos, "Regulação dos Criptoativos", cit., 33.

clássicas da moeda tais como reserva de valor e unidade de conta. A tecnologia que lhe estava subjacente, a *blockchain*, foi inicialmente concebida para esse efeito.

2.2. Evolução Histórica Pós-Bitcoin

A *Bitcoin* não ficou sozinha e outros criptoativos – inicialmente chamados de *altcoins* (por serem criptomoedas *alternativas* à *Bitcoin*) – foram aparecendo, sendo a *Litecoin*[12] e a *Namecoin*[13] dois exemplos de criptomoedas que surgiram pouco tempo após o lançamento da *Bitcoin*.

Em 2015 foi lançado o sistema *Ethereum*[14] e a criptomoeda *Ether*, àquele associada, que permitiu aos seus utilizadores criar os seus próprios criptoativos e fez com que a *blockchain* encontrasse outra vocação – servir de tecnologia subjacente aos *smart contracts*, i.e., contratos de execução total ou parcialmente automática e pré-definida, cuja execução não carece intervenção humana[15].

Na sequência do lançamento do sistema *Ethereum*, o período compreendido entre 2016 e 2018 foi marcado pelo *boom* das ofertas públicas de moeda (ou *Initial Coin Offerings,* "**ICO**"), nas quais vários operadores criavam (ou emitiam) uma nova criptomoeda, que seria subscrita por investidores

[12] https://litecoin.org/pt/

[13] https://www.namecoin.org/

[14] https://www.ethereum.org/

[15] Conceptualizados inicialmente por Nick Szabo em 1996, no seu *paper Smart Contracts: Building Blocks for Digital Markets,* 1996, disponível em https://www.fon.hum.uva.nl/rob/Courses/InformationInSpeech/CDROM/Literature/LOTwinterschool2006/szabo.best.vwh.net/smart_contracts_2.html.

Para doutrina nacional, cfr., entre outros, Diogo Pereira Duarte, "*Smart Contracts* e Intermediação Financeira", em *Fintech II – Novos Estudos sobre Tecnologia Financeira,* Almedina, Coimbra, 2019, 171-180, 173; Hugo Ramos Alves, "*Smart Contracts:* entre a tradição e a inovação" em *Fintech II – Novos Estudos sobre Tecnologia Financeira,* Almedina, Coimbra, 2019, 181-216, 194-200.

Para ilustrar o funcionamento de um *smart contract*, se A comprar um par de sapatos a B através de um *smart contract*, o pagamento das unidades de criptomoeda só será feito quando o contrato receber a informação, de um sistema GPS, de que a encomenda foi entregue ao comprador. Todos estes atos são automáticos e não dependem do *input* das partes, não podendo ser revertidos. Cfr. António Garcia Rolo, "As Criptomoedas como Meio de Financiamento", cit., 257-258; e "Challenges in the legal qualification of Decentralised Autonomous Organisations (DAOs): the rise of the crypto-partnership?", *Revista de Direito e Tecnologia* 1-2019, 33-87, 39-43.

que pagariam em moeda com curso legal ou com outras criptomoedas[16], permitindo que as ICOs se transformassem numa apetecível forma de financiamento de projetos e aplicações[17].

Nessa fase, as então criptomoedas – agora também designadas, no âmbito de algumas ICOs, como *tokens* (tradução literal para português, "fichas")[18] – começaram a ir para além das suas originárias funções monetárias. Algumas criptomoedas começaram a oferecer acesso a funcionalidades em determinadas aplicações ou acesso a um dado produto, outras a atribuir ao titular o direito a receber um *cash flow* gerado por um ativo subjacente. Neste contexto nasceu a tripartição funcional de criptoativos entre *tokens* monetários, *tokens* de utilização e *tokens* de investimento, que será analisada em maior detalhe *infra*.

Entretanto, uma outra aplicação para a *blockchain* ganhou projeção com a ICO da *Decentralised Autonomous Organisation* ("**a DAO**", com artigo definido) em 2016, que angariou cerca de 150 milhões de dólares para

[16] Tendo as operações uma estrutura relativamente paralela às ofertas públicas de valores mobiliários, de onde foram decalcadas.

[17] Durante esse período várias ICOs angariaram valores nas ordens das centenas de milhões de dólares, apesar de as maiores ICOs em termos de montantes angariados terem conseguido passar a marca dos mil milhões – o pódio contém a ICO da *EOS,* de junho de 2018 (c. de 4,1 mil milhões de dólares) da *Telegram Open Network,* de março de 2018 (c. de 1,7 mil milhões de dólares) e da *Bitfinex*, de maio de 2019 (c. de mil milhões de dólares). Informação acedida em https://www.cryptovantage.com/news/heres-what-happened-to-the-biggest-icos-of-all-time/ (último acesso a 15 de outubro de 2021).
Cfr., para mais detalhes sobre ICOs, António Garcia Rolo, "As Criptomoedas como Meio de Financiamento", cit., 259-261; João Vieira dos Santos, "Regulação dos Criptoativos", cit., 41-44; "Desafios jurídicos e regulatórios das *Initial Coin Offerings*", em *Fintech II – Novos Estudos sobre Tecnologia Financeira,* Almedina, Coimbra, 2019, 299-325; Luís Roquette Geraldes / Mariana Solá de Albuquerque / João Lima da Silva, "ICOs, *security tokens vs. utility tokens*" em *Fintech II – Novos Estudos sobre Tecnologia Financeira,* Almedina, Coimbra, 2019, 327-361; Iris Barsan, "Legal Challenges of Initial Coin Offerings (ICO)", *Revue Trimestrielle de Droit Financier*, n.º 3, 2017, 54-65; Dirk Zetzsche / Ross Buckley / Douglas Arner / Linus Föhr, *The ICO Gold Rush: it's a scam, it's a bubble, it's a super challenge for regulators*, Law Working Paper Series 2017-11, Universidade do Luxemburgo, 2018, 11-12; Philipp Hacker / Chris Thomale, "Crypto-Securities Regulation: ICOs, Token Sales and Cryptocurrencies under EU Financial Law", *European Company and Financial Law Review* 15 (2018) 645-696, 655-660.

[18] Geralmente emprega-se a expressão *token* para designar um criptoativo que não tem como base uma *blockchain* própria mas usa antes uma *blockchain* de outro criptoativo, como a do sistema *Ethereum*. Falar-se-á das diferenças *infra*.

financiar uma espécie de uma "cripto-sociedade", onde o governo societário se encontrava praticamente automatizado, não dispondo se autoridade central que não a totalidade das pessoas que subscreveram os *tokens*, que constituíam o seu património, e interagindo com outros *smart contracts* na *blockchain* da *Ethereum*[19].

Apesar de a ICO da DAO de 2016 ter corrido mal em virtude de um *hacking*, a ideia de organizações autónomas descentralizadas (ou "**DAOs**") não morreu com a DAO de 2016 e nos últimos anos voltou a ganhar tração.

O universo dos criptoativos viu aparecer três novas expressões ou funcionalidades nos últimos dois anos: *(i)* as *stablecoins*, uma subcategoria de criptomoeda cujo valor é determinado com referência a ativos "do mundo real" detidos pelo seu emitente[20]; *(ii)* a *DeFi* (*decentralised finance* ou finanças descentralizadas), um ecossistema de aplicações e serviços descentralizados, geralmente construídos sobre *smart contracts* executados em determinadas *blockchains* (geralmente a *Ethereum*), que prestam determinados serviços financeiros, incluindo crédito, câmbio, *stablecoins*, gestão de portfólio, pagamentos e seguros[21]; e *(iii)* os *non-fungible tokens* (criptoativos infungíveis ou "**NFT**"s), representações digitais de valor existentes numa dada

[19] O autor já analisou as implicações do DAO de 2016 e das organizações autónomas descentralizadas no geral em António Garcia Rolo, "Challenges in the legal qualification of Decentralised Autonomous Organisations (DAOs): the rise of the crypto-partnership?", cit., *passim*.

[20] As *stablecoins* ganharam atenção mediática em 2019, quando o *Facebook* anunciou o lançamento de um criptoativo com uma *pool* de vários ativos (essencialmente várias moedas com curso legal) em ordem a mitigar a volatilidade dos preços que geralmente caracteriza os criptoativos – o criptoativo lançado pelo *Facebook* foi então batizado de *Libra*, mas entretanto rebatizado de *Diem*. Cfr., para mais informações, "Facebook Plans Global Financial System Based on Cryptocurrency", *New York Times,* 18.06.2019, disponível em https://www.nytimes.com/2019/06/18/technology/facebook-cryptocurrency-libra.html?action=click&module=Top%20Stories&pgtype=Homepage.
Para a página do criptoativo, cfr. https://www.diem.com/en-us/.

[21] Cfr., para mais detalhes, Dirk Zetzsche / Douglas Arner / Ross Buckley, *Decentralized Finance*, IIEL Issue Brief 02/2020, European Banking Institute Working Paper Series 59/2020, disponível em https://ssrn.com/abstract=3539194; Campbell Harvey / Ashwin Ramachandran / Joseph Santoro, *DeFi and the Future of Finance* (5 abril de 2021), disponível em https://ssrn.com/abstract=3711777; Guilherme Maia / João Vieira dos Santos, "Proposal for a Regulation on Market in Crypto-Assets and Decentralised Finance", em *Blockchain and the law: Dynamics and dogmatismo, current and future* (ed. Francisco Pereira Coutinho / Martinho Lucas Pires / Bernardo Barradas), no prelo, disponível em https://ssrn.com/abstract=3875355.

blockchain mas com a particularidade de cada unidade ser única e não fazer parte de uma emissão em massa, representando muitas vezes obras de arte vendidas por quantias avultadas[22].

2.3. Definição de Criptoativo e Escolha Terminológica

Aqui chegados, cumpre justificar o porquê do título do presente trabalho ser "criptoativo" e não "criptomoeda", "moeda virtual" ou "*token*".

Conforme demonstrado no capítulo precedente, a *blockchain* e a *Bitcoin* tinham originalmente um objetivo de revolucionar o sistema de pagamentos, cumprindo a *Bitcoin* as funções monetárias de meio de troca e pagamento. Aí foi surgindo a expressão "criptomoeda" (se bem que o próprio *white paper* da *Bitcoin* chamava-lhe um "electronic cash system"), juntando a função monetária da *Bitcoin* com o funcionamento criptográfico da *blockchain*.

O termo "criptomoeda" parece ter ganhado alguma preferência a "moeda virtual". Não sendo isto um tema fechado, o termo "moeda virtual" parece ser mais amplo do que criptomoeda, incluindo qualquer representação digital de valor com funções monetárias (dependendo de quem escreve, pode ou não incluir a moeda eletrónica, que será analisada *infra*).

Até há relativamente pouco tempo atrás, o termo criptomoeda era amplamente usado para designar representações digitais de valor – geralmente com funções monetárias – com a tecnologia *blockchain* ou outra DLT como base tecnológica. No entanto, conforme demonstrado no capítulo precedente, o *boom* dos ICOs e o aparecimento dos *smart contracts* ampliou imensamente as funções da "criptomoeda", que deixaram de ter apenas uma função monetária – algumas começaram a ser usadas como forma de acesso a serviços e a aplicações e outras como produtos de investimento.

No âmbito do *boom* dos ICOs começou a ouvir-se a expressão "*token*" em referência a alguns criptoativos emitidos no âmbito das referidas ICOs. Geralmente, a diferença entre uma criptomoeda e um *token* é o facto de a criptomoeda funcionar na sua própria *blockchain* (como a *Ether* no sistema *Ethereum*) e um *token* ser um criptoativo que funciona numa *blockchain* preexistente (é muito comum muitos *tokens* serem emitidos na *blockchain* da

[22] Cfr., para mais detalhes, Joshua Fairfield, *Tokenized: the Law of Non-Fungible Tokens and Unique Digital Property* (6 de abril de 2021), disponível em https://ssrn.com/abstract=3821102; Lennart Ante, *The non-fungible token (NFT) market and its relationship with Bitcoin and Ethereum*, disponível em https://ssrn.com/abstract=3861106.

Ethereum)[23]. Outras vezes, "criptoativo", "criptomoeda" ou "*token*" são usados de forma indiferenciada[24].

Ora, com tantas definições diferentes, muitas vezes aleatórias, outras vezes bem fundamentadas, tornou-se necessário encontrar uma expressão abrangente o suficiente. A expressão "criptoativo" tem ganhado alguma tração nos últimos anos, e parece a mais desejável. A locução atrai pela sua amplitude, transmitindo apenas duas ideias – *ativo* por ser uma representação de valor e *cripto* por ter a tecnologia *blockchain* (ou outra DLT) como substrato tecnológico.

Assim sendo, dir-se-á que um criptoativo é uma representação digital de valor, de direitos e/ou deveres à qual está subjacente um sistema de registo distribuído que determina a criação, transmissão e aferição da titularidade das respetivas unidades[25].

Ou seja, o que distingue o criptoativo de outras formas de representação de valor (mesmo que digitais) é a *tecnologia* subjacente – o tal sistema de

[23] Cryptopedia, *Digital Assets: Cryptocurrencies vs. Tokens*, disponível em https://www.gemini.com/cryptopedia/cryptocurrencies-vs-tokens-difference#section-what-is-a-digital-asset (último acesso a 15 de outubro de 2021); Investopedia, *Crypto Tokens*, disponível em https://www.investopedia.com/terms/c/crypto-token.asp (último acesso a 15 de outubro de 2021).

[24] A propósito, cfr. João Vieira dos Santos, "Desafios Jurídicos e Regulatórios das *Initial Coin Offerings*", cit., 306, n. 28.

[25] O autor, no já mencionado texto de 2018, ainda definiu criptomoeda (e não o conceito mais amplo de criptoativo) como uma "*representação digital de valor não diretamente correspondente a uma moeda real com curso legal à qual está subjacente um sistema descentralizado de criação, transmissão e aferição da titularidade das suas unidades com base em técnicas de encriptação, cujas unidades são livremente transmissíveis, de forma pseudónima, no âmbito desse sistema e tendo uma função variável, mas geralmente correspondendo a funções de meio de troca, unidade de conta ou reserva de valor, à facilitação da execução de determinados programas ou a funções de financiamento*" – volvidos três anos, reconhece-se a limitação dessa definição, que neste texto se revê. Cfr. António Garcia Rolo, "As criptomoedas como meio de financiamento", cit., 251-254. Para outras definições de criptoativo, cfr. Georgios Dimitropoulos, em "The Law of Blockchain", cit., 1117, disponível em https://digitalcommons.law.uw.edu/wlr/vol95/iss3/3/, 1131, indica que criptoativos são "*ativos digitais cuja geração e transferência é feita por meios criptográficos de uma forma descentralizada através de uma blockchain*"; Engrácia Antunes, em "As Criptomoedas", 127-128, reconhece a maior amplitude do conceito face a "criptomoeda", que indica ser uma modalidade de criptoativos com natureza monetária e que desempenha as funções clássicas da moeda, definindo, em 139, criptomoedas como *"moedas em suporte digital cuja emissão, titularidade e transmissão assenta numa tecnologia de registo criptográfico e descentralizada de dados digitais ("blockchain") e que são aceites no âmbito de uma determinada comunidade virtual e são suscetíveis de desempenhar uma pluralidade de funções monetárias e financeiras".*

registo distribuído (*distributed ledger technology*, ou "**DLT**"), geralmente (mas não necessariamente) a tecnologia *blockchain*.

A ampliação da definição e o abandono da expressão "criptomoeda" como uma definição ampla acompanha a evolução funcional dos criptoativos descrita *supra* – inicialmente concebidos em torno da função monetária, a vocação dos criptoativos para cumprir um número muito variável de funções justifica o abandono da componente "moeda", para "ativo".

Esta ideia é apoiada pela proposta definição legal de criptoativo na Proposta da Comissão Europeia de um Regulamento sobre criptoativos[26], em que se define um criptoativo como uma "*representação digital de valor ou de direitos que pode ser transferida e armazenada eletronicamente recorrendo à tecnologia de registo distribuído* [distributed ledger-technology] *ou outra tecnologia semelhante*" (artigo 3.º, n.º 1, 2.º parágrafo).

A amplitude desta definição também permite incluir no seu âmbito os NFTs, ou *tokens* infungíveis, apesar da sua parca relevância para muitos dos desafios jurídicos trazidos pelos criptoativos fungíveis, emitidos em massa.

3. Classificação Funcional dos Criptoativos e Regime Aplicável

3.1. Classificação Funcional dos Criptoativos: a Tripartição Clássica e Outras Modalidades

Ora, proposta a definição de "criptoativo", avance-se agora com a sua divisão em categorias com as quais o leitor poderá estar mais familiarizado.

Reitere-se, em primeiro lugar, a primeira divisão – criptoativos fungíveis vs. infungíveis. Nesta última categoria entrarão os *tokens* infungíveis ou NFTs já referidos. São, com efeito, representações digitais de valor baseadas numa *blockchain* e nela transmissíveis, mas cada NFT é único e não é "emitido" em massa.

Dentro dos criptoativos fungíveis, encontramos uma categorização ou classificação funcional que emergiu na sequência do *boom* dos ICOs, quando os criptoativos começaram a ser usados para outras funções que não funções monetárias –*tokens* de utilização, *tokens* de investimento e *tokens* monetários.

a) O criptoativo com funções de utilização ou *token* de utilização (*utility token*) concede ao seu titular uma "utilidade funcional" que resulta

[26] Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho relativa aos mercados de criptoativos e que altera a Diretiva (UE) 2019/1937, COM/2020/593 final.

numa permissão para aceder a um produto ou plataforma, utilizar um programa de *software* ou integrar uma determinada comunidade (a subscrição da *Filecoin*, por exemplo, concede ao titular do *token* espaço virtual de armazenamento de dados)[27];

b) O criptoativo com funções de investimento ou *token* de investimento (*equity* ou *investment token*) atribui ao seu titular o direito a receber um *cash flow* gerado por um ativo subjacente, contendo uma promessa de participação dos seus titulares numa *pool* de ativos de forma não-segregada ou uma permissão de participação num determinado ativo separado de outros[28]; e

c) O criptoativo com funções monetárias ou *token* monetário (*currency* ou *payment token*) representa pura e simplesmente uma *criptomoeda* no sentido clássico, cumprindo funções de meio de troca, unidade de conta ou reserva de valor[29].

Esta classificação, que se crê ainda perfeitamente válida e útil, carece de dois esclarecimentos: *(i)* as fronteiras entre as três categorias são porosas, havendo muitos criptoativos – os chamados *tokens* híbridos – que podem apresentar combinações de duas ou mais categorias, não se reconduzindo de forma distinta a nenhuma delas[30]; e *(ii)* apesar de se ter alertado *supra* de que a expressão "*token*" era geralmente empregue apenas para criptoativos emitidos numa *blockchain* já existente, tem-se usado estas expressões (*utility*

[27] Zetzsche / Buckley / Arner / Föhr, *The ICO Gold Rush*, cit., 8; Hacker e Thomale, "Crypto-Securities Regulation", cit., 12; António Garcia Rolo, "As Criptomoedas como Meio de Financiamento", cit., 261; João Vieira dos Santos, "Desafios Jurídicos e Regulatórios das *Initial Coin Offerings*", cit., 308; Luís Roquette Geraldes / Mariana Solá de Albuquerque / João Lima da Silva, "ICOs, *security tokens vs. utility tokens*", cit., 336-340.

[28] Zetzsche / Buckley / Arner / Föhr, *The ICO Gold Rush*, cit., 8; Hacker / Thomale, "Crypto-Securities Regulation", cit., 13; António Garcia Rolo, "As Criptomoedas como Meio de Financiamento", cit., 262; João Vieira dos Santos, "Desafios Jurídicos e Regulatórios das *Initial Coin Offerings*", cit., 309; Luís Roquette Geraldes / Mariana Solá de Albuquerque / João Lima da Silva, "ICOs, *security tokens vs. utility tokens*", cit., 345-348.

[29] Zetzsche / Buckley / Arner / Föhr, *The ICO Gold Rush*, cit., 8; Hacker / Thomale, "Crypto-Securities Regulation", cit., 12-13; António Garcia Rolo, "As Criptomoedas como Meio de Financiamento", cit., 261; João Vieira dos Santos, "Desafios Jurídicos e Regulatórios das *Initial Coin Offerings*", cit., 308; Luís Roquette Geraldes / Mariana Solá de Albuquerque / João Lima da Silva, "ICOs, *security tokens vs. utility tokens*", cit., 341-344.

[30] Para mais desenvolvimentos, cfr. Hacker / Thomale, "Crypto-Securities Regulation", cit., 33-37; João Vieira dos Santos, "Desafios Jurídicos e Regulatórios das *Initial Coin Offerings*", cit., 309-310; Engrácia Antunes, "As Criptomoedas", cit., 156.

token, investment token e *monetary token*) para ilustrar a diversidade funcional dos criptoativos[31].

Dentro dos *tokens* monetários, podem ainda ser identificadas as chamadas *stablecoins* ("moedas estáveis"), objeto de grande atenção mediática em 2019, conforme referido *supra*. As *stablecoins* correspondem a criptoativos, de função geralmente ou maioritariamente monetária (ou *token* monetário) cujo valor é determinado por referência a um ou mais ativos do "mundo real"[32] (exs. a *Diem* do *Facebook* tenciona usar um "cesto" de várias moedas, entre as quais dólares americanos, euros ou yens japoneses, ou a *Thether* que usa, entre outros ativos, dólares americanos, papel comercial e obrigações, e a *Euro Stablecoin, Libra Euro* ou a *USDC* usam apenas uma moeda com curso legal como referência). Através da constituição destas "reservas" procura-se diminuir a volatilidade de preços associada aos criptoativos, que geralmente não têm nenhum ativo subjacente e cujo preço é afetado essencialmente pela procura e oferta.

Outras subcategorizações serão certamente possíveis – a única constante no universo dos criptoativos é a de constante mudança e manifestação de novos fenómenos, que podem pôr em causa pressupostos antigos. Para efeitos pedagógicos, fiquemos por aqui.

Como veremos nas próximas páginas, a relevância da integração de um dado criptoativo nestas modalidades tem relevância para além de pedagógica – tanto no direito constituído como no direito a constituir permite reconduzir cada criptoativo a uma categoria legal (existente ou a criar, respetivamente) que determina o seu regime.

[31] *Supra* referiu-se que a expressão *token* é muitas vezes usada como sinónimo de criptoativo. Adicionalmente, as definições das várias categorias de *tokens* na Proposta da Comissão Europeia de um Regulamento sobre Criptoativos não parecem pressupor a repartição clássica entre *coins* ("nativas" à *blockchain* que usam) e *tokens*.

[32] Para uma introdução às *stablecoins,* cfr. Dirk Zetzsche / Filippo Annunziata / Douglas Arner / Ross Buckley, *The Markets in Crypto-Assets Regulation (MICA) and the EU Digital Finance Strategy*, European Banking Institute Working Paper Series No. 2020/77, University of Luxembourg Law Working Paper Series No. 2020-018, University of Hong Kong Faculty of Law Research Paper No. 2020/059 (2020), disponível em https://ssrn.com/abstract=3725395; Marco Dell'Erba, "Stablecoins in Cryptoeconomics. From Initial Coin Offerings (ICOs) to Central Bank Digital Currencies (CBDCs)", em *New York University Journal of Legislation and Public Policy* 22:1 (2019) 1-44; Engrácia Antunes, "As Criptomoedas", cit., 167-168; e António Garcia Rolo, "A Proposta de Regulamento Europeu sobre Mercados de Criptoativos: Breve Sumário e Análise", em *Revista de Direito das Sociedades* XIII (2021) 2, 285-300 (294-295).

3.2. Regime Aplicável: Direito Constituído

As referências a criptoativos no direito pátrio são parcas – a mais significativa pode ser encontrada na Lei n.º 83/2017, de 18 de agosto, que estabelece medidas de combate ao branqueamento de capitais e ao financiamento do terrorismo. Desde 2020 que "entidades que exerçam atividades com ativos virtuais" estão no âmbito subjetivo da referida Lei como "entidades obrigadas" [33], estando então sujeitas às várias obrigações constantes da referida Lei para fins de combate ao branqueamento de capitais e financiamento do terrorismo. Note-se que o diploma não emprega a expressão criptoativo mas antes "ativo virtual", definido de forma amplíssima[34].

Na ausência de um regime substantivo expressamente aplicável aos criptoativos, como determinar o respetivo regime ao abrigo do direito constituído?

Em primeiro lugar, esclareça-se que, no ordenamento jurídico português, a emissão e a aquisição de criptoativos ou a respetiva utilização como instrumentos contratuais de pagamento não é, por si, ilícita.

Para determinar qual o regime aplicável, no *direito constituído,* aos criptoativos, temos de olhar para *cada tipo* de criptoativo e para relação jurídica por ele representada – aqui, a classificação funcional referida *supra* ganha importância.

Vejamos um a um:

a) Os criptoativos com funções de utilização (*tokens* de utilização ou *utility tokens*) corresponderão amiúde a relações contratuais não-financeiras estabelecidas entre o emitente e o titular do criptoativo constituindo, em muitos casos, um contrato de prestação de serviços[35].
b) Os criptoativos com funções de investimento (*tokens* de investimento, *investment tokens* ou *security tokens*) serão, regra geral, qualificáveis como valores mobiliários atípicos, pois reunirão, na maioria

[33] Introduzidas pela alteração à Lei n.º 83/2017 feita pela Lei n.º 58/2020, de 31 de agosto.

[34] Definido, no artigo 2.º, n.º 1, al. ll) como uma "*representação digital de valor que não esteja necessariamente ligada uma moeda legalmente estabelecida e que não possua o estatuto jurídico de moeda fiduciária, mas que é aceite por pessoas singulares ou coletivas como meio de troca ou de investimento e que pode ser transferida, armazenada e comercializada por via eletrónica*"

[35] Cfr. Hacker e Thomale, "Crypto-Securities Regulation", cit., 28-29; António Garcia Rolo, "As Criptomoedas como Meio de Financiamento", cit., 291; João Vieira dos Santos, "Desafios Jurídicos e Regulatórios das *Initial Coin Offerings*", cit., 308; Luís Roquette Geraldes / Mariana Solá de Albuquerque / João Lima da Silva, "ICOs, *security tokens vs. utility tokens*", cit., 336-340; Engrácia Antunes, "As Criptomoedas", cit., 155.

dos casos, as condições listadas no artigo 1.º, al. g) do Código dos Valores Mobiliários[36] para a qualificação de valor mobiliário, i.e., serão documentos representativos de situações jurídicas homogéneas e transmissíveis em mercado[37], sem prejuízo da necessidade de recorrer a um critério adicional de comparabilidade funcional com valores mobiliários existentes[38]; e

[36] O artigo 1.º do Código dos Valores Mobiliários começa por fazer uma listagem exemplificativa de valores mobiliários típicos, como ações ou obrigações, e depois deixa uma cláusula geral na alínea g) para *valores mobiliários atípicos,* ou "*outros documentos representativos de situações jurídicas homogéneas, desde que sejam suscetíveis de transmissão em mercado*". Esta definição deve ser lida em conjunto com as definições da legislação europeia mobiliária relevante, nomeadamente o artigo 4.º, n.º 1, ponto 44 da Diretiva 2014/65/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de maio de 2014, relativa aos mercados de instrumentos financeiros (conhecida como "**DMIF II**"), que define valores mobiliários as "categorias de valores que são negociáveis no mercado de capitais, com exceção dos meios de pagamento", listando ações e obrigações como exemplos de valores mobiliários.
O artigo 2.º, al a) do Regulamento (UE) 2017/1129 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 14 de junho de 2017, relativo ao prospeto a publicar em caso de oferta de valores mobiliários ao público ou da sua admissão à negociação num mercado regulamentado (ou "**Regulamento dos Prospetos**"), define valor mobiliário por referência à DMIF II.

[37] Esta recondução parece consensual na doutrina nacional, nomeadamente em António Garcia Rolo, "As Criptomoedas como Meio de Financiamento", cit., 279-292; João Vieira dos Santos, "Desafios Jurídicos e Regulatórios das *Initial Coin Offerings*", cit., 312-317; Luís Roquette Geraldes / Mariana Solá de Albuquerque / João Lima da Silva, "ICOs, *security tokens vs. utility tokens*", cit., 343-344; Engrácia Antunes, "As Criptomoedas", cit., 181; Barreto Menezes Cordeiro, "Revisitando o conceito de valor mobiliário: o caso especial dos *tokens* emitidos no âmbito de ICOs", em *Direito dos Valores Mobiliários e dos Mercados de Capitais: Angola, Brasil e Portugal* (coord. Barreto Menezes Cordeiro e Francisco Satiro), Almedina, Coimbra, 2019, 61-81, 76-77.
Este entendimento já foi também expresso pela CMVM, no Comunicado da CMVM às entidades envolvidas no lançamento de "*Initial Coin Offerings*" (ICOs) relativo à qualificação jurídica dos *tokens*, 23 de julho de 2018, disponível em https://www.cmvm.pt/pt/Comunicados/Comunicados/Pages/20180723a.aspx.

[38] Em António Garcia Rolo, "As Criptomoedas como Meio de Financiamento", cit., 288-290, defendeu-se – posição que se mantém – que a leitura conjunta das definições de valor mobiliário na lei europeia e nacional, bem como uma interpretação teleológica da alínea g) do artigo 1.º do CVM, acabam por levar à exigência de um critério adicional, de natureza material, de comparabilidade funcional com valores mobiliários típicos. Convergentemente, João Vieira dos Santos, "Desafios Jurídicos e Regulatórios das *Initial Coin Offerings*", cit., 315-316; o já mencionado Comunicado da CMVM de 23 de julho de 2018 e, de uma perspetiva europeia, Hacker e Thomale, "Crypto-Securities Regulation", cit., 24-25. Recusando a ideia da existência de um critério de comparabilidade funcional e defendendo uma interpretação formal do conceito, Barreto Menezes Cordeiro,

c) Os criptoativos com função monetária (*tokens* monetários, *monetary okens* ou *currency tokens*), por cumprirem as clássicas funções da moeda – unidade de conta, reserva de valor e meio de pagamento – serão coisas incorpóreas que corresponderão a instrumentos de pagamento ou meios contratuais de pagamento[39], mas não a moeda com curso legal[40].

Esclareça-se ainda que os criptoativos com funções de utilização e de investimento são uma *forma de representação* de direitos e deveres, tendo sempre uma relação jurídica de direito privado estabelecida entre emitente e titular "incorporada" na unidade relevante. Quanto aos criptoativos com funções puramente monetárias e a funcionar em *blockchains* públicas não podemos falar, na maioria dos casos, de uma relação jurídica obrigacional estabelecida entre emitente e titular[41].

Os criptoativos ou *tokens* híbridos apresentam maiores desafios à classificação – conforme avançado *supra,* poucos criptoativos são puramente de utilização, de investimento ou monetários. É muito comum reunirem-se

"Revisitando o conceito de valor mobiliário: o caso especial dos *tokens* emitidos no âmbito de ICOs", cit., 77. Em posição intermédia, indicando que uma análise casuística pode fazer o intérprete concluir pela desadequação da aplicação das normas de mercados de capitais a determinados *tokens* sem qualquer componente de investimento, Luís Roquette Geraldes / Mariana Solá de Albuquerque / João Lima da Silva, "ICOs: *security tokens vs. utility tokens*", cit., 343.

[39] Cfr. Hacker e Thomale, "Crypto-Securities Regulation", cit., 30-33; Iris Barsan, "Legal Challenges of Initial Coin Offerings (ICO)", cit, 57-58; António Garcia Rolo, "As Criptomoedas como Meio de Financiamento", cit., 291; João Vieira dos Santos, Regulação dos Criptoativos", cit., 49 e "Desafios Jurídicos e Regulatórios das *Initial Coin Offerings"*, cit., 308, 310-312; Luís Roquette Geraldes / Mariana Solá de Albuquerque / João Lima da Silva, "ICOs, *security tokens vs. utility tokens*", cit., 345-347.

Ver ainda o Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia de 22 de outubro de 2015, *Skatteverket c. David Hedqvist*, Proc. n.º C-264/14, EU:C:2015:718, veio indicar que a *Bitcoin,* por exemplo, era um "meio de pagamento contratual".

[40] Curso legal e poder liberatório resultam, nos termos do artigo 550.º do Código Civil, numa obrigatoriedade de aceitação por qualquer credor, que não pode recusar ser pago com espécies monetárias – notas e moedas – com curso legal. Não havendo nenhuma obrigação deste tipo para criptoativos com funções monetárias – ou criptomoedas – não se falará em curso legal. Cfr. *infra,* em 4.2, o desenvolvimento do tema feito a propósito da moeda bancária.

[41] João Vieira dos Santos, "Regulação dos Criptoativos", cit., 49; Hacker e Thomale, "Crypto-Securities Regulation", cit., 31-32, com algumas reservas e referindo a possibilidade de existência de deveres fiduciários dos *developers* de um dado criptoativo com funções monetárias; Iris Barsan, "Legal Challenges of Initial Coin Offerings (ICO)", cit, 58.

várias funcionalidades num único *token*. Um *token* de utilização, ao poder ser negociado em mercado secundário, acaba por ganhar – mesmo que não-intencional e supervenientemente – uma dimensão de investimento[42].

Saber que regime aplicar a cada criptoativo híbrido é uma tarefa difícil, devendo ter-se em conta um sem-número de variáveis e, acima de tudo, exigindo do intérprete-aplicador um raciocínio eminentemente teleológico[43].

No direito constituído, em que os criptoativos com componente de investimento podem ser considerados valores mobiliários, a conclusão a que se chegue sobre a sua natureza é, naturalmente, importante, podendo ser a diferença entre a sujeição de determinado criptoativo ao direito dos valores mobiliários e regras que daí advêm (publicação obrigatória de prospetos, abuso de mercado, etc.) ou a um regime muito menos exigente. Vejamos agora como é que tal importância se poderá vir a esbater no futuro próximo.

3.3. Regime Aplicável: Direito (Previsivelmente) a Constituir

O *status quo* referido anteriormente deverá mudar a breve trecho. Tal mudança, que se avizinha crucial, não terá lugar apenas no plano nacional, mas no plano europeu (como faz sentido num fenómeno transfronteiriço como este). Com efeito, a 24 de setembro de 2020, a Comissão Europeia publicou uma proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho relativo aos mercados de criptoativos (já conhecida pelo seu acrónimo em inglês, *MiCA*, de *markets in crypto-assets Regulation*)[44], inserida

[42] Cfr., para um exemplo, a descrição do caso *Munchee* em António Garcia Rolo, "As Criptomoedas como Meio de Financiamento", cit., 266-267, um *token* concebido como de mera utilização pois concederia ao seu titular uma permissão para utilizar um determinado programa, mas em que membros do público subscreveriam os referidos *tokens* para financiar um dado produto que, obtendo sucesso, podia fazer subir a cotação dos referidos *tokens*, o que os poderia aproximar dos *tokens* de investimento. A *Securities and Exchange Commission* norte-americana acabou por os considerar valores mobiliários (*securities*) nos termos do direito financeiro federal norte-americano.
Conforme indicam Hacker / Thomale, em "Crypto-Securities Regulation", cit., 37, pode considerar-se que o criptoativo *Ether* reúne as características das três categorias – é aceite e usado como meio de pagamento dentro e fora da rede *Ethereum*, dá uma utilidade funcional aos seus titulares através do uso das várias funcionalidades da rede *Ethereum*, nomeadamente na execução de *smart contracts* e é objeto de intensa especulação.

[43] Hacker / Thomale, em "Crypto-Securities Regulation", cit., 33-37, exploram vários casos de intersecção funcional entre criptoativos.

[44] Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho relativa aos mercados de criptoativos e que altera a Diretiva (UE) 2019/1937, COM/2020/593 final, disponível

no Pacote de Financiamento Digital (ou *Digital Finance Package*)[45] e mandatada pelo Plano de Ação da Comissão sobre *FinTech*[46].

À data da conclusão do presente texto, a Proposta de Regulamento já havia sido objeto de pronúncia por parte do Conselho da União Europeia e do Parlamento Europeu, que emitiram as suas posições negociais no âmbito do processo legislativo a 24 de novembro de 2021[47] e a 17 de março de 2022[48], respetivamente. Em ambos os casos, as instituições apresentaram propostas importantes de alteração. Apesar de o texto de referência para a análise das próximas páginas continuar a ser a Proposta da Comissão, propostas de alterações ou aditamentos importantes avançados pelo Conselho ou pelo Parlamento serão referidas quando relevantes. A redação final do Regulamento dependerá, naturalmente, das negociações entre os três colegisladores da União Europeia.

em https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:f69f89bb-fe54-11ea-b44f-01aa75ed71a1.0006.02/DOC_1&format=PDF.

Sobre a Proposta de Regulamento, cfr., entre outros, Guido Ferrarini / Paolo Giudici, *Digital Offerings and Mandatory Disclosure: a Market-Based Critique of MiCA*, European Corporate Governance Institute – Law Working (2021), disponível em https://ssrn.com/abstract=3914768, 16-24; Dirk Zetzsche / Filippo Annunziata / Douglas Arner / Ross Buckley, *The Markets in Crypto-Assets Regulation (MICA) and the EU Digital Finance Strategy*, cit.; Guilherme Maia / João Vieira dos Santos, "Proposal for a Regulation on Market in Crypto-Assets and Decentralised Finance", em *Blockchain and the law: Dynamics and dogmatismo, current and future* (ed. Francisco Pereira Coutinho / Martinho Lucas Pires / Bernardo Barradas), no prelo, disponível em https://ssrn.com/abstract=3875355; António Garcia Rolo, "A Proposta de Regulamento Europeu sobre Mercados de Criptoativos: Breve Sumário e Análise", cit..

[45] Que inclui ainda propostas de regulamentos sobre infraestruturas de mercado baseadas em DLT e sobre resiliência digital no setor financeiro. Para mais detalhes, cfr. https://ec.europa.eu/info/publications/200924-digital-finance-proposals_en.

[46] Comunicação da Comissão, *Plano de Ação para a Tecnologia Financeira: rumo a um setor financeiro europeu mais competitivo e inovador*, COM(2018) 109 final, 08.03.2018, disponível em https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:52018DC0109&from=EN.

[47] Conselho da União Europeia, *Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on Markets in Crypto-Assets, and amending Directive (EU) 2019/1937,* Ficheiro Interinstitucional 2020/0265, 16.12.2021, disponível em https://www.consilium.europa.eu/media/53105/st14067-en21.pdf.

[48] Parlamento Europeu, *Report on the Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on Markets in Crypto-Assets, and amending Directive (EU) 2019/1937,* PE663.215V02-00 (Stefan Berger), 17.03.2022.

O Regulamento proposto procura criar um regime relativamente holístico para os criptoativos, aplicando-se a todos os criptoativos que não sejam definidos como instrumentos financeiros nos termos da DMIF II (o que corresponderá essencialmente à definição de criptoativo com funções de investimento ou *investment* ou *equity token*, já vista acima) e os criptoativos já definidos como moeda eletrónica nos termos da Diretiva da Moeda Eletrónica[49].

Conforme já avançado *supra* a propósito da definição proposta de "criptoativo", o Regulamento proposto definiu criptoativo, no artigo 3.º, n.º 1, 2.º parágrafo do Regulamento proposto, da forma mais ampla possível – "*representação digital de valor ou de direitos que pode ser transferida e armazenada eletronicamente recorrendo à tecnologia de registo distribuído* [distributed ledger-technology] *ou outra tecnologia semelhante.*" – procurando abranger todas as expressões e configurações de criptoativos[50].

O facto de os criptoativos que se qualifiquem como instrumentos financeiros nos termos da DMIF II e dos que se qualifiquem como moeda eletrónica nos termos da Diretiva da Moeda Eletrónica não se encontrarem no âmbito subjetivo do Regulamento proposto não quer dizer que estejam excluídos da definição de criptoativo do Regulamento.

A colocação inequívoca dos criptoativos com função de investimento no âmbito do direito financeiro e dos valores mobiliários vem vingar os entendimentos expostos por muita doutrina quanto à natureza desta categoria de criptoativos. Tal colocação, segundo a própria Comissão, foi orientada por um *princípio de neutralidade de tecnologia*, i.e., não é o facto de a tecnologia subjacente a um criptoativo ou *token* de investimento ser diferente da de um instrumento financeiro tradicional que justificará um regime distinto[51].

[49] Diretiva 2009/110/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de setembro de 2009, relativa ao acesso à atividade das instituições de moeda eletrónica, ao seu exercício e à sua supervisão prudencial.
Note-se que a versão constante do mandato de negociação do Conselho suprime a referida exclusão do seu âmbito objetivo. A versão constante do Relatório do Parlamento mantém a redação original.

[50] Enquanto o mandato de negociação do Conselho não propôs alterações à definição de criptoativo proposta pela Comissão, o Relatório do Parlamento introduziu algumas alterações, definindo um criptoativo como *"a representação digital de um valor ou de um direito que use meios criptográficos para efeitos de segurança e seja representado por uma moeda ou uma ficha ou qualquer outro meio de representação digital e que pode ser transferida e armazenada eletronicamente recorrendo à tecnologia de registo distribuído ou outra tecnologia semelhante"* (tradução do autor). Cfr. Relatório do Parlamento, cit., 30.

[51] Cfr., a propósito, o Considerando 6 da proposta de Regulamento, onde se diz que a legislação europeia não deve favorecer uma dada tecnologia e que instrumentos financeiros

Criptoativos infungíveis como os NFTs não são expressamente excluídos do Regulamento proposto, até porque, aquando da publicação da proposta, não eram um fenómeno amplamente conhecido. No entanto, algumas isenções aos regimes encontrados ao longo do Regulamento proposto são aplicáveis a NFTs, e a sua natureza infungível é incompatível com os regimes propostos. O mandato de negociação do Conselho – posterior à grande exposição mediática dos NFTs – já prevê expressamente a sua exclusão do âmbito do Regulamento[52].

O Regulamento proposto contém três regimes[53]:

a. Regras aplicáveis à emissão de criptoativos (Títulos II, III e IV, artigos 4.º a 52.º).

conforme definidos na DMIF II devem continuar regulados pelo regime aplicável aos instrumentos financeiros, "*independentemente da tecnologia utilizada para a sua emissão ou transferência*". A exclusão clara de muitos *tokens* de investimento do âmbito objetivo deste regime e, consequentemente, a confirmação da sua inclusão no âmbito objetivo da DMIF II como instrumentos financeiros e, na maioria dos casos, como valores mobiliários nos termos dos direitos nacionais (muitos certamente serão valores mobiliários no direito português), é uma notícia importante, ao confirmar o que anos de discussão e pensamento de autoridades, práticos e teóricos já antecipavam. A propósito, cfr., entre outros, Philip Hacker / Chris Thomale, "Crypto-Securities Regulation: ICOs, Token Sales and Cryptocurrencies under EU Financial Law", cit., 665-678; João Vieira dos Santos, "Regulação dos Criptoativos", *Cadernos do Mercado de Valores Mobiliários,* 50-54 e "Desafios Jurídicos e Regulatórios das *Initial Coin Offerings*", cit., 312-317; Luís Roquette Geraldes / Mariana Solá de Albuquerque / João Lima da Silva, "ICOs: *security tokens vs. utility tokens*", cit., 343-344; Barreto Menezes Cordeiro, "Revisitando o conceito de valor mobiliário: o caso especial dos *tokens* emitidos no âmbito de ICOs", em *Direito dos Valores Mobiliários e dos Mercados de Capitais: Angola, Brasil e Portugal* (coord. Barreto Menezes Cordeiro e Francisco Satiro), Almedina, Coimbra, 2019, 61-81, 76-77; António Garcia Rolo, "As criptomoedas como meio de financiamento e a qualificação dos *tokens* de investimento emitidos em ofertas públicas de moeda (ICO) como valores mobiliários", cit., 279-292 Cfr. ainda o Comunicado da CMVM às entidades envolvidas no lançamento de "*Initial Coin Offerings*" (ICOs) relativo à qualificação jurídica dos *tokens*, 23 de julho de 2018, disponível em https://www.cmvm.pt/pt/Comunicados/Comunicados/Pages/20180723a.aspx.

[52] O Mandato de negociação do Conselho da União Europeia, cit., 56, inclui uma exclusão expressa, indicando que o Regulamento não se aplica a "criptoativo únicos e infungíveis com outros criptoativo".

O Relatório do Parlamento, cit., 35, não acompanhou esta exclusão expressa do âmbito de aplicação do Regulamento, mantendo a técnica usada pela Proposta da Comissão, i.e., exclusão dos NFTs do âmbito do regime das ofertas públicas de criptoativos.

[53] O Autor aprofundou a descrição dos regimes em António Garcia Rolo, "A Proposta de Regulamento Europeu sobre Mercados de Criptoativos: Breve Sumário e Análise", cit, *passim*.

i. Regime base de emissão de criptoativos que não sejam *stablecoins* (Título II, artigos 4.º a 13.º), que contém regras de emissão e de oferta pública de criptoativos que não entrem em nenhuma das duas categorias de *stablecoins* previstas no Regulamento proposto (as duas categorias de *stablecoins* relevantes são *tokens* referenciados a ativos ou *tokens* de moeda eletrónica). Tal regime inclui a obrigatoriedade da publicação de um livro branco (ou *white paper*)[54] que tem de cumprir determinados requisitos (sem necessidade de autorização administrativa), um direito de resolução dos subscritores e um regime de responsabilidade civil do emitente pelo conteúdo do livro branco.
ii. Regime de emissão mais exigente aplicável aos emitentes de *stablecoins* (Título III e IV, artigos 15.º a 52.º), cuja emissão e oferta pública carecem de autorização administrativa que resulta num processo complexo que envolve uma autoridade nacional a designar, as autoridades de supervisão financeira da União Europeia e o BCE. Os emitentes de *stablecoins* podem ainda estar sujeitos a requisitos prudenciais quanto aos ativos de reserva que serem de referência ao valor da *stablecoin* emitida e também requisitos de capitais próprios. Os requisitos prudenciais tornam-se mais exigentes caso a Autoridade Bancária Europeia ou o próprio emitente qualifiquem as *stablecoins* por eles emitidas como "significativas".

b. Regime aplicável a prestadores de serviços de criptoativos (Título IV, artigos 53.º a 75.º), que incluem, entre outros, depósito de criptoativos por conta de outrem, gestão de plataformas de negociação de criptoativos, troca de criptoativos por moeda com curso legal ou por outros criptoativos ou execução, colocação, receção e transmissão de ordens por conta de outrem sobre criptoativos. Quem quiser prestar estes serviços deve ser autorizado para tal pela autoridade competente designada em cada Estado-Membro e deverá cumprir uma série de requisitos formais, prudenciais e orgânicos paralelos aos que os intermediários financeiros já estão sujeitos nos termos da DMIF II.
c. Regime de prevenção de abuso de mercado (Título V, artigos 76.º a 80.º) onde se preveem normas materialmente semelhantes – se bem

[54] Apesar de a própria proposta dizer expressamente que o *white paper,* ou livro branco, não é um prospeto, aquele é funcionalmente equivalente a este.

que mais lacónicas – às previstas no Regulamento de Abuso de Mercado[55], aplicáveis a condutas paralelas em relação a valores mobiliários.

Os regimes aplicáveis a prestadores de serviços de criptoativos e de abuso de mercado são aplicáveis de forma transversal a *todas* as modalidades de criptoativos que entrem no âmbito subjetivo do Regulamento proposto, incluindo a maioria dos criptoativos com funções de utilização e com funções monetárias, mas excluindo os criptoativos com funções de investimento que se qualifiquem como instrumentos financeiros, sujeitos aos regimes próprios do Regulamento dos Prospetos, da DMIF II e do Regulamento de Abuso de Mercado.

Os regimes aplicáveis à emissão e oferta pública de criptoativos são diversos, o regime mais básico aplicando-se a criptoativos com funções de utilização e criptoativos com funções monetárias que não sejam qualificados como *stablecoins* (criptoativos cujo valor é determinado por referência a um ou mais ativos "reais" subjacentes, tais como moedas com curso legal ou matérias primas); e o regime de emissão e de oferta pública mais complexo aplicável às referidas *stablecoins*.

A tabela esquemática abaixo exporá melhor a diversidade de categorias e dos regimes que lhes serão aplicáveis:

Tipo de Criptoativo		**Regime Aplicável à Emissão**	**Regime Aplicável à Prestação e Serviços e Abuso de Mercado**
Utilização		Regime base do Regulamento MiCA	Regulamento MiCA
Monetário	Valor determinado por referência a um ativo ou mais ativos "reais" (= *stablecoin*)	Regime mais exigente do Regulamento MiCA, aplicável aos *tokens* referenciados a ativos e aos *tokens* de moeda eletrónica	Regulamento MiCA
	Valor não é determinado por referência a um ou mais ativos "reais"	Regime base do Regulamento MiCA	Regulamento MiCA
Investimento		DMIF II/Regulamento dos Prospetos	DMIF II/Regulamento do Abuso de Mercado

[55] Regulamento (UE) n.º 596/2014 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de abril de 2014 , relativo ao abuso de mercado, disponível em https://eur-lex.europa.eu/legal-content/pt/TXT/?uri=CELEX%3A32014R0596.

A tabela precedente é uma simplificação da realidade do conteúdo funcional dos vários criptoativos, que podem apresentar características de mais do que uma categoria – criptoativos ou *tokens* híbridos.

No entanto, com o quadro normativo que previsivelmente estará em vigor, a importância de um dado criptoativo integrar uma das categorias funcionais passará a ser mais relativa. Com efeito, qualquer criptoativo acaba por ficar sujeito a um de dois regimes: *(i)* os regimes de emissão, prestação de serviços e abuso de mercado do Regulamento proposto para criptoativos com funções monetárias e de utilização; ou *(ii)* os regimes jusmobiliários já vigentes aplicáveis a ofertas públicas, serviços de intermediação financeira e abuso de mercado constantes do Regulamento dos Prospetos, da DMIF II e do Regulamento de Abuso de Mercado, respetivamente.

Como as regras dos regimes do Regulamento proposto são decalcadas dos três diplomas de direito mobiliário europeu em vigor, a circunstância de um dado criptoativo ser classificado como tendo funções de utilização ou de investimento torna-se menos relevante, pois a diferença regimental estreita-se (apesar de não cessar completamente).

Como exemplo dessa diferença regimental compare-se o regime de emissão de valores mobiliários constante do Regulamento dos Prospetos e das disposições relevantes no Código dos Valores Mobiliários (aplicáveis aos criptoativos com função de investimento) com o regime de emissão de criptoativos que não sejam *stablecoins* previsto no Regulamento proposto. Aquele é mais exigente do que este, pois o prospeto de emissão de valores mobiliários, de publicação obrigatória, deve ser aprovado pela autoridade competente para ser publicado (artigo 20.º do Regulamento dos Prospetos), ao passo que o livro branco de um criptoativo dentro o âmbito do Regulamento MiCA que não seja uma *stablecoin* não carece de aprovação para ser publicado.

De todo o modo, chegados a este momento, deve pôr-se a seguinte questão para reflexão – já que o proposto Regulamento MiCA acaba por ser uma versão "*light*" do Regulamento dos Prospetos, da DMIF II e do Regulamento de Abuso de Mercado, com algumas originalidades específicas às *stablecoins*, faz sentido que alguns criptoativos – de utilização e monetários – fiquem sujeitos a este futuro diploma, e outros – os de investimento – fiquem sujeitos a requisitos mais exigentes nos diplomas estruturais de direito financeiro europeu?

Não parece justificar-se esta diferença de tratamento. O Regulamento proposto parece reconhecer, implicitamente, que todos os criptoativos, independentemente da sua função originária, têm uma dimensão de inves-

timento, ao impor aos criptoativos com funções de utilização e monetárias regras decalcadas daquelas aplicáveis aos valores mobiliários – são emitidos, deve ser publicada informação específica (livro branco ou prospeto), regime especial de responsabilidade, regime especial aplicável às entidades que prestam serviços com eles relacionados e regras de abuso de mercado.

Não pretendo apresentar soluções definitivas, mas podem aventar-se duas alternativas de tratamento legislativo *unitário* dos criptoativos: *(i)* a sujeição de todos os criptoativos ao direito financeiro europeu (i.e., trio Regulamento dos Prospetos-DMIF II-Regulamento de Abuso de Mercado, o que no direito português significaria sujeitá-los ao Código dos Valores Mobiliários), mesmo que com adaptações que tenham em conta as suas especificidades técnicas, por todos terem uma certa componente, explícita ou implícita, de investimento; ou *(ii)* a sujeição de *todos* os criptoativos ao mesmo diploma próprio, como o Regulamento MiCA.

Conquanto a distinção entre "criptoativos que não sejam de investimento e por isso não são valores mobiliários" e "criptoativos que são de investimento e por isso são valores mobiliários" e a sujeição de ambas as categorias a regimes distintos possa fazer sentido de um ponto de vista puramente formal e conceptual, não se vê qualquer benefício material em fazê-lo. Um regime unitário resolveria problemas de classificação funcional (tornar-se-ia menos relevante saber qual a função de um criptoativo) e alinharia requisitos e regimes aplicáveis. Resta saber se é mais pertinente criar um regime unitário à parte do direito financeiro vigente ou se se deve introduzir estes ativos no direito financeiro vigente.

4. Distinção de Figuras Afins: as Moedas Desmaterializadas

4.1. Introdução

Neste capítulo final, procurar-se-á expor, de forma breve, quais as diferenças fundamentais entre os criptoativos, nomeadamente os criptoativos com função monetária ou criptomoedas, e as duas categorias de moeda desmaterializada – a moeda bancária e a moeda eletrónica.

Não sendo esta sede ideal para explorarmos as dificuldades na delimitação conceptual do termo moeda[56], segue-se a indicação de Mendes

[56] A propósito, cfr. Francisco Mendes Correia, em *Moeda Bancária e Cumprimento*, Almedina, Coimbra, 2017, 36-41, 38-39 e 46-47, onde sublinha a dificuldade na delimitação conceptual do termo "moeda".

Correia de que a locução moeda pode conhecer essencialmente dois sentidos – moeda em sentido institucional, que fará sentido para designar as funções monetárias; e moeda em sentido objetivo ou a moeda-mercadoria, que já corresponderá aos bens móveis, também conhecidos como espécies monetárias[57].

Ambos os conceitos pressupõem o cumprimento das três *funções da moeda* – meio de troca[58], unidade de conta[59] e reserva de valor[60].

A moeda em sentido institucional tem encontrado concretização, tradicionalmente, em espécies monetárias, de diversa e variada espécie quase sempre em suporte físico ou material – metais preciosos, moedas ou notas fiduciárias[61].

Ora, o fenómeno da desmaterialização da moeda tem-se vindo a manifestar de forma cada vez mais intensa nas últimas décadas, através das suas

[57] Mendes Correia, *Moeda Bancária e Cumprimento*, cit., 36-41, 46-47, começa por indicar que o termo moeda tanto pode compreender moeda em sentido institucional, identificada como dinheiro, e moeda mercadoria, identificada com as espécies monetárias, como as moedas metálicas e as notas. Posteriormente, o Autor parece seguir a tripartição de Karsten Schmidt, entre moeda em sentido institucional (referência às funções da moeda), moeda em sentido objetivo, referente à aptidão de alguns bens móveis (como moedas e notas) para desempenhar funções monetárias; e em sentido concreto-funcional, termo usado para integrar todos os meios através dos quais são desempenhadas funções monetárias identificadas por um processo de concretização.

[58] As pessoas trocam bens por moeda, ora dando moeda em troca de um bem de que necessitem, ora alienando um bem de que não precisem em troca de moeda, meio universalmente aceite como meio de pagamento, representando uma evolução do modelo primordial de troca direta. Cfr. Fernando Araújo, *Introdução à Economia,* cit., 824; Mendes Correia, *Moeda Bancária e Cumprimento*, cit., 42-44; Menezes Cordeiro, *Direito Bancário*, cit. 85.

[59] A moeda é usada como referência comum para expressar o valor dos bens, encarnado no conceito de "preço". Cfr. Fernando Araújo, *Introdução à Economia,* 3.ª ed., Almedina, Coimbra, 2005, 824; Mendes Correia, *Moeda Bancária e Cumprimento*, cit., 42-44; Menezes Cordeiro, *Direito Bancário*, 5.ª ed., Almedina, Coimbra, 2014, 86.

[60] Permite que se difira os pagamentos para o futuro, podendo a moeda pode ser entesourada usada para outras e futuras transações, sendo uma reserva de valor mais estável do que outros bens mais perecíveis. Cfr. Fernando Araújo, *Introdução à Economia,* cit., 824; Mendes Correia, *Moeda Bancária e Cumprimento*, cit., 42-44; Menezes Cordeiro, *Direito Bancário*, cit. 86.

[61] Para mais detalhes sobre a evolução histórica da moeda, cfr. Fernando Araújo, *Introdução à Economia,* cit., 824-825; José Renato Gonçalves, "A Desmaterialização da Moeda: nota sobre o passado e o futuro do dinheiro", em *Estudos Jurídicos e Económicos em Homenagem ao Prof. Doutor António de Sousa Franco,* Vol. II, Coimbra Editora, Coimbra, 2006, 733-756, 738-742.

expressões moeda bancária, moeda eletrónica e criptomoeda (para efeitos de facilidade de exposição, usar-se-á "criptomoeda" em vez de "criptoativo com funções monetárias").

De entre as várias formas de moeda desmaterializada, a moeda bancária é certamente a "moeda rainha" dos tempos que correm, não só face às outras moedas desmaterializadas mas também face à moeda física ou fiduciária[62].

4.2. A Moeda Bancária

A moeda bancária é uma moeda escritural, criada por instituições de crédito (bancos) ou outras instituições de pagamento, que consiste num saldo líquido ou credor de uma conta bancária mobilizável pelo cliente[63]. Tal mobilização resulta no acesso, por parte do cliente, a várias *operações de pagamento*, tais como transferências bancárias, pagamentos com cartão a crédito ou a débito ou débitos diretos[64].

[62] Engrácia Antunes, "A Moeda Bancária – Breves Reflexões", *Revista de Direito Financeiro e dos Mercados de Capitais,* 2 – 2021, 499-536, 509-510.
O Banco Central Europeu indicou que, em 2020, o total de *non-cash payments* na Europa chegou a 167.3 triliões de euros – cfr. Banco Central Europeu, *Payment Instruments and Systems 2020*, disponível em: https://www.ecb.europa.eu/press/pr/stats/paysec/html/ecb.pis2020~5d0ea9dfa5.en.html.
Em Portugal, o Banco de Portugal estima que o volume total de operações de pagamento operadas através do Sistema de Compensação Interbancária (SICOI, que engloba as operações de menor montante) chegou aos 501,5 mil milhões de euros e as operadas através do TARGET2-PT (para montantes mais elevados) chegaram aos 1,7 biliões de euros – cfr. Banco de Portugal, *Relatório dos Sistemas de Pagamentos* 2020, disponível em https://www.bportugal.pt/sites/default/files/anexos/pdf-boletim/rsp2020.pdf.

[63] Mendes Correia, em *Moeda Bancária e Cumprimento*, cit., 26, 40-41, indica que a moeda bancária corresponde aos "saldos mobilizáveis por clientes de bancos"; enquanto L. Pestana de Vasconcelos, em *Direito Bancário*, Almedina, Coimbra, 2017, 21, indica que se trata de "moeda escritural", criada pelos bancos, que "consiste em saldos de contas bancárias"; Engrácia Antunes, em "A Moeda Bancária – Breves Reflexões", cit., 500, define moeda bancária como a "moeda constituída pelos saldos líquidos ou credores das contas de depósito e de pagamento de que são titulares os clientes dos bancos e outros prestadores de serviços de pagamento"; José Renato Gonçalves, em "A Desmaterialização da Moeda", cit., 744, indica que a moeda escritural ou bancária corresponde ao "salto positivo da conta corrente" que tem origem "na abertura de um crédito pelo banqueiro, não se confundido com os depósitos efetuados"; Giuliano Lemme, em *Moneta Scritturale e Moneta Elettronica,* G. Giappichelli, Turim, 2003, 25-38, descreve a moeda bancária como modalidade ou expressão de um conceito mais amplo de moeda escritural.

[64] Para mais detalhes, cfr. Engrácia Antunes, "A Moeda Bancária – Breves Reflexões", cit., 509-510; 535. Especificamente sobre a transferência a crédito, mas com referência ao regime

Ela é criada através de um *ato privado* das instituições de crédito e outras entidades legalmente habilitadas[65], no exercício dos serviços de depósito e de pagamento por aquelas prestados[66], sendo pressuposto a existência de uma *relação contratual entre o cliente e a instituição de crédito*.

A moeda bancária corresponde pois a um *crédito pecuniário* do cliente sobre a instituição onde se encontra a sua conta de depósito bancário[67].

Ela *nasce, circula e morre com inscrições escriturais a crédito e a débito em contas bancárias*, feitas pelas instituições legalmente habilitadas para o efeito, no contexto de operações de pagamento e outras tais como levantamento e depósito de numerário. Um lançamento a crédito cria moeda bancária, um lançamento a débito destrói moeda.

Quando tais operações de pagamento ocorrem, ambas as contas envolvidas são ajustadas – a conta do ordenante é debitada e a do beneficiário creditada, sem ocorrer qualquer transferência de moeda física ou de numerário. Com efeito, se A. comprar um carro a B. por 10.000 euros e pagar por transferência bancária, não existe qualquer tradição de espécies monetárias físicas. A transferência implica tão-só uma alteração nos valores na conta de cada um dos intervenientes. Se A. tem 20.000 euros na sua conta bancária e "transfere" 10.000 euros a B., o seu crédito sobre a instituição de crédito onde tem a conta diminui de 20.000 para 10.000 euros. O inverso sucederá

pretérito, cfr. Rita Vera-Cruz Pinto Bairros, "A Transferência a Crédito – Notas Caracterizadoras no Contexto da SEPA e do Regime Jurídico dos Serviços de Pagamento", em *Cadernos o Direito 8 (2014) Temas de Direito Bancário I,* Almedina, Coimbra, 2014, 221-333.

[65] Em contraste com a emissão de moeda física, por exemplo, privilégio das autoridades públicas, tais como Estados e bancos centrais. Cfr., a propósito desta distinção L. Pestana Vasconcelos, *Direito Bancário*, cit., 25-27, apesar de a moeda bancária continuar a ser privada, a sua emissão constitui um privilégio que torna o sistema bancário um bem ainda mais essencial para a economia e para o Estado, o que justifica a exigência de mais apertados controlos públicos ao financiamento dos bancos; Engrácia Antunes, "A Moeda Bancária – Breves Reflexões", cit., 531, ambos sublinhando as limitações regulatórias a esse caráter "privado". Conforme diz Engrácia Antunes, "a natureza de direito privado da emissão de moeda bancária encontra-se balizada pelo quadro jurídico-organizativo de cariz prudencial e regulatório definido pelo legislador europeu e nacional, em particular através da imposição de reservas mínimas e da adequação de fundos próprios..."; Paula Ponces Camanho, *Do Contrato de Depósito Bancário,* Almedina, Coimbra, 2005, 24-25, que sublinha a função dos bancos como criadores de moeda.

[66] Engrácia Antunes, "A Moeda Bancária – Breves Reflexões", cit., 514-515, 530.

[67] L. Pestana Vasconcelos, *Direito Bancário*, cit., 24, indica que a moeda bancária traduz um crédito pecuniário do cliente sobre o banco, cujo objeto é a moeda legal. Cfr. ainda Engrácia Antunes, "A Moeda Bancária – Breves Reflexões", cit., 509-512.

com B., que verá o seu crédito sobre o seu banco aumentar por 10.000 euros. Tudo se passa com meros registos feitos por cada um dos bancos envolvidos[68].

Assim, a moeda bancária reúne pelo menos as seguintes características: *(i)* representa um crédito pecuniário do cliente sobre a instituição; *(ii)* é desmaterializada[69]; *(iii)* tem por referência a uma moeda com curso legal; e *(iv)* é de fonte privada[70]. Adicionalmente, a moeda bancária tem subjacente uma infraestrutura de sistemas de pagamento cuja operação é balizada pela lei[71].

Saber se a moeda bancária tem curso legal, ou seja, se existe obrigatoriedade geral da aceitação da moeda no cumprimento das obrigações pecuniárias e que tenha força liberatória geral, i.e., a faculdade que a moeda com curso legal tem de extinguir as obrigações que exprima, sob pena de mora do credor em caso de recusa (cfr. artigo 550.º do Código Civil)[72], é um tema

[68] Cfr. Engrácia Antunes, "A Moeda Bancária – Breves Reflexões", cit., 501; Mendes Correia, em *Moeda Bancária e Cumprimento*, cit., 309-310; L. Pestana Vasconcelos, *Direito Bancário*, cit., 25.

[69] Engrácia Antunes, em "A Moeda Bancária – Breves Reflexões", cit., 513-514, descreve em detalhe o fenómeno de gradual desmaterialização da moeda, indicando que, apesar de ter culminado com a moeda eletrónica e a criptomoeda, foi com a moeda bancária que se deu a "definitiva rutura epistemológica" que identifica o dinheiro ou moeda com os respetivos suportes ou representações típicas da moeda física.

[70] Engrácia Antunes, "A Moeda Bancária – Breves Reflexões", cit., 514-515.

[71] O diploma central na regulação dos sistemas de pagamento é o Regime Jurídico dos Sistemas de Pagamento e da Moeda Eletrónica, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 91/2018, de 12 de novembro ("**RJSPME**"), que resulta da transposição da Diretiva (UE) 2015/2366 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de novembro de 2015, relativa aos serviços de pagamento no mercado interno ("**Diretiva dos Serviços de Pagamento II**") Sobre a Diretiva, cfr., entre outros, Francisco Mendes Correia, "Uma Revolução Permanente? A DSP 2 e o Novo Direito dos Serviços de Pagamento", em *III Congresso de Direito Bancário,* Almedina, Coimbra, 2018, 385-404.
Em Portugal, existem dois grandes sistemas de pagamento, o TARGET2-PT, para pagamentos de grande montante e o Sistema de Compensação Interbancária (ou "**SICOI**") para pagamentos de retalho. O Banco de Portugal participa, com o Banco Central Europeu, na superintendência do TARGET2-PT. O SICOI é superintendido pelo Banco de Portugal apenas. Cfr., para mais detalhes Engrácia Antunes, "A Moeda Bancária – Breves Reflexões", cit., 508; Mendes Correia, *Moeda Bancária e Cumprimento,* cit., 340-346; Inês Pinto Basto, "A Nova Diretiva de Serviços de Pagamento", *Actualidad Jurídica Uría Menéndez* 46-2017, 118-123.

[72] Engrácia Antunes, "A Moeda Bancária – Breves Reflexões", cit., 516; Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil VI,* (colab. A. Barreto Menezes Cordeiro), Almedina,

altamente controverso. Se é verdade que ela não se encontra expressamente mencionada no artigo 550.º do Código Civil como tendo curso legal, a maioria da doutrina parece inclinar-se para afirmar que sim[73].

4.3. A Moeda Eletrónica

A moeda eletrónica corresponde à moeda armazenada eletronicamente, representando um crédito sobre o emitente (que é uma instituição especializada), contra a receção de notas de banco, moedas e moeda bancária para efetuar operações de pagamento[74].

Não ocupando o lugar de preponderância que a moeda bancária ocupa na sociedade hodierna, a moeda eletrónica goza ainda assim de alguma

Coimbra, 2019, 737; Antunes Varela, *Direito das Obrigações I*, 10.ª ed., Almedina, Coimbra, 2000, 846.

[73] Os principais argumentos aventados são: *(i)* não é excluída como tendo curso legal; *(ii)* as normas relevantes de direito da União Europeia não fazem essa distinção; *(iii)* existe um conjunto alargado de normas de direito nacional que tornam a aceitação de moeda bancária obrigatória em algumas situações, conferindo um "mandato geral para a aceitação da moeda bancária" (pagamentos acima de determinado valor, a liquidação de um conjunto muito alargado de operações fiscais ou de pagamentos ao Estado, etc.); *(iv)* existe um uso comercial de equiparação genérica das moedas física e bancária; *(v)* o princípio geral de boa-fé no cumprimento das obrigações pecuniárias, previsto no artigo 762.º, n.º 2, do Código Civil leva a que, na ausência de acordo expresso entre as partes, o credor não pode recusar pagamento com fundamento exclusivo na natureza específica da moeda; e *(vi)* a proteção dos depósitos bancários via Fundo de Garantia de Depósitos. Cfr., a propósito, Mendes Correia, em *Moeda Bancária e Cumprimento*, cit., 120-121; L. Pestana Vasconcelos, em *Direito Bancário*, cit., 27; Engrácia Antunes, em "A Moeda Bancária – Breves Reflexões", cit., 517-522.

[74] O RJSPME, no seu artigo 2.º, al. d), define moeda eletrónica como "o valor monetário armazenado eletronicamente, inclusive de forma magnética, representado por um crédito sobre o emitente e emitido após receção de notas de banco, moedas e moeda escritural, para efetuar operações de pagamento (...) e que seja aceite por pessoa singular ou coletiva diferente do emitente de moeda eletrónica".
Engrácia Antunes, em "*E-Money", Revista Eletrónica de Direito*, Junho 2021, N.º 2 – Vol. 25, disponível em https://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/34121/1/2_jose_engracia_antunes_1736.pdf, define moeda eletrónica como "a moeda armazenada em suporte eletrónico, emitida por instituições especializadas contra a receção de notas de banco, de moedas metálicas, ou de moeda escritural, destinada a efetuar operações de pagamento". Cfr. ainda, Miguel Brito Bastos, "O dinheiro eletrónico e o Código Civil: aplicação do Regime Jurídico dos Serviços de Pagamento e da Moeda Eletrónica (RJSPME) e do Código Civil à moeda eletrónica", em *Boletim da Ordem dos Advogados* 8, Fevereiro de 2018, disponível em http://historico-ordemadvogados.impresa.pt/08/destaque---opiniao-3; Mendes Correia, *Moeda Bancária e Cumprimento*, cit., 29; Giuliano Lemme, *Moneta Scritturale e Moneta Elettronica*, cit., 121-128.

popularidade, demonstrada através da utilização de sistemas de emissão mais antigos, como o *PayPal* ou outros mais recentes, entre os quais se conta o sistema *Revolut*. Apesar de menos popular, apresenta uma opção menos onerosa para os clientes do que a moeda bancária, com um menor grau de intermediação e pagamentos mais rápidos[75].

Engrácia Antunes identifica algumas características definidoras da moeda eletrónica: *(i)* é uma moeda, cumprindo as já referidas funções monetárias clássicas[76]; *(ii)* suporte eletrónico, conforme desenvolvido *infra*; *(iii)* desmaterialização, característica partilhada com a moeda bancária[77]; *(iv)* tal como a moeda bancária, representa um crédito pecuniário sobre o emitente, reembolsável e convertível[78]; e *(v)* provisão monetária, ou seja, só pode ser criada após prévia disponibilização de moeda física ou bancária pelo portador junto do emitente[79].

Quanto à infraestrutura tecnológica que está subjacente à moeda eletrónica, podem destacar-se duas formas de armazenamento: *(i)* a moeda eletrónica tipo *hardware,* armazenada em cartões físicos, em cuja banda magnética ou *chip* eletrónico são registadas as unidades monetárias, nos quais os contrato de admissão obriga a entidade emitente à realização de registos digitais ou magnéticos num cartão[80]; ou *(ii)* a moeda eletrónica tipo *software,*

[75] Engrácia Antunes, em "*E-Money",* cit., 9.

[76] Engrácia Antunes, em "*E-Money",* cit., 12-14, indicando que a sua função de meio de pagamento é reconhecida expressamente na lei, com o artigo 2.º, al. ff) do RJSPME a indicar que ela pode ser utilizada pelo seu titular "para efetuar operações de pagamento", i.e., "depósitos, levantamentos e transferências de fundos pecuniários" ou com o artigo 2.º, al. w) do RJSPME a equiparar a moeda eletrónica às moedas física e bancária enquanto "fundo pecuniário que pode ser objeto de operações de pagamento".

[77] Engrácia Antunes, em "*E-Money",* cit., 15-17.

[78] Engrácia Antunes, em "*E-Money",* cit., 16-17, refere como "dois traços identitários fundamentais" da moeda eletrónica: *(i)* o seu caráter reembolsável da perspetiva do portador, i.e., o portador tem um direito de reembolso de parte ou da totalidade do valor monetário correspondente à moeda eletrónica, podendo exercer tal direito a todo o momento e pelo respetivo valor nominal (cfr. artigo 139.º do RJSPME); e *(ii)* convertibilidade do ponto de vista do aceitante, ou seja, o aceitante encontra-se investido, perante o emitente, a exigir-lhe a conversão de parte ou a totalidade de dado montante de moeda eletrónica pago pelo portador, conversão em numerário ou moda bancária. .

[79] Engrácia Antunes, em "*E-Money",* cit., 17-19. Assim o diz a própria definição legal do artigo 22.º, al. ff) do RJSPME. Tal característica exclui a disponibilização de outras contrapartidas, mesmo que de natureza monetária ou outras (criptoativos, valores mobiliários, moeda eletrónica, etc.).

[80] Engrácia Antunes, em "*E-Money",* cit., 21-22, descreve que geralmente trata-se de moeda eletrónica de baixo valor usada no âmbito do comércio a retalho, com cartões com banda

armazenada através do registo em contas armazenadas em servidores digitais, que implica a celebração de um contrato-quadro de prestação de um serviço digital pela entidade emitente e é atribuída ao utilizador faculdades de dirigir à entidade emitente ordens de pagamento ou de exigir reembolso até ao limite do valor armazenado em conta[81].

A moeda eletrónica apenas pode ser emitida por instituições de crédito ou instituições de moeda eletrónica, tal como indicado pelo artigo 12.º do RJSPME, contra a provisão prévia de moeda física ou de moeda bancária pelo portador[82].

Tal como a moeda bancária, a moeda eletrónica pode ser usada pelo seu portador para depositar, levantar ou transmitir fundos[83] e a sua circulação é assegurada por um sistema de pagamentos autónomo[84] e sem intermediários[85].

magnética ou *chip*, podendo ser carregados através de utilização de caixas automáticas ou de *home banking*. Giuliano Lemme, em *Moneta Scritturale e Moneta Elettronica*, cit., 142-145, refere-se a estes cartões como *single purpose smart cards*.

[81] Engrácia Antunes, em "*E-Money*", cit., 22-23, explica que esta modalidade consubstancia-se num programa ou aplicação informática especial destinado a correr em equipamentos informáticos pessoas do titular, como computadores, *tablets* ou telemóveis, em que os carregamentos, pagamentos e transferências são feitos através da *Internet*, sendo usado para o comércio eletrónico, sendo representado por sistemas tais como o *Paypal* ou o *Revolut*. Giuliano Lemme, em *Moneta Scritturale e Moneta Elettronica*, cit., 145-154, refere-se a esta modalidade como *e-cash*.

Miguel Brito Bastos, em "O dinheiro eletrónico e o Código Civil" cit, indica que, nesta modalidade, o regime civil do mandato – artigos 1157.º e ss. do Código Civil – assumirá preponderância, por aplicar-se à prestação do serviço digital por via da remissão do artigo 1156.º do Código Civil e por aplicação direta às ordens de pagamento.

[82] Engrácia Antunes, em "*E-Money*", cit., 26-28; e José Renato Gonçalves, "A Desmaterialização da Moeda", cit., 750, falam num "princípio de exclusividade" ou de um "monopólio legal".

[83] Engrácia Antunes, em "*E-Money*", cit., 28.

[84] Segundo Engrácia Antunes, em "*E-Money*", cit., 29 o sistema de pagamentos da moeda eletrónica, que assegura a circulação da moeda entre emitentes, apresenta várias particularidades, nomeadamente o facto de as instituições eletrónica não terem um poder de criação ou de utilização de moeda, pois a sua emissão não implica o aumento da massa monetária em circulação, substituindo apenas a moeda física ou bancária já emitidos. Adicionalmente, os fundos disponibilizados pelos clientes não são depósitos nem passam para a titularidade da instituição emitente (artigo 14.º, n.º 3 do RJSPME).

[85] Engrácia Antunes, em "*E-Money*", cit., 29-30 indica que os sistemas de pagamento da moeda eletrónica, ao contrário daqueles da moeda bancária, não envolvem a "interposição necessária de prestadores de serviços de pagamento do devedor-ordenante e credor-bene-

Quanto à questão de saber se a moeda eletrónica tem curso legal, não existe um debate tão aprofundado e tão intenso como existe a propósito do curso legal da moeda bancária. Em ambos os casos, a ausência de menção expressa no artigo 550.º do Código Civil serviria para negar curso legal.

No entanto, a moeda bancária, conforme referido *supra*, é reconhecida, por um número incontável de preceitos no ordenamento jurídico pátrio, como meio de cumprimento, mesmo que de forma pontual, algo que não sucede com a moeda eletrónica.

Conforme a sua definição indica, a moeda eletrónica deve ser "aceite por pessoa singular ou coletiva diferente do emitente", mas o seu curso é meramente convencional e não legal, ou seja, não tem poder liberatório geral nem é dotada de aceitação geral[86].

Adicionalmente, a receção de moeda eletrónica implica custos mais elevados do que a receção de moeda bancária, exigindo a um comerciante, por exemplo, a aquisição de *hardware* e *software* para armazenar as unidades de moeda eletrónica, ao passo que no caso da moeda bancária, praticamente qualquer pessoa pode receber e movimentá-la tendo acesso aos serviços mínimos bancários, de natureza tendencialmente gratuita[87].

4.4. O Criptoativo com Funções Monetárias Face às Moedas Desmaterializadas

Vistas as características da moeda bancária e da moeda eletrónica de forma sumária, vejamos que pontos em comum e que diferenças estas figuras afins apresentam face ao criptoativo com funções monetárias (ou criptomoeda).

As três modalidades partilham o facto de cumprirem as funções monetárias clássicas de meio de pagamento, unidade de conta e de reserva de valor, bem como o facto de assentarem em tecnologias de tratamento e processamento eletrónico de dados[88], mesmo que diferentes entre si, e não terem representação física – daí serem moedas desmaterializadas.

ficiário" e a realização de transferência escriturais de fundos pecuniários entre contas mediante registos a crédito ou a débito.

[86] Para mais detalhes sobre o funcionamento do curso convencional da moeda eletrónica, cfr. Engrácia Antunes, "*E-Money*", cit., 19-20.

[87] Miguel Brito Bastos, em "O dinheiro eletrónico e o Código Civil" cit,, acaba por dizer que a entrega de moeda eletrónica apenas é capaz de extinguir obrigações pecuniárias através de uma dação em cumprimento nos termos do artigo 837.º do Código Civil.

[88] Engrácia Antunes, "As Criptomoedas", cit., 126.

Mas as semelhanças acabam aí – as principais diferenças dizem respeito à polivalência dos criptoativos, ao desvio da relação jurídica emitente-titular, à centralização dos sistemas subjacentes a cada modalidade de moeda e à denominação exógena da moeda bancária e eletrónica.

Em primeiro lugar, há uma diferença *funcional* importante – conforme visto *supra*, os criptoativos com função monetária, mesmo que sejam concebidos apenas com esse fim em mente, acabam por cumprir sempre, mesmo que de forma secundária, uma função de investimento. Adicionalmente, muitos criptoativos com função monetária podem ser qualificados como criptoativos híbridos – pense-se na *Ether*, que é aceite e usado como meio de pagamento dentro e fora da rede *Ethereum* e dá uma utilidade funcional aos seus titulares através do uso das várias funcionalidades da rede *Ethereum*, nomeadamente na execução de *smart contracts*. Essa *polivalência funcional*[89] não se verifica na moeda bancária e na moeda eletrónica, que não me parecem suscetíveis de cumprir outras funções para além das funções monetárias.

Outra diferença fundamental, de natureza estrutural e jurídica, é o facto de a generalidade dos criptoativos com funções monetárias não serem emitidos por entidades profissionais especializadas, também não representando um crédito pecuniário do titular sobre a entidade "emitente"[90], que muitas vezes não é uma pessoa singular ou coletiva identificável.

Adicionalmente, os sistemas de pagamentos subjacentes à moeda escritural e à moeda eletrónica são centralizados, contando com uma entidade – bancária ou de outra natureza – autorizada a operar os referidos sistemas de forma centralizada, verificando e validando as transações que neles ocorrem[91]. Conforme dito *supra*, a tecnologia *blockchain*, subjacente aos criptoativos, obvia a essa necessidade, pelo que os pagamentos feitos com criptoativos com função monetária não carece de tal entidade centralizada – é a própria *blockchain* que valida as transações de forma descentralizada.

A moeda bancária e a moeda eletrónica encontram-se denominadas em unidades de conta exógenas, ou seja, denominam-se em unidades de conta de sistemas monetários nacionais ou internacionais existentes, como dólares

[89] Avisada expressão usada por Engrácia Antunes, em "As Criptomoedas", cit., 155-156.

[90] Hacker e Thomale, "Crypto-Securities Regulation", cit., 31; Iris Barsan, "Legal Challenges of Initial Coin Offerings (ICO)", cit, 58; Engrácia Antunes, "*E-Money*", cit., 16 e "As Criptomoedas", cit., 127.

[91] José Renato Gonçalves, "A Desmaterialização da Moeda", cit., 750; Engrácia Antunes, "As Criptomoedas", cit., 127.

ou euros[92]. Quase todos os criptoativos com função monetária (com a exceção dos já referidos *e-money tokens*) denominam-se nas suas próprias unidades de conta. Por isso, fala-se em transferência bancária de 1000 euros ou pagamentos em *PayPal* de 1000 euros. Quando se fala de um pagamento em *Bitcoin* fala-se tão-só de um pagamento em 2 *Bitcoin*, sem referência a outra moeda.

Aceitando-se que a moeda bancária tem curso legal apesar da sua omissão do artigo 550.º do Código Civil, dir-se-á que tanto a moeda eletrónica como a criptomoeda têm um curso meramente convencional, não devendo um credor ser constituído em mora por rejeitar o pagamento em criptomoeda[93].

[92] Engrácia Antunes, "As Criptomoedas", cit., 127.
[93] Engrácia Antunes, "As Criptomoedas", cit., 152-153.

INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRA-OBRIGACIONAL POR DANOS PROVOCADOS A CONSUMIDORES: ESTUDO DE DIREITO POSITIVO

Inês Sítima*

Sumário: *Introdução. 1. Universo da inteligência artificial e responsabilidade. 1.1. Entre ficção e realização: a falsa inteligência e a "autonomia" relativa. 1.2. Entre Criadores, Criações e Criaturas: algumas reflexões a propósito da imputação de danos causados por Criaturas e Criações. 1.3. Entre o Direito constituído e o Direito a constituir. 2. A responsabilidade perante os consumidores à luz do Direito vigente. 2.1. Imputação de danos por via do regime da responsabilidade do produtor. 2.2. Imputação de danos por via do artigo 493.º do Código Civil. 3. Desafios da regulação: algumas conclusões (ainda) à luz do Direito vigente.*

Palavras-chave: *inteligência artificial; robótica; danos; responsabilidade civil; consumidores.*

Introdução.

I. O termo *robot* – cuja raiz etimológica se presume remontar a *"orbota"* (escravo) ou *"robota"* (servidão feudal), na língua checa – com o sentido *comum* próximo daquele em que ainda hoje o empregamos na nossa lin-

* Assistente Convidada da FDUL. Doutoranda em Ciências Jurídicas pela FDUL. Investigadora do CIDP e do IDPCC. Membro do IDC – AEDC.

guagem[1], crê-se ter sido introduzido pela literatura de ficção científica. Falamos da peça de teatro R. U. R. – *Rossumovi Univerzální Roboti* (Rossum's Universal Robots ou Robots Universais de Rossum) da autoria do escritor checo Karel Čapek (1890-1938), datada de 1920 e cuja estreia ocorreu, em Praga, em 25 de Janeiro de 1921[2]. Terá sido, provavelmente, a dispersão desta obra – que em 1923 havia já sido traduzida para três dezenas de idiomas –, o factor de disseminação do termo *robot* e, a este acoplado, do *conceito* (de *robot*), pelos vários continentes.

A literatura serviu de berço à ideia de um dispositivo electromecânico que artificialmente reproduz a pessoa. O paradigma seria, inicialmente, o de um funcionário, porém que, no limite, acabaria a superar – e a aniquilar – a pessoa. Este *paradoxo* informa a evolução subsequente: a ideia da *duplicata artificial da pessoa* em máquinas é traçada sobre um dogma – o do imperativo (ético) respeito da máquina pela pessoa como limite ao desenvolvimento tecnológico. Curiosamente, também a disciplina da convivência entre dispositivos artificialmente inteligentes e pessoas resulta, ainda, da própria ficção, com as *quatro leis* – de direccionamento ético das máquinas – de Isaac Asimov, perante a representação da possibilidade de aniquilação decorrente da eventualmente progressiva *décalage* entre *homem* e *máquina*. Estas *ideias* permitem-nos intercalar duas outras.

Primeira. Meio século após, dir-se-á que esta mesma lógica de serviço incondicional à pessoa – que terá possivelmente inspirado a terminologia e, assim, inere ao *robot* desde a *criação* – é, ainda, o lastro conatural a toda e qualquer *plataforma* que procure replicar ou simular artificialmente as características que identificamos social, cultural e cientificamente como manifestações da *inteligência da pessoa humana*.

Com efeito, pode conceder-se em que a integração da *máquina* com aplicação de tecnologia de inteligência artificial no *mundo* deve orientar-se para

[1] Ainda que algumas particularidades de sentido e de conceito fossem de assinalar (porém, naturalmente, a análise literária está fora do escopo deste texto). Sobre a influência da *ficção científica* e do *imaginário cultural-literário*, cfr., *colorandi causa*, Fabrice Defferrard (dir.), *Le droit saisi par la science-fiction*, Mare & Martin: Le Kremlin-Bicêtre, 2017. Entre nós, a análise de Arlindo Oliveira, *Inteligência Artificial*, Fundação Francisco Manuel dos Santos: Lisboa, 2019, pp. 37 e seguintes.

[2] Terá partido de uma sugestão de Josef Čapek, irmão do Autor, de acordo com Alain Bensoussan / Jérémy Bensoussan, *Droit des robots*, Larcier: Louvain-la-Neuve, 2015, p. 8 (nota 34). Crê-se que Autor originalmente apelaria à palavra *labori*, com origem no latim "labor" (trabalho). Assim, cfr., Alan David Kaye / Richard D. Urman, *Perioperative Management in Robotic Surgery*, Cambridge University Press: Cambridge/New York, 2017, p. 3.

complementar a actividade humana[3]; para, numa lógica eventualmente colaborativa, a *servir*, auxiliando-a e melhorando-a, diminuindo-lhe as dificuldades e, até, prevenindo-a de certos perigos. Presidiria, portanto, à integração da máquina inteligente a mesma lógica de acessoriedade que, de resto, presidiu à intercalação de qualquer *revolução industrial*. Pode conceder-se, pois, em que inserção da máquina inteligente deve fazer-se segundo os princípios éticos da beneficência e da não-maleficência[4], tendo como fundamento e limite o princípio da dignidade da pessoa humana (e seus corolários)[5].

Porém, em determinados contextos, esta mesma lógica de servência antropocêntrica pode, ainda, legitimamente justificar uma intervenção (mais) *substitutiva* da pessoa no tráfego e nos processos produtivos[6]. Um tal fenómeno de substituição – que suprima/permita dispensar a pessoa[7] – justificar-se-á, eventualmente, apenas ao abrigo de um imperativo ético, em certos sectores de actividade de elevado risco[8] ou até em certas tarefas que, também perigosas, beneficiariam de ser conduzidas por meios *sobre-humanos* para ganho de eficiência na obtenção dos seus resultados (ou até redução de custos *dispensáveis*: por exemplo em tempo e factores de

[3] *Proposta* cit., em Parlamento Europeu, *Relatório* cit., 3., p. 9.

[4] *Proposta* cit., em Parlamento Europeu, *Relatório* cit., 13., p. 11.

[5] O que se revela crítico em especial no contexto de certo tipo de serviços susceptíveis de, havendo interesse nisso, virem a ser prestados, em primeira linha, pelas *máquinas artificialmente inteligentes* ou com (forte) colaboração delas: como sejam os serviços de assistência, cfr., neste sentido, *Proposta* cit., em Parlamento Europeu, *Relatório* cit., P., p. 5. Neste particular, cfr. *Proposta* cit., em Parlamento Europeu, *Relatório* cit., 3., p. 9 – "deve ser prestada particular atenção ao possível desenvolvimento de uma ligação emocional entre seres humanos e robôs, especialmente em grupos vulneráveis (crianças, idosos e pessoas com deficiência)", sublinhando "as questões suscitadas pelo grave impacto físico ou emocional que essa ligação emocional pode ter sobre os seres humanos". Na *Proposta* cit., em Parlamento Europeu, *Relatório* cit., sobre os *robots de assistência*, 31. – 32., pp. 14-15; sobre os *robots médicos*, 33. – 35., p. 15.
Sobre a utilização de inteligência artificial e robótica na actividade médica (de diagnose e até de terapêutica): entre nós, Carolina Cunha, *O doente sem horário: breve anatomia dos problemas jurídicos suscitados pelas aplicações móveis na área da saúde*, Estudos de Direito do Consumidor, Número especial: Direito e Robótica, Instituto Jurídico/Centro de Direito do Consumo, FDUC (2020), pp. 43-55. Sobre o *robot útil* nos mais diversos sectores do tráfego, nomeadamente na terapêutica médica, Nuno Sousa e Silva, *Direito e Robótica* cit., pp. 495 e seguintes (com vários exemplos e referências).

[6] Sobre este fenómeno: *Proposta* cit., em Parlamento Europeu, *Relatório* cit., J., p. 4.

[7] Assim, *Proposta* cit., em Parlamento Europeu, *Relatório* cit., E., pp. 3-4.

[8] Pensemos, por exemplo, nas profissões de alto risco: em minas e outras explorações ou certo tipo de trabalhos na construção civil.

produção não-humanos)[9]. Não se desconsidera que, acoplado ao fenómeno de imiscuição da inteligência artificial nas tarefas, está um teste decisivo sobre a *infungibilidade da pessoa*, que convocará, eventualmente, e em cenários mais extremados, a anteposição de limites sobre a fungibilidade[10]. Neste particular, não pode desconsiderar-se que a máquina, pelo menos no actual estádio de desenvolvimento da tecnologia, carece ainda por razões técnicas de ser comandada/conduzida/supervisionada de algum modo pela pessoa[11]. Porém, sempre pode perguntar-se, em prognóstico sobre um cenário mais drástico em que a máquina tenha plena independência técnica, se não será, ainda, a supervisão/condução humana sempre imprescindível, contanto que por razões éticas.

O que nos leva à segunda ideia. A introdução da máquina tem no seu horizonte o *enhancement da pessoa*: incrementar e potenciar o *poder humano natural-biológico* – nomeadamente de decisão e de resolução de problemas – através da interferência do *poder computacional* que, cada vez acessível (porquanto mais barato) e associado também à cada vez maior capacidade de recolha, armazenamento e até gestão de dados (*big data*), vem a aproximar-nos da *verdadeira inteligência artificial*[12]. Não obstante, meio século após, tal como na ficção científica já se narrou, ainda se vem ideando, pois, sobre a superação (e até aniquilação) da pessoa pela máquina e sobre fenómenos

[9] A intervenção das máquinas reduz as margens da impossibilidade, da dificuldade e da onerosidade acopladas à *realização directa pelo pessoa*, cfr. Paula Costa e Silva, "A contratação automatizada", José de Oliveira Ascensão (coord.), *Direito da Sociedade de Informação*, IV, Coimbra Editora: Coimbra, 2003, pp. 289-305 (p. 305). Pensemos, por exemplo, as actividades de salvamento, desencarceramento, de pessoas e bens (pense-se, v. g., nos bombeiros, nos socorros a náufragos ou a acidentes, bem como certas actividades de policiamento e segurança – que colocam em risco as vidas humanas daqueles que as desempenham. Sobre esta perspectiva, Thomas Dreier/Indra Spiecker, *Legal aspects* cit., p. 206.

[10] Nos campos em estudo, por exemplo, o Direito ou a Medicina. Com ponderações a propósito da *justiça artificial*, Alexandre L. Dias Pereira, Lex informática, ius ex machina *e justiça artificial*, BFUDC – Stvudia Ivrica 90 (ad honorem – 3), Coimbra Editora: Coimbra, pp. 817-886.

[11] Sobre esta perspectiva, falando em *co-robótica*, com conclusões interessantes sobre a articulação entre *robots* e pessoas, Jason Millar / Ian Kerr, "Delegation, relinquishment, and responsability: The prospect of expert robots", *in* Ryan Calo / Michael Froomkin / Ian Kerr (eds.), *Robot Law*, EE – Edward Elgar Publishing: Cheltenham/Camberley/Northampton, 2016, pp. 102-127.

[12] Sobre a *singularidade tecnológica*, cfr. Arlindo Oliveira, *Inteligência Artificial*, Fundação Francisco Manuel dos Santos: Lisboa, 2019, pp. 91 e seguintes; Jean-Gabriel Ganascia, *O mito da singularidade*, Círculo de Leitores: Lisboa, 2018.

como o do trans-humanismo. A ética e o Direito intervêm, então, como artefactos da criação humana aptos a regular o *risco* gerado pela interposição da inteligência artificial na vida.

II. A origem, como se apontou, encontramo-la no imaginário humano. Nessa medida, talvez não possa desassociar-se da constatação de que sempre a espécie humana *idealizou* sobre a (sua própria) *transcendência*, nas mais diversas formas (de a conseguir). A concepção artificial de *inteligência* – para aplicar em *coisas*, dispositivos electromecânicos, em *máquinas* –, revelação da superação dos limites da criação e das criaturas (humanas), corresponde a um objecto da cultura do fantástico que sempre animou a humanidade; pertence, aliás, essa fantasia, a um substracto comum, formativo dos nossos quadros culturais. Neste aspecto, a *realização* (sempre) procurou ultrapassar, ou pelo menos acompanhar, a *ficção*: a criação procurou superar a criatividade. Nada disto pode, talvez, ser verdadeiramente compreendido se desarticulado da explicação biológica e da evolução da espécie[13] – dos instrumentos[14] de que a espécie se foi constantemente munindo para *sobreviver* ao meio (e perante ele) e se aperfeiçoar/sofisticar. A *inteligência artificialmente gerada e operada* corresponde, também, um estádio da evolução da espécie humana[15], que, naturalmente, se vai reflectindo na existência[16] – interferindo nas estruturas socioeconómicas[17] (e, até, contributivas), mas também nas relações intersubjectivas[18] e, por essa via, vai

[13] Cfr., *colorandi causa*, Richard Dawkins, *The Ancestor's Tale: A Pilgrimage to the Dawn of Evolution*, Yan Wong (colab.), revised and expanded, Mariner Books: Boston, 2016.

[14] Paula Costa e Silva, "A contratação automatizada" cit., p. 302.

[15] Corresponderá, até, a uma *quarta Revolução Industrial – tecnológica*, por exemplo: *Proposta* cit., em Parlamento Europeu, *Relatório* cit., B., p. 3. Entre nós, sobre o conceito da "Revolução 4.0", Vítor Palmela Fidalgo, *Inteligência artificial e direitos de imagem*, Revista da Ordem dos Advogados, Ano 78, III-IV/Jul.-Dez. (2018), pp. 879-903 (p. 879, nota 1; pp. 881 e seguintes).

[16] Cfr. Progressivamente, tendencialmente e a um ritmo galopante. Alguns dados em *Proposta* cit., em Parlamento Europeu, *Relatório* cit., D., p. 3.

[17] Que permitiu transformações socioeconómicas importantes para a melhoria do nível de vida das pessoas e até das suas condições de trabalho. Veja-se: *Proposta* cit., em Parlamento Europeu, *Relatório* cit., E. e F., pp. 3-4.

[18] Por exemplo, sobre a interposição de máquinas na contratação. Veja-se: Paula Costa e Silva, "A contratação automatizada", José de Oliveira Ascensão (coord.), *Direito da Sociedade de Informação*, IV, Coimbra Editora: Coimbra, 2003, pp. 289-305; Paula Costa e Silva, "A contratação electrónica entre empresas: os *B-2-B markets*", José de Oliveira Ascensão (coord.), *Direito da Sociedade de Informação*, VII, Coimbra Editora: Coimbra, 2008, pp. 459-471.

influindo na tessitura dos mercados e do tráfego jurídico[19]: bem como dos *agentes* – pelo menos imediatos/directos – deste tráfego[20].

III. A intervenção normativa que apela ao Direito convoca-o como sistema de regulação e de supervisão.

À ordenação da *regulação* para a introdução e desenvolvimento responsáveis e confiáveis da inovação estão acopladas imprescindíveis garantias de (cumprimento de certos patamares de) segurança na interacção com as pessoas e o meio[21]. Simultaneamente, a intervenção do Direito, incidindo sobre a evolução tecnológica e seus parâmetros de acomodação à sociedade, contribui, reflexamente pelo menos, para um certo sentido de estabilização dos mercados, da competitividade, da concorrência e da segurança no tráfego[22]. Uma intervenção jurídico-normativa específica poderá revelar-se, pois, necessária, pelo menos desta perspectiva. Não nos encontramos, com efeito, num espaço de liberdade cujo funcionamento possa desinteressar ao Direito de tal forma que a respectiva acomodação na sociedade seja devolvida aos agentes e ao mercado. Impõe-se que ao sistema jurídico

[19] Cfr., Erik Brynjolfsson / Andrew McAfee, *The Second Machine Age: Work, Progress, and Prosperity in a Time of Brilliant Technologies*, Norton & Company: New York, 2014.

[20] Como se sublinha na *Proposta* cit., em Parlamento Europeu, *Relatório* cit., B., p. 3 – "provavelmente não deixará nenhuma camada da sociedade intacta". Identificando "dez mudanças sociais essenciais em paradigmas da sociedade atual", aprofundadas ou ocasionadas pela "inteligência artificial e demais tecnologias digitais", Henrique Sousa Antunes, *Direito e Inteligência Artificial*, Universidade Católica Editora: Lisboa, 2020, pp. 13 e seguintes. Ainda, Nuno Sousa e Silva, *Direito e Robótica* cit., em especial pp. 493 e seguintes (com múltiplas referências).

[21] Neste sentido exactamente se aponta em (exemplificativamente) três instrumentos fundamentais da política legislativa eurocomunitária em matéria de robótica e inteligência artificial: *(i)* – Comissão Europeia, *Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões: Aumentar a confiança numa inteligência artificial centrada no ser humano* (COM(2019) 168 final), 8 de Abril de 2019, documento electrónico [12pp.]. *(ii)* – Grupo Independente de Peritos de Alto Nível sobre a Inteligência Artificial – GPAN IA (criado pela Comissão Europeia em Junho de 2018), *Orientações Éticas para uma IA de Confiança*, 08 de Abril de 2019, documento electrónico [55pp.]. Bem como, no desenvolvimento da mesma orientação, *(iii)* – Independent High-Level Expert Group on Artificial Intelligence – AI HLEG (set up by the European Commission in June 2018), *Policy and Investment Recommendations for Trustworthy AI*, 26 June 2019, electronic document [52pp.].

[22] Como sublinha Manuel Felício, *Responsabilidade civil extracontratual por acidente de viação causado por veículo automatizado*, Revista de Direito da Responsabilidade, Ano 1 (2019), pp. 493-524 (pp. 495-496).

e suas estruturas não reste, relativamente à inovação, uma postura de pura e acrítica recepção fenomenológica[23].

A densificação da *regulação* e da *supervisão* – de natureza *jurídica*, *deontológica*, *ética*[24] – que tenham por objecto a *inovação* no campo da inteligência artificial e da robótica (assim como das ciências complementares/conexas) –, devem procurar não estrangulá-la[25], nem aos seus promotores. Uma primeira e difícil tarefa: regular/supervisionar o *fenómeno*, consabidamente insusceptível de fiel captação, procurando não obstruir – de um modo que se revelaria eventualmente contraproducente –, o seu desenvolvimento e a sua benigna introdução nos diversos sectores da vida em sociedade. Sendo certo que, tendencialmente, entre regulação/supervisão e evolução tecnológica se poderão em abstracto surpreender relações de antagonismo – na medida em que as primeiras colocam limites à segunda[26] –, é, ainda, possível conjecturar que o comprometimento jurídico, deontológico e ético do progresso científico nestas áreas – que, a montante, oriente/direccione o desenvolvimento da inteligência artificial, da robótica e das ciências complementares, e, a jusante, permita responsabilizar pelos *desvios* – promove, na verdade, o equilíbrio[27]. Participará desse equilíbrio a definição de patamares de risco – enquanto reveladores de uma probabilidade de dano associada à interposição da máquina no tráfego – que a sociedade tolera como aceitáveis na convivência, bem como a definição de modelos de atribuição da responsabilidade pelo respectivo incremento e concretização em danos.

[23] No sentido de uma intervenção crítica e efectiva do Direito, Bryant Walker Smith, "Regulation and the Risk of Inaction", *in* Markus Maurer / J. Christian Gerdes / Barbara Lenz / Hermann Winner (Hrsg.), *Autonomes Fahren: Technische, rechtliche und gesellshaftliche Aspekte*, Springer: Berlin/Heildelberg, 2015, pp. 593-609.

[24] Neste particular, vale acentuar a importância dos princípios éticos, recuperando quanto se pode ler, sobre a *Carta da Robótica* (e um *código de conduta ético proposto no domínio da robótica*), no *Anexo à Proposta* cit., em Parlamento Europeu, *Relatório* cit., p. 23 – "o código não deve substituir a necessidade de resolver todos os grandes problemas jurídicos neste domínio, devendo, porém, ter uma função de complementaridade. Limitar-se-á, portanto, a facilitar a classificação ética da robótica, a reforçar os esforços de inovação responsáveis neste domínio e a ter em conta as preocupações do público".

[25] Uma, recorrentemente repetida, cautela: *Proposta* cit., em Parlamento Europeu, *Relatório* cit., B., C., p. 3; V., p. 6; X., p. 7.

[26] Henrique Sousa Antunes, *Direito e Inteligência Artificial* cit., p. 7 – sublinha "uma evidente tensão entre a evolução tecnológica e a regulação".

[27] E fomenta, nessa medida, um melhor (e, até, menos *temeroso*) acolhimento da *fascinante* inovação. Acompanhando a síntese de Nuno Sousa e Silva, *Direito e Robótica* cit., p. 487.

IV. A progressiva inserção da máquina no quotidiano – especialmente, hoje em dia, da máquina que exibe propriedades de funcionamento automático e/ou pré-programado com base em algoritmo – assim como impacta nas estruturas socioeconómicas e até culturais[28], repercute nos riscos normais da vida em sociedade. Neste campo, um paradoxo se surpreende: pela intervenção desta tecnologia *simultaneamente* a pessoa estará, por um lado, mais protegida e auxiliada, prevenida até da exposição a certos *riscos*, como, por outro, mais vulnerabilizada e exposta a outros, novos e diferentes[29]. O *risco geral da vida* em sociedade – bem como os específicos perigos (e fontes de perigos) que compõem esse risco geral da vida – foi-se metamorfoseando e, em certo sentido, incrementando[30]. A participação das *manifestações de inteligência artificial* na realidade do tempo histórico em que nos encontramos traduz-se, pois, num aumento das fontes de perigo e num incremento dos níveis de risco que exibem: que vêm a corresponder, estima-se, à multiplicação, dispersão e multifacetação das fontes de eventos danosos e ao naturalmente intensificado potencial danoso que lhes é inerente[31].

Os sistemas com atributos de inteligência artificial (*software*), independentemente da plataforma orgânica (*hardware*) em que surgem integrados,

[28] Todo este impacto nas estruturas sociais, nos mercados de trabalho, na própria reformulação dos sectores de actividade, impõe aos Estados a reprogramação da sua política económico-social, a própria estrutura contributiva (com reflexo nos critérios de capacidade contributiva) e também pensionista, em termos macro. Influi, ainda, na obrigação que se impõe aos Estados de garantir a literacia tecnológica das populações, entre outras condições, até de cariz cultural e pedagógico, desta linha de desenvolvimento do quotidiano. Por fim, o impacte ambiental. Assim, *Proposta* cit., em Parlamento Europeu, *Relatório* cit., I. e J., pp. 4-5; 41. – 46., pp. 16-17; 47. – 48., pp. 17-18.
Além disto, a criação de condições para a investigação e a inovação – na perspectiva de quem a desenvolve e na perspectiva dos destinatários, cfr. *Proposta* cit., em Parlamento Europeu, *Relatório* cit., 6. – 9., pp. 9-10.

[29] Assim, *Proposta* cit., em Parlamento Europeu, *Relatório* cit., G., p. 4. Ainda, Henrique Sousa Antunes, *Direito e Inteligência Artificial* cit., p. 9.

[30] Vejam-se alguns exemplos de zonas de perigos decorrentes da evolução da aprendizagem/decisão *automática* e, por maioria de razão, *autónoma*, *Proposta* cit., em Parlamento Europeu, *Relatório* cit., H., p. 4.
Alguns relatos de danos causados por *robots* encontram-se, entre nós, em Nuno Sousa e Silva, *Direito e Robótica* cit., pp. 515 e seguintes (com múltiplas referências).

[31] Em especial, se atentas as incertezas sobre a realidade sobre que nos debruçamos e, ainda, a imprevisibilidade tendencial dos *resultados* do respectivo funcionamento.
Acentuando "a transformação operada pela variação de uma sociedade *de riscos monocausais* para uma sociedade *de riscos multicausais*", Henrique Sousa Antunes, *Direito e Inteligência Artificial* cit., p. 32 (pp. 32 e seguintes).

correspondem a fontes de *eventos* susceptíveis de lesar ilicitamente bens jurídicos protegidos ao abrigo de normas de direito subjectivo e/ou interesses jurídicos dotados de protecção legal[32] e, bem assim, de provocar danos susceptíveis de indemnização e de compensação.

A *responsabilidade civil* coloca-se como *questão* fundamental[33], que deve ser enquadrada e resolvida atento o escopo de *reparação* que lhe inere, mas, ainda, não desconsiderando o seu papel moderador, ordenador e até regulador, e, assim, a sua função preventiva. Mais, não olvidando que a adjudicação da *responsabilidade* – e que a *imputação de danos*, como domínio em que se configura a responsabilidade (civil) – também envolve, subjacente, uma decisão capital sobre a (justa) repartição dos riscos particulares que intercalam sobre a vida e sobre o tráfego; decisão que ancora, ainda, sobre o limiar de risco que a sociedade pode tolerar como configurador do risco geral da vida em cada contexto histórico, cultural e espácio-temporal.

V. Particularmente exposta, e vulnerável, à intercalação de sistemas artificialmente inteligentes no tráfego[34] – e às consequências danosas dessa interferência – encontram-se os consumidores: agentes primários da interacção com a tecnologia. Mormente o Direito da Responsabilidade Civil – mas, como acima deixámos implícito, evidentemente, não apenas[35] – cons-

[32] Como, entre nós, pontua Mafalda Miranda Barbosa, *O futuro da responsabilidade civil desafiada pela inteligência artificial: as dificuldades dos modelos tradicionais e caminhos de solução*, Revista de Direito Civil V (2020), 2, pp. 261-305 (p. 262 e *passim*.) [= Mafalda Miranda Barbosa, *O futuro da responsabilidade civil desafiada pela inteligência artificial: as dificuldades dos modelos tradicionais e caminhos de solução*, Revista de Direito da Responsabilidade, Ano 2 (2020), pp. 280-325].

[33] Por exemplo, colocando-se o problema de apurar se estas questões novas "apelam a novos princípios e normas para clarificar a responsabilidade jurídica de vários intervenientes no que respeita à responsabilidade por atos e omissões dos robôs, sempre que a causa não possa ser atribuída a um interveniente humano específico e se os atos ou omissões dos robôs que causaram danos pudessem ter sido evitados" – *Proposta* cit., em Parlamento Europeu, *Relatório* cit., AB., p. 6.

[34] Esta relação torna-se inolvidável para o jurista se aludida a política europeia no domínio da inteligência artificial e da robótica e, nesse âmbito, à construção e desenvolvimento do *Mercado Único Digital*. Parlamento Europeu, *Resolução: sobre uma política industrial europeia completa no domínio da inteligência artificial e da robótica* (2018/2088(INI)), 12 de Fevereiro de 2019 (P8_TA(2019)0081), documento electrónico [30pp.]. Ainda: EPRS, *Civil liability* cit., pp. 3 e seguintes, pp. 50 e seguintes.

[35] A integração da tecnologia – e, por maioria de razão, da tecnologia que manifeste inteligência artificial –, nomeadamente nas actividades económicas e empresariais, tem, desde

titui um fundamental mecanismo de tutela dos consumidores, enquanto consumidores de tecnologia, na relação de consumo, e, simultaneamente, na qualidade/estatuto de utilizadores[36] ou simplesmente enquanto agentes expostos ao tráfego em que tem intersecção o sistema artificialmente inteligente.

O tipo – e o modo – de intervenção que a responsabilidade civil deverá assumir nestes contextos constitui, fundamentalmente, um problema de política legislativa com consistentes efeitos socioeconómicos[37]. A implicação (positiva ou negativa) nos mercados das decisões quanto à regulação da tecnologia – *maxime* quanto à distribuição dos riscos relativos à tecnologia pelos vários interessados e, consequentemente, quanto à imputação de danos – reflecte-se, tendencialmente, de modo mais ou menos remoto, no *consumidor final* dos produtos e serviços que directa ou indirectamente estão à tecnologia indexados (desde logo, no respectivo custo).

Deste prisma, importará sempre promover um sistema equilibrado de regulação e de adjudicação da responsabilidade pelo ressarcimento dos danos verificados no tráfego – desde logo ajustado e sensível ao concreto sector de tráfego tecnológico, à sofisticação, complexidade e potencial danoso inerente à tecnologia tendo em conta as suas características, o que se pode esperar do seu *normal* funcionamento e os níveis de especialização dos

logo, um impacto sem precedentes na tutela do direito à autodeterminação informacional (protecção dos dados de carácter pessoal) e, ainda, do ponto de vista jus-laboral, até no que tange à responsabilidade, como se sublinha na *Proposta* cit., em Parlamento Europeu, *Relatório* cit., M. e N., p. 5. Entre nós: João Leal Amado, *Os robôs e o Direito do Trabalho: o desafio final?*, Estudos de Direito do Consumidor, Número especial: Direito e Robótica, Instituto Jurídico/Centro de Direito do Consumo, FDUC (2020), pp. 33-41. Os perigos para a autodeterminação informacional e a privacidade são muito relevantes, cfr. *Proposta* cit., em Parlamento Europeu, *Relatório* cit., 14., p. 11; 18. – 21., pp. 11-12. Entre nós, sobre a tutela da imagem como dado pessoal e a inteligência artificial, Vítor Palmela Fidalgo, *Inteligência* cit., pp. 879 e seguintes.

[36] Como sublinha Manuel Felício, *Responsabilidade civil extracontratual por acidente de viação causado por veículo automatizado*, Revista de Direito da Responsabilidade, Ano 1 (2019), pp. 493-524 (p. 495).

[37] Pontuando, por diversas vezes, a necessidade de que a Comissão, na preparação do futuro instrumento legislativo efectue "uma avaliação de impacto", instando-a "a explorar, analisar e considerar as implicações de todas as soluções jurídicas possíveis", nomeadamente as sugeridas na *Proposta* cit., em Parlamento Europeu, *Relatório* cit., 59. (proémio), p. 19, *e passim*. Ainda, Manuel Felício, *Responsabilidade civil extracontratual por acidente de viação causado por veículo automatizado*, Revista de Direito da Responsabilidade, Ano 1 (2019), pp. 493-524 (p. 495).

agentes que previsivelmente possam vir a interagir com o produto/serviço tecnológico. A sensibilidade do sistema de regras a critérios materiais que permitam a ponderação de todos estes factores de risco promove a justeza na alocação de danos e, consequentemente, o equilíbrio dos mercados.

1. Universo da inteligência artificial e responsabilidade civil

I. Não cabe no escopo deste estudo chegar sequer às proximidades de uma definição de *inteligência*[38]. Existem, para inteligência, muitas definições e sentidos. Importa-nos, eventualmente, captar um dos significados de inteligência que mobilizamos na linguagem comum do nosso ambiente socio-cultural[39]. Que, pelo menos no senso comum, se apresenta enquanto característica significativa, e distintiva, da pessoa humana e do seu comportamento. Pode, à luz desta ideia veiculada pelo senso comum, conceder-se em que um conjunto de atributos ou faculdades que reconhecemos assistirem à pessoa humana – e que caracterizam o respectivo comportamento – é tipicamente concebido como indício de *inteligência*. Assim, tipicamente, as faculdades de pensar, reflectir, ponderar, criar, conceber, compreender, raciocinar, recolher e processar informação, memorizar, comparar, resolver problemas, decidir, adaptar a conduta perante os outros, interagir, reagir, entre outros atributos, constituem sinais daquilo que, com base na experiência, identificamos como sinais da inteligência que por inerência biológica reconhecemos caracterizar as pessoas, que é exibida pelas pessoas e se apresenta nelas de diversas formas, e até em maior ou menor "grau".

O referente da *inteligência artificial* serão estes indícios ou sinais da inteligência natural que caracteriza as pessoas biologicamente. A *inteligência artificial* joga-se, assim, num exercício simultâneo de comparação, aparência e persuasão[40]. Quando se adjectiva como *artificial*, situa-se o objecto no campo daquilo que é *fabricado*: daquilo que é *produzido*; daquilo que é

[38] Cfr., sobre o tema, Grupo Independente de Peritos de Alto Nível sobre a Inteligência Artificial – GPAN IA (criado pela Comissão Europeia em Junho de 2018), *Uma definição de IA: Principais capacidades e disciplinas científicas*, 08 de Abril de 2019, documento electrónico [9pp.].

[39] E sobre as relações de interferência entre tecnologia, cultura e comportamento inteligente, Arlindo Oliveira, *Inteligência Artificial*, Fundação Francisco Manuel dos Santos: Lisboa, 2019, pp. 25 e seguintes.

[40] Convocam-se, neste particular, as experiências de Alan Turing e o *Turing Test*. Cfr., entre nós, Arlindo Oliveira, *Inteligência Artificial*, Fundação Francisco Manuel dos Santos: Lisboa, 2019, pp. 40 e seguintes.

fingido[41]. Ora a *inteligência* que se busca *fabricar* corresponde à inteligência humana natural: a geração *artificial* de *actuantes inteligentes* ou de *actuação inteligente* configura-se, com efeito, por oposição àquela inteligência natural que se quer reproduzir, ou seja, trata-se sempre da fabricação não humana biológica de uma *performance* inteligente[42]. Uma representação (no sentido de reprodução) que cria uma aparência suficientemente persuasiva de modo a que o interlocutor reconhece os sinais de inteligência por identificação – e, portanto, comparação – com o comportamento humano típico e aceita conceber aquela actuação como equivalentemente *inteligente*.

Muito simplificadamente, a geração artificial de actuação inteligente ocorre através de sistemas de *software* capazes de exibir aqueles indícios/sinais através do respectivo funcionamento: a tecnologia habilita a reproduzir – no sentido de exibir/replicar/simular – *atributos de inteligência* (humana biológica)[43]. O programa opera como actor inteligente, isto é, desempenha uma *performance* representando um *papel de inteligente*. Uma *actuação* em que reconhecemos características ou indícios típicos daquilo que configuramos como comportamento inteligente por comparação ao comportamento humano. O sistema comporta-se *como* inteligente, mas sem *ser* inteligente.

II. À inteligência artificial podemos associar características típicas que convergem, sinteticamente, em três eixos: complexidade, opacidade e imprevisibilidade. Que, de certo ponto de vista, repercutem no grau de abstracção do funcionamento da tecnologia.

A complexidade do universo da *inteligência artificial* – que já se surpreende na tentativa da sua definição – resulta, além das particularidades da tecnologia que é seu objecto, de múltiplos outros factores: por um lado, de cariz técnico-científico; por outro, de índole funcional. A tecnologia de

[41] Cfr., sobre as abordagens à inteligência artificial, Hector J. Levesque, *Common Sense, the Turing Test, and the Quest for Real AI*, MIT Press: Cambridge, MA, 2017.

[42] Por contraposição a *agentes* e *agir* inteligente – com apelo à ideia de comportamento ou conduta subjacente ao conceito de acção e de omissão voluntária (da pessoa).

[43] Ou seja, atributos de comportamento e agência inteligente. Atributos característicos de uma definição – pelo menos socialmente típica – de *inteligência humana biológica*. Manifestações que caracterizamos – e reconhecemos – na interacção como comportamentos concludentes de *inteligência humana biológica*. Neste sentido, relembrando, a propósito, o *Teste de Turing*, a definição de *robot* proposta, por exemplo, por Neil Richards/William Smart, "How should the law think about robots?", *in* Ryan Calo / Michael Froomkin / Ian Kerr (eds.), *Robot Law*, EE – Edward Elgar Publishing: Cheltenham/Camberley/Northampton, 2016, pp. 3-22 (p. 6).

"inteligência artificial" corresponde, no fundo, a uma área de investigação interdisciplinar, em que os "resultados" são partilhados pelo contributo, a título principal ou complementar, de uma pluralidade de ramos da ciência e da técnica[44]. Encontra-se sob profunda, e constante, evolução/actualização, no radical da qual está um lastro muito significativo[45]. Antecipa-se-lhe um futuro imprevisível – até insondável – nos seus exactos contornos[46], sempre, porém, com uma conotação *desafiadora* da realidade tal como a concebemos[47]. A complexidade científica do objecto repercute na caracterização e compreensão dos aspectos técnicos do fenómeno, que, como domínio da ciência, opera de acordo com as regras próprias da *arte* e, por conseguinte, segundo conceitos e linguagem/vocabulário específico[48].

[44] Para efeitos de síntese utilizaremos a perífrase *inteligência artificial*: sem, porém, deixar de notar que, na referência que fazemos a "inteligência artificial", consideramos implicitamente todos os domínios científicos que a título principal ou complementar são responsáveis pelo fenómeno complexo que estamos a tratar.

[45] Cfr., Kevin Kelly, *What Technology Wants*, Penguin Books: London, 2011; Walter Isaacson, *The Innovators: How a Group of Hackers, Geniuses, and Geeks Created the Digital Revolution*, Simon & Schuster: New York, NY, 2014.

[46] Por exemplo, neste sentido, Ryan Calo, *Robotics and the Lessons of Cyberlaw*, California Law Review, 103 (2015), pp. 513-563 (p. 516, p. 526, e *passim*).

[47] Cfr., Max Tegmark, *Life 3.0: Being Human in the Age of Artificial Intelligence Hardcover*, Knopf: New York, 2017.

[48] Bryant Walker Smith, "Lawyers and engineers should speak the same robot language", *in Robot Law*, Ryan Calo / Michael Froomkin / Ian Kerr (eds.), EE – Edward Elgar Publishing: Cheltenham/Camberley/Northampton, 2016, pp. 78-101. Vejam-se, sobre alguns conceitos: Por exemplo, Gabriel Hallevy, *Liability* cit., pp. 6 e seguintes, e *passim*, ainda, Gabriel Hallevy, *The Criminal Liability* cit., pp. 175 e seguintes, e *passim*. Entre nós: Nuno Sousa e Silva, *Direito e Robótica* cit., pp. 500 e seguintes (com referências múltiplas). Por exemplo, para definições de *robot*, *cyborg* ou *bot*, entre nós, *colorandi causa*, cfr., entre nós: Nuno Sousa e Silva, *Direito e Robótica* cit., pp. 498 e seguintes (com referências múltiplas); Vítor Palmela Fidalgo, *Inteligência* cit., pp. 889 e seguintes; Henrique Sousa Antunes, *Inteligência Artificial* cit., p. 143. Ainda para uma definição de *robot*, *v. g.*, em Autores estrangeiros: Michael Froomkin, "Introduction", *in* Ryan Calo / Michael Froomkin / Ian Kerr (eds.), *Robot Law*, EE – Edward Elgar Publishing: Cheltenham/Camberley/Northampton, 2016, pp. pp. xi e seguintes; Ryan Calo, *Robotics and the Lessons of Cyberlaw*, California Law Review, 103 (2015), pp. 513-563 (pp. 530 e seguintes); Neil Richards/William Smart, "How should the law think about robots?", *in* Ryan Calo / Michael Froomkin / Ian Kerr (eds.), *Robot Law*, EE – Edward Elgar Publishing: Cheltenham/Camberley/Northampton, 2016, pp. 3-22 (p. 4); Kate Darling, "Extending legal protection to social robots: The effect of anthropomorphism, empathy, and violent behavior towards robotic objects", *in* Ryan Calo / Michael Froomkin / Ian Kerr (eds.), *Robot Law*, EE – Edward Elgar Publishing: Cheltenham/Camberley/Northampton, 2016,

Porém, a apreensão das coordenadas valorativas que permitam apreender os sinais relevantes desse pedaço de realidade do ponto de vista da convocada intervenção do Direito é prévia tarefa que se revela fundamental para a *decisão jurídica*. E, neste particular, desafio importante se coloca, desde logo, ao legislador. Com efeito, o esforço de regulação implicará, de modo mais ou menos profundo, a conceptualização[49]: a definição da realidade. Neste pretexto, havendo lugar à introdução de regulação específica que se pretende eficiente, assertiva e dúctil[50], deve, provavelmente, apostar-se em grandes princípios e cláusulas gerais cuja concretização possa operar válida, legítima e eficazmente perante a realidade[51].

1.1. Entre ficção e realização: a falsa inteligência e a "autonomia" relativa.

I. Sem prejuízo de outra análise, possivelmente ao Direito interessam conceitos funcional e valorativamente coerentes – ajustados à realidade, mas, também, adequados aos quadros dogmáticos que predicam na resolução dos problemas que (ao Direito) se impõe resolver. Assim, se procuramos responder a perguntas sobre a configuração do estatuto (jurídico) de *actuantes artificialmente inteligentes* o paradigma deverá, em princípio – e como sempre –, ser procurado na *pessoa* – no *agente* biologicamente inteligente – tendo-a por referencial para procurar, por conseguinte, a configuração da responsabilidade (jurídica) pelos danos provocados por aquela tecnologia.

A questão da responsabilidade coloca-se, pelo menos teoricamente, em dois planos. Um, o da responsabilidade da pessoa pela tecnologia artifi-

pp. 213-231 (p. 228); Alan Winfield, *Robotics: A Very Short Introduction*, Oxford University Press: Oxford, 2012.

[49] Com o desiderato de que a Comissão venha "a propor definições comuns à escala da União de sistemas ciberfísicos, sistemas autónomos, robôs autónomos inteligentes e das suas subcategorias, *tendo em consideração as seguintes características de um robô inteligente*: [...] – aquisição de autonomia através de sensores e/ou através da troca de dados com o seu ambiente (interconectividade) e troca e análise desses dados; [...] – autoaprendizagem com a experiência e com a interação (critério opcional); [...] – um suporte físico mínimo; [...] – adaptação do seu comportamento e das suas ações ao ambiente; [...] – ausência de vida no sentido biológico do termo" [sublinhado nosso], *Proposta* cit., em Parlamento Europeu, *Relatório* cit., pp. 8-9.

[50] *Proposta* cit., em Parlamento Europeu, *Relatório* cit., C., p. 3.

[51] De um modo que seja ajustável aos velozes e imprevisíveis desenvolvimento e transformação conaturais à actividade e objectos regulados, bem como às dinâmicas intrínsecas destes.

cialmente inteligente enquanto fonte de danos. Outro, o de uma eventual repartição da responsabilidade entre pessoa e *actores* artificialmente inteligentes se (e na medida em que) titulares de esferas de imputação autónomas.

II. Neste segundo plano, em que nos detemos sobre o *estatuto* das manifestações de inteligência artificial perante o Direito (e pela acoplada responsabilidade), perguntamos, no fundo, sobre os limites da *instrumentalidade* desses sistemas de actuação em face da pessoa e, portanto, sobre o perímetro em que se justifica a responsabilidade desta. A transferência da responsabilidade representa, pois, directamente, a exoneração da pessoa.

Assim, no plano em que se justifica a *transferência* da responsabilidade da pessoa para a tecnologia, o que, possivelmente, procuramos, sob um conceito (funcional) de *inteligência*, são sinais de autonomia e comportamentos concludentes da autodeterminação que o Direito reconhece na pessoa. Atributos que não deixam de constituir, aliás, o imperativo paradigma para o desenvolvimento dos institutos da personalidade e da responsabilidade além da pessoa (singular). Se assim for, para a decisão jurídica – em especial sobre responsabilidade – importará, essencialmente, determinar quais os critérios valorativamente válidos para apuramento dos *graus* de sofisticação e, portanto, de *independência* dos sistemas de inteligência artificial em face do controlo externo (imputado às pessoas)[52].

Deve, então, procurar-se delimitar, de acordo com as regras da ciência e da técnica envolvidas na criação de dispositivos artificialmente inteligentes: por um lado, a *actuação autómata*, ainda dirigida ou susceptível de direcção, porquanto pré-programada com base em algoritmo, ao qual sem acoplada a finitude ou incompletude dos sistemas aritméticos[53]; por outro, a actuação *autónoma* – que já possa ser considera *agência* –, governada independentemente pela tecnologia com infinitude criativa que suplanta, desconsidera e se emancipa, por assim dizer, do *algoritmo*, de modo a que possa romper-se o nexo de imputação – de *instrumentalidade* – da máquina ao utilizador (s.a.). A estabilização dos parâmetros relevantes para uma correcta decisão jurídica é fundamental. E, no quadro de um conceito valorativo de *inteli-*

[52] Sublinhando, justamente, que esta autonomia é *gradativa*, Alan Winfield, Robotics: A Very Short Introduction, Oxford University Press: Oxford, 2012, p. 10.

[53] Convocamos, aqui, por imperativo técnico, aos *teoremas da incompletude* de Gödel. Cfr., Kurt Gödel, *On Formally Undecidable Propositions of "Principia Mathematica" and Related Systems*, tradução para inglês de B. Meltzer, Dover Publications, Inc.: New York, 1962. Cfr., Luís Moniz Pereira, *Gödel e a Computabilidade*, Research Gate, Dezembro/2014.

gência artificial – adequado aos problemas que se pretende resolver com a intervenção do Direito – importará, por exemplo, uma definição das categorias de *manifestações de inteligência artificial* consoante o grau de sofisticação e de *autonomia* que exibem, o modo de operar e, até, a aparência, bem como ainda a função no tráfego[54].

III. As idiossincrasias que se apresentam em maior ou menor grau consoante o dispositivo em concreto comportam conturbações a que a decisão jurídica tem que atender, nomeadamente em matéria de alocação de responsabilidade por danos que têm como condição a interferência causal daquela tecnologia. Introduzem, ainda, cremos, uma espécie de sofisma relativamente ao modo como o Direito pode valorar a intervenção causal dos sistemas artificialmente inteligentes. Coloca-se, pelo menos teoricamente, a questão de saber se aquela *inteligência* impõe, ao abrigo do princípio da igualdade, um tratamento *diferente* da tecnologia que a exibe porque *diferente* seria a situação da pessoa perante essa tecnologia, à razão dos títulos de imputação que justificam o ressarcimento (em especial, a culpa e o risco). Assim, perguntando-se se relevará aquela particular *fonte de danos* como esfera juridicamente autónoma do destino da obrigação de reparar/compensar – como sujeito-passivo da imputação de danos e, consequentemente, do dever de os indemnizar – ou, apenas, como uma qualquer outra *fonte de danos* que se integra, ao abrigo de um título jurídico, na esfera jurídica de uma pessoa singular ou colectiva e lhe direcciona a sobredita responsabilidade civil. Neste particular, e para diluir o sofisma, o Direito tem de convocar as Ciências que subjazem à tecnologia da inteligência artificial, para, nesse universo, mobilizar vários feixes de *actuação inteligente* que representam[55], face ao controlo externo, diversos graus de *independência*[56].

[54] Um *desafio* (para o legislador), que é assumido como prioridade: assim, *Proposta* cit., em Parlamento Europeu, *Relatório* cit., C., p. 3.

[55] Cfr., Pedro Domingos, *A Revolução do Algoritmo Mestre: como a aprendizagem automática está a mudar o mundo*, Manuscrito Editora: Lisboa, 2017; Nick Bostrom, *Superintelligence: Paths, Dangers, Strategies*, Oxford University Press: Oxford, 2014.

56 Com efeito, devem, em concreto, ser averiguados os níveis de automatização e automação que os dispositivos exibem. As tecnologias de execução de tarefas e do processamento de dados conhecem variável gradatividade; distingam-se, para simplificação, três *graus* de tecnologia. i) Nos sistemas de *reacção codificada* o *output* é resultado do programa/algoritmo. Estes sistemas têm um comportamento puramente mecânico e/ou automático (que habilita à execução de tarefas tabeladas e em ambientes/circuitos fechados). O processamento de

Neste ponto há que traçar as linhas entre a *ficção* e a (efectiva) *realização*. Com efeito, no estádio actual da Ciência e da Técnica a geração *artificial* de inteligência, com um propósito de *replicar* a inteligência natural em *software* (susceptível de ser integrado e operado, por exemplo, em *hardware*), só são conhecidos *simuladores (artificiais) da inteligência natural*. Não pode confundir-se *autonomia* – revelação da autodeterminação – com a opacidade e a imprevisibilidade[57]. A actuação dos sistemas de inteligência artificial corresponde, no presente, ainda, inteiramente à *liberdade de autodeterminação* do sujeito que, em síntese, as fabrica, programa, utiliza: no fundo, comanda (exercendo um controlo mais ou menos remoto/abstracto)[58]. Pelo que do

informação pelo software é feito segundo as instruções com que foi pré-programado. Trata-se de comportamento dedutivo e *data driven*. Outras *manifestações de inteligência artificial* exibem graus diversos de atributos de inteligência e, por conseguinte, conhecem, em função deles, *autonomia gradativa*. ii) Nos sistemas equipados com *machine learning*, o sistema está habilitado a *aprender* para resolver problemas para os quais não encontra no programa/algoritmo solução. Parece que nestes casos os sistemas passam a funcionar segundo regras pré-programadas e ainda segundo as regras aprendidas. A máquina é autodidacta e apresenta relativa autonomia nos seus resultados. Assiste a estes sistemas aptidão para auto-aprendizagem – por exemplo, aprendizagem através da experiência adquirida pelo funcionamento e/ou via da informação inserida ou recolhida "*autonomamente*" por "*iniciativa*" do funcionamento da máquina – aptidão para solucionar problemas complexos, com base num algoritmo pré-programado que é inserido, mas ainda com base na informação que estão aptas a recolher e com base na experiência que adquirem através do próprio funcionamento. O seu funcionamento poderá resultar da interacção com o *meio*, nomeadamente da interacção com as *pessoas*. Provavelmente, deste específico modo de funcionamento da máquina também poderão decorrer resultados em contradição com as regras pré-programadas na máquina ou até que se traduzam na alteração dessas regras. iii) Nos sistemas equipados com *deep learning*, são utilizados algoritmos mais complexos que replicam/imitam o funcionamento de redes neuronais (simples e/ou complexas) que caracterizam o funcionamento do cérebro humano. Nestes casos, o sistema está habilitado ao processamento de linguagem natural, ao reconhecimento/identificação/sintetização de informação e de padrões em grandes conjuntos de dados, ao reconhecimento de imagem, à percepção de emoções/sentimentos. Entre a automatização de tarefas simples e o processamento de grandes conjuntos de dados (*big data*), consoante a sofisticação do algoritmo com que são pré-programados os sistemas tornam-se aptos a desenvolver tarefas muito complexas e até diversificadas, dispondo de predicados/atributos que habilitam a executar actividades com elevada complexidade racional e alguma margem de *"autonomia" decisória* – independentemente de comandos directos e imediatos ou da supervisão humana –, capacitando, inclusivamente, para a escolha/ponderação entre alternativas em campos abertos.

[57] Sobre a relação entre autonomia privada e actuação automatizada, Paula Costa e Silva, "A contratação automatizada" cit., pp. 302 e seguintes.

[58] Paula Costa e Silva, "A contratação automatizada" cit., pp. 302-303.

mesmo exercício de liberdade de autodeterminação se trata na perspectiva que é relevante para o Direito e para a alocação da responsabilidade pelos efeitos dessa liberdade. Trata-se, ainda, de instrumento para a actuação das pessoas, singulares e colectivas[59]. Trata-se, a final, da autonomia própria dos sujeitos de Direito realizada através dos meios que tem ao dispor para a prossecução dos seus fins e interesses[60].

Com finalidade de recorte analítico pode *atribuir-se* aos sistemas *a "autoria" dos eventos* danosos, sendo isto, porém, o produto lógico da fragmentação e da desmaterialização da actuação que as novas tecnologias permitem, ao facilitar a mediatização dos factos humanos pelos instrumentos que, relativamente aos sujeitos que os fabricam, detêm, controlam, utilizam com benefício[61]. Os sistemas que exibem inteligência artificial não podem, ainda, ser considerados *autores* de *factos voluntários* na acepção pressuposta pelos quadros dogmáticos da responsabilidade jurídica: quando muito, são geradores/causadores – no sentido de o seu funcionamento ser *fonte* – de eventos danosos, mas sempre no contexto, e como meio, da actuação de um sujeito de Direito. A autoria – a correspondência do evento danoso ao facto voluntário de um sujeito relevante na acepção da responsabilidade – deve reportar-se ao sujeito de personalidade jurídica: ao sujeito da imputação de normas que *age* através da máquina que *actua através de actos materiais*. Ao sujeito cuja autodeterminação é *mediatizada* pelo funcionamento da máquina. Pelo menos no presente, convola-se em mera *ficção* – científica, talvez – pressupor que a máquina *actua além da autodeterminação do sujeito*. É difícil caracterizar o estádio da evolução que permita concluir pela *pura autodeterminação da máquina* – que imponha e, logo, justifique, a segmentação de centros de imputação de normas jurídicas, de personalidade e de responsabilidade. Eventualmente, tal poderá pressupor, na lógica do Direito, que a máquina se emancipe e desvincule, por completo, do programa, eventualmente exibindo *capacidade criativa original*[62] ou eventualmente um fenómeno equivalente ao da consciência[63], que acresça ao comportamento adap-

[59] Um "instrumento avançado", nota Mafalda Miranda Barbosa, *O futuro* cit., p. 278.

[60] Paula Costa e Silva, "A contratação automatizada" cit., p. 302.

[61] Transferindo-se da *autoria material* para a *imputação*, Paula Costa e Silva, "A contratação automatizada" cit., p. 302.

[62] Convocando o pensamento de Ada Lovelace, cfr., neste sentido, Arlindo Oliveira, *Inteligência Artificial*, Fundação Francisco Manuel dos Santos: Lisboa, 2019, pp. 39-40.

[63] Daniel C. Dennett, *Consciousness Explained*, Back Bay Books: New York, NY, 1992.

tativo, ao desenvolvimento da *percepção*[64] e da *ponderação de valores* (além da capacidade de desenvolver e aprender com a experiência[65])[66]

V. Assim, retomando a diluição do sofisma, *autodeterminação* não pode confundir-se com a *imprevisibilidade* e *opacidade* que assiste – ou corre o risco de assistir – ao funcionamento dos sistemas que exibem inteligência artificial. Tão pouco ao efeito *"black box"* que o seu funcionamento complexo tem tendência a exibir nos sistemas mais sofisticados[67]. Os *ângulos mortos* do funcionamento da máquina e a contingência da *superação do controlo compaginável pelos limites da cognição e intervenção humana sobre a máquina* parecem ser, ainda, no actual estádio da evolução, riscos próprios da acção humana. Se assim for, esta *abstracção no funcionamento da máquina* poderá ainda ser manifestação dos riscos específicos próprios dos sistemas e ainda são riscos inerentes à acção dos agentes que os mobilizam (criadores, programadores, detentores, utilizadores). Neste quadro constituem apenas uma revelação da intensidade do risco associado a estes sistemas complexos, não justificando, por si só, que se conceda uma real e efectiva *fragmentação da acção*. A incontrolabilidade – a impossibilidade, subjectiva e relativa, de condução do perigo da máquina decorrente da *ininteligibilidade* e *imprevisibilidade* do seu funcionamento – é, ainda, em certo sentido imputada à *acção* humana. Mesmo no limite em que o controlo, escrutínio e condução da máquina

[64] Sobre o *paradoxo de Moravec,* cfr. Arlindo Oliveira, *Inteligência Artificial*, Fundação Francisco Manuel dos Santos: Lisboa, 2019, pp. 55 e seguintes.

[65] Para uma síntese sobre estas técnicas de apredenziagem, Arlindo Oliveira, *Inteligência Artificial*, Fundação Francisco Manuel dos Santos: Lisboa, 2019, pp. 59 e seguintes.

[66] É questão muito discutida. Num sentido próximo, por exemplo, em Curtis Karnow, "The application of traditional tort theory to embodied machine intelligence", *in* Ryan Calo / Michael Froomkin / Ian Kerr (eds.), *Robot Law*, EE – Edward Elgar Publishing: Cheltenham/Camberley/Northampton, 2016, pp. 51-77 (p. 56); e, ainda, George A. Bekey, "Current Trends in Robotics: Technology and Ehtics", *in* Patrick Lin / Keith Abney / George A. Bekey (eds.), *Robot Ethics: The Ethical and Social Implications of Robotics*, MIT Press: Cambridge, MA, 2011, pp. 17-34 (p. 18).

[67] Sobra a opacidade, Henrique Sousa Antunes, *Direito e Inteligência Artificial*, Universidade Católica Editora: Lisboa, 2020, pp. 38-40. Sobre a "opacidade" como obstáculo "à tarefa regulatória *ex ante*" bem como no "momento de determinar *ex post* a responsabilidade pelos danos causados pelo sistema de condução autónomo", Manuel Felício, *Responsabilidade* cit., p. 503. Acrescentando que "[d]o modo de desenvolvimento e produção até ao seu funcionamento, os sistemas de inteligência artificial são, para o público em geral, ininteligíveis", p. 504.

só esteja ao alcance de outra máquina[68], casos em que – dependendo dos critérios – se poderá já discutir a aproximação valorativa a uma impossibilidade objectiva e absoluta de condução da máquina. Em qualquer caso, a intervenção da impossibilidade meramente relativa sobre o exercício do controlo não é factor de *autonomia* da máquina: é factor de perigo.

VI. Estas características que conduzem ao funcionamento abstracto da tecnologia exprimem um incremento da *décalage* natural entre pessoa e máquina[69] – que se manifesta, se se puder aceitar esta colocação, entre *processamento humano* e o *processamento tecnológico*: em prejuízo do controlo humano sobre a máquina. Conduzem-nos, com efeito, a uma abordagem relacional da *automaticidade da actuação artificialmente inteligente* como sendo a única que não nos transporta para o campo da ficção. Pelo menos no estádio actual da evolução tecnológica, pode conceder-se em que será por referência aos limites da cognição e cognoscibilidade da pessoa – e em relação a esses limites – que se apuram a *independência decisória* e *de funcionamento* das máquinas. São, pois, ainda, independência e automaticidade *relativas*, que se deduzem da potencial superação, pela máquina, da (naturalmente) limitada e finita capacidade que o ser humano exibe e é capaz de mobilizar. Reflectem-se na redução do domínio e controlo sobre a máquina, traduzidos na capacidade de conduzir a máquina, prever a "decisão" da máquina – no sentido de solução/resolução dada como *output* ao *input* –, escrutinar a "decisão" da máquina e de prevenir/evitar certos resultados do funcionamento da máquina ou mesmo revertê-los. Porém, numa perspectiva, pode perguntar-se se, "ceder os destinos do funcionamento da máquina ao funcionamento da máquina", não será, ainda, decisão humana voluntária – à qual é legítimo, pois, como contrapartida dessa escolha, atribuir os *resultados* do funcionamento da máquina: antecipadamente *aceites* pela pessoa quando deixou a máquina laborar "sozinha" e quando decidiu guiar o seu comportamento de acordo com a decisão *recomendada* pela máquina. Como se de uma espécie de *acção livre na causa* se tratasse: em que a autodetermi-

[68] Com efeito, tendo em conta as características apontadas a estas tecnologias torna-se cada vez mais difícil apurar em que circunstâncias – *efectivamente* – um supervisor humano pode interferir sobre o resultado da máquina, impedi-lo ou revê-lo.

[69] Que não constitui verdadeira novidade da Quarta Revolução Industrial: já se havia instalado.

nação da pessoa se exprime na delegação de autoridade à máquina para resolver um determinado *problema*[70].

1.2. Entre Criadores, Criações e Criaturas: algumas reflexões a propósito da imputação de danos causados por Criaturas e Criações

I. Enunciámos, acima, que a complexidade da inteligência artificial pode ser vista sob a égide de dois aspectos. O segundo deles, um aspecto funcional, vai reflectir-se, *inter alia*, em inúmeros desafios colocados ao próprio funcionamento dos sistemas de pressupostos dos vários tipos de responsabilidade, assim como na tarefa da prova respectiva verificação, reflectindo-se, ainda, por fim, na própria delimitação da obrigação de indemnizar que tem naquela responsabilidade a sua fonte.

A propósito da *actuação artificial* dialogámos com um dos núcleos problemáticos característicos do funcionamento destes sistemas que se relaciona com a *opacidade*. Esta característica constitui, ainda, uma revelação de complexidade funcional e, como se assinalou, é particularmente decisiva do ponto de vista da alocação da responsabilidade em função da margem de controlo (e da *controlabilidade*). Deste ponto de vista, factores múltiplos devem ser convocados na decisão sobre alocação de risco à *acção humana* por detrás da máquina para determinar em que medida o facto da máquina pode ainda ser imputado àquele comportamento voluntário como seu resultado[71]. Porém, concedendo-se nas premissas acima, de um certo ponto de vista pode concluir-se que, no presente, o *resultado da máquina* é, provavelmente, sempre um produto humano – ainda que remoto, mediato ou indirecto[72]. Pode conceder-se que, provavelmente, nos dias de hoje, todo o

[70] Concebendo as máquinas como fontes de vinculação relativamente às quais a autonomia "pode ser encontrada no momento em que o homem escolhe a máquina", Paula Costa e Silva, "A contratação automatizada" cit., p. 305.

[71] Por exemplo, no caso típico dos veículos autónomos, "o nível de automação e a possibilidade de intervenção do tripulante do veículo, variáveis de caso para caso", salientando a respectiva "influência na determinação da solução que melhor se adequa na prossecução das finalidades da responsabilidade civil", Manuel Felício, *Responsabilidade civil extracontratual por acidente de viação causado por veículo automatizado*, Revista de Direito da Responsabilidade, Ano 1 (2019), pp. 493-524 (p. 499). Sobre os veículos autónomos, cfr. Paulo Mota Pinto, *Problemas jurídicos dos veículos autónomos*, Estudos de Direito do Consumidor, Número especial: Direito e Robótica, Instituto Jurídico/Centro de Direito do Consumo, FDUC (2020), pp. 93-153.

[72] A expressão é de Mafalda Miranda Barbosa, *O futuro* cit., p. 280.

output do funcionamento da máquina se reconduz ainda à combinação do *input* com o algoritmo e as características próprias da *inteligência da máquina*, correspondendo-lhe, então, um certo *determinismo algorítmico*[73]: em que a criatura é, a final, sempre um fatal produto da criação e, portanto, todo o facto da criatura é um facto que ainda se reporta ao criador e seu engenho (responsabilidade do criador).

II. Problema diferente é o, já assinalado, de assistir ao criador capacidade para prever, controlar ou evitar esse *output possível da máquina* tendo em conta as características desta. O "determinismo é imprevisível"[74], mas, na medida em que seja resultado do funcionamento *possível da máquina*, não deixa de ser – por força da imprevisibilidade – imputado ao algoritmo. A imprevisibilidade – o efeito *black box* e o *ângulo morto* da máquina – é uma decorrência da já pontuada *décalage* natural entre a capacidade humana e a capacidade da máquina que, naturalmente, a transcende. Identicamente, não é suficiente para interromper o nexo de imputação do resultado da máquina à esfera da pessoa que a programa/opera/utiliza[75]. No estádio actual da evolução tecnológica as regras e atributos do programa são, ainda, as regras e predicados disciplinados pelo programador e pelo utilizador. Assim, em certo sentido, as escolhas da máquina – em especialmente as escolhas éticas[76], as ponderações e juízos de valor[77] – são, ainda, necessariamente reportadas a escolhas do programador e do utilizador[78], são, ainda que mais ou menos remotamente, resultados das coordenadas dadas pelo algoritmo, do modelo de processamento da experiência decisória que resulta dos dados tal como recolhidos e das especificações pré-programadas

[73] Sobre este livre-arbítrio a propósito da consideração dos *entes artificialmente inteligentes como entes morais*, cfr. Mafalda Miranda Barbosa, *O futuro* cit., pp. 278 e seguintes.

[74] Cfr. Mafalda Miranda Barbosa, *O futuro* cit., pp. 278 e seguintes.

[75] Mafalda Miranda Barbosa, *O futuro* cit., pp. 278 e seguintes.

[76] Por exemplo, em cenários mais extremos, as *tragic choices*. No domínio dos veículos autónomos, sobre as *tragic choices*: Paulo Mota Pinto, *Problemas jurídicos dos veículos autónomos*, Estudos de Direito do Consumidor, Número especial: Direito e Robótica, Instituto Jurídico/Centro de Direito do Consumo, FDUC (2020), pp. 93-153.

[77] Às quais, num actual estádio da evolução, como se já pôde assinalar, a máquina não tem sequer *capacidade* para proceder *automaticamente*: a não ser sob instruções.

78 Sobre o interessante problema da escolha discriminatória atribuída ao algoritmo, entre nós, *colorandi causa*: José Luiz de Moura Faleiros Júnior, *Discriminação por algoritmos de inteligência artificial: a responsabilidade civil, os vieses e o exemplo das tecnologias baseadas em luminância*, Revista de Direito da Responsabilidade, Ano 2 (2020), pp. 1007-1043.

para o respectivo tratamento. Assim: estes são, em última instância, aqueles que se encontram na retaguarda da manipulação do funcionamento das máquinas os sujeitos passivos do dever de *controlar os perigos* associados a essas *escolhas*.

III. Os sistemas de inteligência artificial são, ainda, tendencialmente, *objectivamente* complexos. Assim, porque, por um lado, enquanto *objectos* são, tipicamente, sistemas *per si* compostos[79]: composições de *software* e *hardware*; ou de uma pluralidade de elementos diversos de *software* e de *hardware*; sujeitos, ainda, a *especificações*, *configurações* e até *actualizações* constantes. E porque, por outro lado, funcionam, por via de regra, *em rede* e *em linha*: com efeito, o funcionamento destes sistemas – integrados em máquinas – pode ocorrer de modo isolado ou isolável, mas, tipicamente, desencadeia-se em fenómenos de conexão entre máquinas e entre sistemas no ambiente digital/computacional, e em contextos de *interoperabilidade de sistemas*[80]. Assim, neste patamar de dificuldades pode referir-se que o funcionamento dos sistemas de inteligência artificial, em si sistemas compostos por uma multiplicidade de objectos agregados substancial e/ou funcionalmente, é, ainda, tipicamente o resultado da influência e operância de outros *não-agentes*: outras máquinas/sistemas, bem como da operabilidade com a rede e com as patologias da rede (por exemplo, vírus e outro *malware*).

IV. Acresce que – por conseguinte –, ao funcionamento dos sistemas de inteligência artificial correspondem, tendencialmente, fenómenos *subjectivamente* complexos: na medida em que a actividade do sistema está ou pode estar afecta à intervenção e/ou à interferência de uma pluralidade mais ou

[79] Precisamente tendo por base o reconhecimento de que as (aparentes) *unidades tecnológicas* correspondem tendencialmente, estrutural e funcionalmente, a *coisas compostas*, cfr. Expert Group on Liability and New Technologies, *Liability* cit., 30, p. 8: "In determining what counts as a commercial and technological unit within the meaning of [29] regard is to be had to (a) any joint or coordinated marketing of the different elements; (b) the degree of their technical interdependency and interoperation; and (c) the degree of specificity or exclusivity of their combination".

[80] Sobre o fenómeno de *interdependência* tipicamente inerente, *v. g.*, à *internet das coisas* e ao *cloud computing*: *Proposta* cit., em Parlamento Europeu, *Relatório* cit., 9., p. 10; Henrique Sousa Antunes, *Inteligência Artificial* cit., p. 19; Nuno Sousa e Silva, *Direito e Robótica* cit., p. 516. A *interoperalidade* deve ser *garantida*: "Deve ser garantida a interoperabilidade dos robôs autónomos ligados em rede que interagem entre si", *Anexo à Proposta* cit., em Parlamento Europeu, *Relatório* cit., p. 23.

menos indiscriminada de *agentes*. Num esforço grande de síntese, em abono da exposição, poderíamos distinguir pelo menos dois âmbitos de contribuição para o *regular* funcionamento (em sentido amplo/material) do sistema: criação, fabrico e disponibilização no tráfego (onde intervêm, por exemplo, os responsáveis pela programação originária e subsequente, bem como os demais fabricantes ou produtores do *software* e *hardware*); aquisição/utilização/operação do sistema no tráfego (onde intervirão, nomeadamente, os proprietários, os operadores, os beneficiários da utilização). Na prática poderá haverá relações de sobreposição entre estas categorias de agentes, mas, em prol da explicação, quer ressaltar-se que se conta, associada ao funcionamento de uma máquina (que exibe inteligência artificial), uma pluralidade de *intervenientes* – sujeitos passivos de responsabilidade jurídica – que vão, pelo menos, desde o produtor ao operador final (conceito que, sentido amplo, integrará o próprio consumidor), passando pelo *data provider* e até pelo "treinador" do algoritmo. Prosseguindo na síntese, a ligação em rede e a interoperalidade facilitam a exposição (tipicamente, muito intensa) à interferência patológica (dolosa ou negligente) de *terceiros* no funcionamento da máquina: por exemplo, *hackers*, outros terceiros, eventualmente os próprios lesados (onerados que estão, v. g., com um intenso cuidado de perigo).

IV. Assinale-se, por fim, dois últimos níveis de complexidade: atinentes, ainda, à imprevisibilidade destas máquinas. O potencial *lesivo*: não existindo, em princípio, limites do ponto de vista da realização ilícita de violações de direitos subjectivos e de normas de protecção. O potencial *danoso* dessas lesões decorrente[81].

1.3. Entre o Direito constituído e o Direito a constituir.

I. Procuramos empreender um estudo cujo enfoque entronca em soluções de Direito constituído e não sobre Direito a constituir[82]. Apenas em

[81] Pensamos, por exemplo, nos danos em larga escala que permitem, eventualmente, convocar a pertinência, no futuro, das *class actions* e, portanto, a necessidade de uma configuração especial da tutela colectiva neste campo.

[82] Está, por isso, fora do nosso objecto a análise detida de alguns instrumentos fundamentais na perspectiva do Direito eurocomunitário uniforme em matéria de regulação da inteligência artificial, com destaque para, v. g.: i) Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho, que estabelece regras harmonizadas em matéria de Inteligência Artificial (Regulamento Inteligência Artificial) e altera determinados Atos Legislativos da

face do funcionamento concreto dos regimes de Direito positivo é, aliás, possível concluir pela suficiência das regras dispostas para assegurar a inexistência de *lacunas de responsabilidade*. Ou seja, para assegurar as pretendidas justeza e eficiência na cobertura (adequada) dos riscos e na alocação dos danos às esferas jurídicas que, de acordo com os princípios cogentes da responsabilidade, devem suportá-los[83].

Além disto, ocorre perguntar: se a eventual insuficiência – das soluções oferecidas pelo sistema ou com base nos princípios reitores da ideia de justiça na distribuição de danos que lhe é imanente –, pode *superar-se*, alterando/adaptando os tipos de responsabilidade, mas mantendo o enquadramento de princípios que limitam o próprio legislador nessa adaptação, ou se a superação de uma eventual lacuna de responsabilidade depende (ou pode legitimamente impor) da alteração ao nível dos princípios gerais da responsabilidade que se reflicta no enquadramento dogmático desta?

II. A regra encontra-se, entre nós, no 483.º, n.º 1. Está documentada a metamorfose dos quadros dogmáticos da responsabilidade cujo funcionamento, ainda que sempre se conservando dentro de uma impreterível lógica de excepcionalidade (reverberada, entre nós, no n.º 2 do artigo 483.º do Código Civil), se *objectivou*. Admite-se a imputação de danos através da obrigação de indemnizar fundada em título diferente da culpa (e desta alternativo), mas ao qual o sistema está coerentemente autorizado a, sob determinados pressupostos, reconhecer idêntica legitimidade: legitimidade para, só por si, fundamentar determinada distribuição de danos. Assim, em casos nos quais alocação de danos a determinada esfera jurídica ainda é

União, de 21 de Abril de 2021 (COM/2021/206 final); ii) Resolução do Parlamento Europeu, de 20 de Outubro de 2020, que contém recomendações à Comissão sobre o regime de responsabilidade civil aplicável à inteligência artificial (2020/2014(INL)); bem como, ainda, iii) Relatório do Parlamento Europeu, que contém recomendações à Comissão sobre o regime de responsabilidade civil aplicável à inteligência artificial, de 05 de Outubro de 2020 (2020/2014(INL)); e iv) Livro Branco da Comissão Europeia sobre a inteligência artificial – Uma abordagem europeia virada para a excelência e a confiança, de 19 de Fevereiro de 2020 (COM(2020) 65 final).

[83] E, com efeito, no limite, perguntar/concluir pela necessidade de criação de regimes jurídicos adequados às especificidades deste campo de intervenção do Direito. Neste sentido, por exemplo, Alain Bensoussan / Jérémy Bensoussan, *Droit des robots*, Larcier: Louvain-la-Neuve, 2015, pp. 25 e seguintes, e *passim*.

legitima e justa por força de um título de imputação alternativo que prescinde da culpa[84].

III. Num primeiro patamar de análise, confrontamo-nos, pelo menos abstractamente, com a decisão acerca da repartição de responsabilidade entre *criadores*, *criações* e *criaturas*: questão que, como já vimos dizendo, aparece adequadamente resolvida, à luz do Direito vigente, pela circunstância de as *máquinas* não serem centros autónomos de imputação de responsabilidade[85]. É, assim, assentando na falta de autodeterminação juridicamente relevante dos mecanismos artificialmente inteligentes que podemos representar o respectivo enquadramento normativo: por um lado, no que se reporta ao estatuto jurídico que o Direito vigente lhes atribui (e, consequentemente, se justifica atribuir-lhes); por outro lado, quanto à responsabilidade civil pelos danos *por esses mecanismos causados* à luz do direito português vigente[86]. O *sistema de inteligência artificial* (qualquer que seja a sua forma de manifestação ou grau de sofisticação) não pode ser concebido, à luz das regras do nosso Direito positivo, como titular de personalidade jurídica – ou de um estatuto jurídico análogo ou equiparável, ou até de um estatuto híbrido[87] – que, consequentemente, habilite considerá-lo sujeito-passivo de responsabilidade (jurídica-civil)[88]. Este o predicado que norteia

[84] Como nota Mafalda Miranda Barbosa, *O futuro* cit., pp. 263 e seguintes.

[85] Uma análise das questões que se colocam a propósito do estatuto jurídico dos *robots* pode encontrar-se em Filipe Albuquerque de Matos, *Responsabilidade por danos causados a terceiros por robôs*, Estudos de Direito do Consumidor, Número especial: Direito e Robótica, Instituto Jurídico/Centro de Direito do Consumo, FDUC (2020), pp. 155-211.

[86] Em síntese: "It is not necessary to give devices or autonomous systems a legal personality, as the harm these may cause can and should be attributable to existing persons or bodies", Expert Group on Liability and New Technologies, *Liability* cit., p. 4.

[87] Como na proposta de Ugo Pagallo, *The Laws of Robots: Crimes, Contracts, and Torts*, Springer: Heidelberg, 2013 – assente na repristinação de um estatuto análogo ao do servente-escravo existente no Direito Romano.

[88] Veja-se a alínea *f)* do artigo 59.º da Resolução do Parlamento Europeu, de 16 de fevereiro de 2017, que contém recomendações à Comissão sobre disposições de Direito Civil sobre Robótica (2015/2103(INL)), nos termos do qual o Parlamento Europeu "[i]nsta a Comissão a explorar, analisar e ponderar, na avaliação de impacto que fizer do seu futuro instrumento legislativo, as implicações de todas as soluções jurídicas possíveis, tais como: f) Criar um estatuto jurídico específico para os robôs a longo prazo, de modo a que, pelo menos, os robôs autónomos mais sofisticados possam ser determinados como detentores do estatuto de pessoas eletrónicas responsáveis por sanar quaisquer danos que possam causar e, eventualmente,

a configuração do estatuto e regime de responsabilidade aplicável à luz do Direito vigente – bem como, ainda, eventuais sugestões *de iure constituendo*.

IV. Por outro lado, sói assinalar, a repartição da responsabilidade entre pessoa e máquina – acobertada por um estatuto jurídico atribuído à máquina que a justificasse –, a nosso ver, só surge justificada por um imperativo ético que se manifesta duplamente.

Primeiro, a transferência da responsabilidade da pessoa para a máquina como mecanismo de exoneração. As assinaladas opacidade, imprevisibilidade e complexidade geram inúmeros problemas na perspectiva do *controlo da máquina* que dá quadrante à responsabilidade pelos danos que nela tenham *fonte*. Tudo isto nos conduz, com efeito, a perguntar: a quem deve o risco inerente a esta *décalage* – e dos seus efeitos perversos – ser alocado? Deve, esse risco, ser externalizado? Até que limites é legitima a atribuição do risco à *pessoa* (na retaguarda da escolha, programação e utilização da máquina)[89]?

Segundo, a maximização da tutela dos lesados. O que pressuporia que a máquina estivesse dotada de património próprio susceptível de responder de modo independente pelo ressarcimento devido. Na atribuição de um estatuto de pessoa jurídica às máquinas está implícito pelo menos um interesse na limitação/transferência/distribuição da responsabilidade. Porém, na medida em que esse interesse poderá comprometer o funcionamento efectivo da responsabilidade – provocando uma fragmentação não justificada entre agir, interesse em/proveito do agir e responder, por um lado, e provocando o esvaziamento da obrigação de indemnizar por outro – redunda numa subversão do imperativo ético. São, aliás, casos com algumas destas notas típicas que, noutro lugar, justificam a desconsideração/levantamento de personalidade jurídica autónoma para imputação de danos à pessoa na retaguarda da acção.

2. A responsabilidade perante os consumidores à luz do Direito vigente

I. O que vem de se dizer encaminha-nos para a conclusão de que, *de iure consituto*, a responsabilidade pelos danos cuja causa eficiente são sistemas

aplicar a personalidade eletrónica a casos em que os robôs tomam decisões autónomas ou em que interagem por qualquer outro modo com terceiros de forma independente; [...]".

[89] Apesar de tudo, não pode, naturalmente, deixar de conceder-se que "quanto mais autónomos os robôs são, menos podem ser encarados como sendo simples instrumentos nas mãos de outros intervenientes (como o fabricante, o operador, o proprietário, o utilizador, etc.)" – *Proposta* cit., em Parlamento Europeu, *Relatório* cit., AB. p. 7.

que exibem inteligência artificial, só pode ser configurada na direcção dos *agentes* – sujeitos de Direito que são sujeitos passivos de responsabilidade (civil) – a cujas esferas jurídicas pode o sistema ser imputado: em princípio, ao abrigo dos critérios valorativos que fundamentam a alocação do risco gerado no tráfego que se veio a concretizar nos danos provocados. Desta perspectiva, possivelmente, é no fenómeno de *imputação do funcionamento do sistema de inteligência artificial* – como síntese para *fabrico, disponibilização e utilização – à actuação responsável de um determinado sujeito de Direito* que está a chave para a configuração e distribuição da responsabilidade pelos danos que sobrevenham[90].

O fenómeno de imputação da *máquina* aos agentes é enquadrado pelo *controlo* que se lhes atribui sobre os sistemas – num desenho de esferas de *risco* em que a responsabilidade pode ter por título a culpa (e, portanto, o controlo devido como instrumento de evitação de danos) ou um título alternativo à culpa que impute objectivamente um risco cuja atribuição é insensível à evitabilidade os danos verificados como sua materialização. Se se puder conceder em que o quadrante material da responsabilidade pode ser encontrado no *controlo da máquina* – no controlo do potencial lesivo destes sistemas –, as questões colocadas repercutem na identificação da esfera jurídica *responsável por esse controlo* (a título de culpa ou a outro título): a alocação de responsabilidade configura-se em função da imputação do controlo no *ciclo de vida* do sistema – em conformidade uma *risk-based approach*. Neste campo actualizam-se na prática as dificuldades geradas pelas já assinaladas complexidade, opacidade e imprevisibilidade que são apontadas como características *naturais* do funcionamento (*normal, regular*) destes sistemas e cujo grau de intensidade está topicamente acoplado ao grau de sofisticação da tecnologia que habilita a actividade artificialmente inteligente.

II. À luz do Direito vigente a imputação de danos *causados* pela intervenção de sistemas de inteligência só pode ser conformada à luz dos quadros de responsabilidade por *facto próprio*, no contexto do qual o funcionamento do *sistema de inteligência artificial* corresponde a uma actividade do agente, a

[90] O que se traduz num raciocínio complexo, cfr., por exemplo, Ugo Pagallo, *The Laws of Robots: Crimes, Contracts, and Torts*, Springer: Heidelberg, 2013, pp. 45 e seguintes. Entre nós, por exemplo, a análise de Filipe Albuquerque de Matos, *Responsabilidade por danos causados a terceiros por robôs*, Estudos de Direito do Consumidor, Número especial: Direito e Robótica, Instituto Jurídico/Centro de Direito do Consumo, FDUC (2020), pp. 155-211 (pp. 179 e seguintes).

um (mero) resultado da acção do agente, a um instrumento/meio ao serviço da satisfação dos seus interesses/fins. Se assim for, podem apartar-se as regras de imputação de responsabilidade por *facto de outrem* que, com efeito, pressuporiam a personalização jurídica da máquina – susceptível, então, na perspectiva do Direito, de empreender *facto próprio* e de, eventualmente ser por esse facto responsabilizada[91].

Por conseguinte, poderá concluir-se que, à luz do Direito vigente, não é viável mobilizar regimes de responsabilidade por facto de terceiro, designadamente os previstos nos artigos 500.º e 800.º do Código Civil (aplicáveis às pessoas colectivas por força do artigo 165.º do Código Civil)[92]. Mas, perante estes regimes – e as razões pelas quais afastamos a respectiva aplicação a este campo de estudo – arriscamo-nos, ainda, perguntar: será viável intuir, eventualmente com base num argumento por maioria de razão, que os pressupostos de aplicação destas normas corroboram o raciocínio de distribuição de riscos atrás expendido e que resulta da aplicação dos princípios gerais do sistema? Ou seja, de que é plausível – e juridicamente legítimo – configurar a *máquina* como instrumento (em sentido amplo) da pessoa e o risco da máquina como, ainda, um risco da acção (delitual) da pessoa[93]? Com efeito, o Direito dispõe de normas em que mesmo perante a autonomia máxima reconhecida ao autor do facto danoso (um sujeito de Direito que é sujeito-passivo de responsabilidade) – comissário, representante, auxiliar – se responsabiliza *outrem* – comitente, representado, auxiliado – *objectivamente* (pelo menos perante o lesado)[94]. Pelo que, não sendo

[91] Pressupondo, com alguns Autores, um fenómeno de *dupla-imputação*: Manuel Carneiro da Frada, *Contrato* cit., p. 206. Com desenvolvimento, entre nós, *colorandi causa*: Maria da Graça Trigo, *Responsabilidade civil delitual por facto de terceiro*, Coimbra Editora: Coimbra, 2009, pp. 231 e seguintes. *Ex professo* sobre inteligência artificial, entre nós, *v. g.*: Henrique Sousa Antunes, *Inteligência Artificial* cit., p. 145.

[92] Cfr., António Pinto Monteiro, *"Qui facit per alium, facit per se"* cit., pp. 18 e seguintes. Com o Autor, a propósito da aplicação do artigo 800.º, "no estado actual das coisas, só por analogia, muito generosa (!), poderíamos aplicar esta norma à utilização de robôs" (cit., p. 19), acrescendo que, "*os robôs não são susceptíveis de um juízo de culpa*, de um juízo de censura ético-jurídica... Aliás, logo à partida, os robôs não são susceptíveis, sequer, de um juízo de *imputabilidade* [...]" (cit., p. 20). Ainda, Cláudia Madaleno, *A responsabilidade* cit., pp. 544 e seguintes; Manuel Carneiro da Frada, *Contrato* cit., p. 208.

[93] Neste sentido, a propósito do artigo 800.º do Código Civil, Cláudia Madaleno, *A responsabilidade* cit., p. 545.

[94] Neste sentido, Expert Group on Liability and New Technologies, *Liability* cit., p. 3 – "A person using a technology which has a certain degree of autonomy should not be less accountable for ensuing harm than if said harm had been caused by a human auxiliary".

viável à luz do nosso sistema (cfr. artigo 483.º, n.º 2, do Código Civil) a responsabilidade objectiva pelos danos provocados pelas máquinas enquanto instrumento (s.a.) de acção[95], a atribuição da máquina à pessoa tem o seu limite somente na culpa e não no facto ilícito, e, essa constatação, parece estar legitimada pelo sistema.

III. Atendendo a quanto parece poder afirmar-se acerca da *automação e da tecnologia que exibe inteligência artificial* – operada em sistemas mais ou menos autónomos ou semi-autónomos – a primeira conclusão relevante para a alocação da responsabilidade pelo respectivo *controlo* possivelmente será a de que as características inerentes a um sistema de inteligência artificial, e ao seu funcionamento, afastam o *controlo* das esferas dos proprietários e/ou utilizadores[96] – assim como das esferas dos (re)vendedores/disponibilizadores *directos* no mercado de consumo[97] –, remetendo-o para esfera dos produtores/fabricantes que o colocam em circulação no tráfego[98].

Acrescentando-se, ainda: "If harm is caused by autonomous technology used in a way functionally equivalent to the employment of human auxiliaries, the operator's liability for making use of the technology should correspond to the otherwise existing vicarious liability regime of a principal for such auxiliaries" (cit., 18, p. 7).

[95] Ainda que esse possa ser um caminho a traçar pelo legislador no futuro. Cfr. Expert Group on Liability and New Technologies, *Liability* cit., 18, p. 7: "If harm is caused by autonomous technology used in a way functionally equivalent to the employment of human auxiliaries, the operator's liability for making use of the technology should correspond to the otherwise existing vicarious liability regime of a principal for such auxiliaries". Neste sentido, ainda, cit., pp. 45 e seguintes.

[96] Assim, "o consumidor final, sub-adquirente, simples utente ou pessoa apenas exposta ao defeito e periculosidade dos produtos (*bystander*), encontra-se distanciado do produtor, sujeito verdadeiramente responsável pela concepção de produtos cada vez mais complexos e requintados", João Calvão da Silva, *Responsabilidade civil do produtor* cit., p. 92. Sobre a *concentração da responsabilidade no produtor*, João Calvão da Silva, *Responsabilidade civil do produtor* cit., pp. 525 e seguintes.

[97] Este problema não é novo. É conatural à industrialização e à complexificação das cadeias de produção e fornecimento de bens nas sociedades modernas: progressivamente, "o revendedor desempenha o papel apagado e secundário de simples correia de distribuição dos produtos [...] a cuja produção é completamente alheio, porventura tão alheio como o consumidor, e sobre a qual não exerce (ou exerce cada vez menos) qualquer espécie de controlo relevante e adequado, quer porque os produtos são frequentemente vendidos em embalagens de origem, fechadas e sigiladas – por conseguinte, sem qualquer possibilidade de interferência do comerciante –, quer porque nas hipóteses em que essa interferência é possível o distribuidor não tem *know-how*, conhecimentos científicos suficientes ou instrumentos técnicos idóneos para levar a cabo um controlo relevante, adequado e eficaz", num fenómeno de

Atentas as apontadas características naturais da *"autonomia" artificial* – imponderável, ininteligível, inexplicável e meândrica – parece poder concluir-se que, em primeira linha[99], se encontram acopladas ao universo dos *produtores/fabricantes* dos sistemas de inteligência artificial as condições de facto que permitem exercer controlo sobre a *performance* dos sistemas – ao contrário do que eventualmente pudesse suceder noutro tipo de sistemas autómatos (ou automáticos) cujo funcionamento habilite uma efectiva supervisão pelo *utilizador comum*[100]. Desde logo, porquanto relativamente a estes sistemas há um certo conjunto de medidas de controlo *ex ante* – de prevenção de riscos – para a adopção das quais a esfera dos fabricantes está melhor colocada ou que só pelos produtores/fabricantes poderá objectivamente ser implementado[101]: medidas que intercedem na projecção, concepção e fabrico dos sistemas. Razões de justiça, mas ainda de eficiência, na alocação de responsabilidade impõem o respectivo direccionamento a estes efectivos controladores pela *falta dessas medidas de segurança*. Não apenas do ponto de vista da *programação eticamente orientada*, como segundo parâmetros vinculativos de *accountability*, transparência, *disclosure* e medidas de escrutinabilidade dos sistemas[102]: num contexto de informação e conheci-

"alheamento do distribuidor, perante produtos cujos processos de concepção e fabrico não conhece", João Calvão da Silva, *Responsabilidade civil do produtor* cit., p. 92. Sobre a *regra da responsabilidade subjectiva do distribuidor*, João Calvão da Silva, *Responsabilidade civil do produtor* cit., pp. 539 e seguintes.

98 Por exemplo, Andrew D. Selbst, *Negligence* cit., p. 1322; G. Wagner, *Robot liability* cit., p. 37.

99 A responsabilidade do utilizador tende, num quadro de *responsabilidade distribuída*, para um segundo plano de intervenção, cedendo significância à responsabilidade do fabricante, ao qual, coerentemente, se há-de reportar o dever de compensação (s.a.) pelos danos. Cfr., assim, A. Seehafer / J. Kohler, *Künstliche* cit., p. 213; G. Wagner, *Robot, inc.* cit., p. 602.

100 Cfr., neste sentido, G. Wagner, *Robot, inc.* cit., p. 602. Identicamente, W. D. Smart / C. M. Grimm / W. Hartzog, *An education* cit., pp. 12-13 – os Autores sublinham que: "Whereas there often is a relatively traceable and predictable line between design and harm for many potentially harmful non-automated products like band saws (protective covers) and electrical kitchen appliances (short cords), existing software packages for object recognition and control systems are not as well understood and have far fewer default safety mechanisms built-in. [...] at least partly attributed to the general unpredictability of the system across broad contexts" (cit., p. 13).

101 A. Galasso / H. Luo, *When does product liability* cit., p. 5; M. F. Lohmann, *Liability issues* cit., p. 338.

102 Por exemplo, *caixas negras*, cfr., sobre estas medidas do ponto de vista do ónus da prova, CERRE, *Report: EU Liability* cit., p. 56. Ainda: B. Koch, *Product Liability 2.0* cit., p. 110; G. Spindler, *Roboter, Automation, künstliche Intelligenz* cit., p. 772.

mento assimétricos (e em que há que representar a intensidade dos *custos* de informação e de conhecimento). Em função da tendência de que o controlo humano não represente uma possibilidade meramente teórica: desde logo, exorcizando incerteza e a dificuldade de prova sobre a possibilidade de efectiva intervenção do supervisor humano e possibilidade de impedir a decisão do sistema de inteligência artificial, para responder à questão de saber sob que circunstâncias – e de que modo – deve/pode o supervisor humano intervir e impedir a decisão da máquina, bem como no correcto investimento em regras de segurança e *interface* entre o produto e o utilizador/consumidor[103]. Ainda, no mesmo sentido, a ideia de que a responsabilidade, em determinados sectores do tráfego, deve compaginar a lógica de alocação ao *least cost avoider*: num domínio em que a responsabilidade pela segurança é distribuída entre diversos universos de agentes (produtores, operadores, utilizadores, por exemplo), em que cada nível de intervenientes tem obrigações fundamentais na garantia dessa segurança em regime de *complementaridade*, a responsabilidade deve ser alocada, a final, também em função da capacidade para reduzir os riscos com maior eficiência e com menores custos[104]. Desse modo, se a responsabilidade deve acompanhar o controlo, os produtores/fabricantes constituem um primeiro conjunto de responsáveis, perante os consumidores, cuja responsabilidade deverá ser reforçada. Mas não o único.

IV. Os *operadores* das máquinas – no sentido de utilizadores, independentemente do título jurídico ao abrigo do qual utilizam (ou da inexistência desse título) – exercem controlo na fase da utilização do sistema de inteligência artificial. Desde logo porque será o operador a decidir sobre o *an* e o *quantum* dessa utilização, em que circunstâncias e para que fins é utilizado o sistema; é o operador que, além de escolher a máquina, em princípio supervisiona a utilização em concreto (dirige, orienta, vigia, inspecciona e supervisiona a real utilização do sistema). Nesta segunda esfera de domínio a considerar, temos que o *operador* exerce controlo sobre a utilização do sistema, essencialmente desde a circunstância de que é o operador que

[103] Notando "a automatização do processo produtivo, a complexa e "anónima" combinação do homem com a máquina a fazer com que seja elevada a possibilidade de aparecimento de produtos defeituosos e perigosos, devido a erros humanos e falhas técnicas muitos dos quais escapam completamente ao mais elevado grau de diligência e cuidado do homem", João Calvão da Silva, *Responsabilidade civil do produtor* cit., pp. 93-94.

[104] CERRE, *Report: EU Liability* cit., p. 8.

escolhe delegar no sistema a realização de certas tarefas/tomada de certas decisões, comissionando, ao funcionamento do sistema, a prossecução de certos interesses/fins da sua própria acção voluntária. A responsabilização destes operadores aloca-se, então, à falta de controlo relativamente ao que lhes podia, em concreto, ser exigido[105]. Por exemplo, o controlo da (necessária) actualização dos sistemas, dos defeitos de funcionamento que se forem externo-objectivando (avisos de falhas, avisos de perigo de intrusão ou vírus), bem como o próprio controlo da interoperabilidade (sistemas cuja interacção não é recomendada, extensões/interacções não confiáveis). As vantagens da responsabilidade dos operadores são várias[106]: desde logo, fomenta a precaução e a supervisão da segurança que pode em concreto estar a cargo do utilizador real, incentiva à adequada utilização, manutenção e actualização, também promove alguma internalização dos custos gerados pelo benefício de empregar as máquinas.

Mas, ainda assim, como dirigir um juízo de culpa aos operadores que não podiam razoavelmente antecipar o resultado do funcionamento do sistema de modo a exercer sobre ele controlo? Evidentemente, trata-se de uma responsabilidade por omissão: responsabiliza-se por ter falhado a devida manutenção ou a supervisão do sistema *quando essa manutenção/supervisão, exequível pelo operador, poderia ter evitado o resultado lesivo*. Surgem, neste âmbito, reforçados os deveres de manutenção e de supervisão casuisticamente a cargo dos utilizadores. Sabendo, porém, que a emergência e o escopo/conteúdo destes deveres é difícil de estabelecer e, ainda, de provar, em sistemas cujo funcionamento não é inteiramente escrutinável. Noutro nível, é identicamente difícil provar a imputação objectiva dos resultados lesivos à preterição daqueles deveres. Deste modo, os problemas iniciam-se na demonstração do facto ilícito a que o juízo de culpa se vai reportar.

A responsabilidade directa destes operadores pode ser configurada, à luz do Direito interno, via dos tipos delituais cuja materialidade permite captar, como razão de imputação, um perigo acoplado à *perigosidade* – congénita ou concreta – de coisas ou actividades, alocando as obrigações de

[105] Portanto em razão do *default*: estabelecido como a falta ou deficiência de manutenção do sistema ou de supervisão do respectivo funcionamento. Com efeito, partindo da premissa de que os sistemas de inteligência artificial são, essencialmente, *ferramentas*, a responsabilidade baseada na *omissão* deriva da preterição do (dever de) cuidado razoavelmente exigível. Sublinhando a importância do *duty of care* neste âmbito (enquadrado pelo sistema dos EUA), Andrew D. Selbst, *Negligence* cit., p. 1320.

[106] CERRE, *Report: EU Liability* cit., p. 9.

ressarcimento de danos aos sujeitos que podem ser considerados *responsáveis* porquanto – seja enquanto detentores do poder material sobre a coisa, seja enquanto exercentes da actividade ou, em última instância, responsáveis pela colocação da coisa no tráfego ou pelo desencadeamento da actividade – têm o encargo da respectiva supervisão: pressupondo-se-lhes, racionalmente e em circunstâncias de normalidade, alocadas as condições necessárias para adoptar as medidas de segurança adequadas a prevenir, reduzir ou manter (em níveis socialmente toleráveis) os riscos de danos sob seu domínio. Desenha-se em função da alocação de esferas de risco, a responsabilidade pelos danos que materializam o risco alocado. Noutro plano, esta mesma composição costuma ser acompanhada pela distribuição típica dos benefícios económicos em que se traduz o emprego das coisas ou a realização das actividades.

2.1. Imputação de danos via do regime da responsabilidade do produtor

I. O *consumidor*[107] tem ao seu dispor o regime previsto no Decreto-Lei n.º 383/89, de 06 de Novembro[108], que, sinteticamente, regula a responsabilidade (directa) do *produtor* pelos danos decorrentes de produtos defeituosos postos em circulação[109].

A disciplina da imputação *directa* ao produtor deste círculo de danos representa, fundamentalmente, um modelo de macro distribuição da responsabilidade orientado para a maximização da tutela dos lesados

[107] Sobre os conceitos de *consumidor* e de *acto de consumo* no quadro da responsabilidade do produtor, *cfr.* João Calvão da Silva, *Responsabilidade civil do produtor* cit., pp. 58 e seguintes. Ainda sobre o sujeito-activo da protecção dispensada por este regime, *cfr.* José Alberto González, *Direito da Responsabilidade Civil* cit., (com jurisprudência): sublinhando que o "*[b]eneficiário* da responsabilidade que recai sobre o produtor é forçosamente o *utilizador* da coisa defeituosa [...], bem como o círculo de pessoas que lhe estejam espacialmente próximas (terceiros, para este efeito)" (p. 457).

[108] Transpondo para a ordem jurídica interna a Directiva n.º 85/374/CEE, em matéria de responsabilidade decorrente de produtos defeituosos, da qual, com António Menezes Cordeiro, foi "estreitamente decalcado", *cfr. Tratado* – VIII cit., p. 690. Sobre a Directiva e o processo de transposição, entre nós, *inter alia*: João Calvão da Silva, *Responsabilidade civil do produtor* cit., pp. 451-462; António Menezes Cordeiro, *Tratado* – VIII cit., pp. 688-689. Cfr., ainda, *colorandi causa*: CERRE, *Report: EU Liability* cit., pp. 19 e seguintes (com referências).

[109] Trata-se de um regime objecto de harmonização no conjunto da União Europeia, pelo que não pode desconsiderar-se a medida em que é tributário das sensibilidades decorrentes da política legislativa doméstica em matéria de responsabilidade civil.

(consumidores)[110]. Maximização que se poderá ordenar, desde logo, não apenas por um propósito amplexivo da tutela – e, assim, que não envolve a reponderação por inteiro, e de modo reprogramador dos princípios gerais, do equilíbrio entre responsabilidade e auto-responsabilidade, nomeadamente à luz dos princípios constitucionais da proporcionalidade e da igualdade –, mas (pelo menos) por um propósito correctivo das compressões à justa adjudicação dos danos entre as esferas jurídicas à luz do sentido geral de responsabilidade e compensação (s.a.), fundado na Constituição, sobre que se organiza o sistema: superando as zonas de impossibilidade *prática* da imputação que, nomeadamente, representem lacunas (em sentido próprio). O regime visou, de resto, superar um conjunto de restrições que resultavam, para a correcta aplicação das regras gerais, das idiossincrasias que esta zona de tráfego comporta e se antepunham à imputação de danos de acordo com os modelos tradicionais[111]. Modelos, estruturados sobre um conjunto de princípios do Direito da responsabilidade civil, não pensados, porém, para permitir a acomodação, segundo as mesmas razões de decidir, das especificidades do tráfego de bens típico das sociedades industrializadas. Especificidades que se actualizam e, porventura, adensam, a propósito da circulação de tecnologia artificialmente inteligente[112].

Esta disciplina logra, por um lado, superar as externalidades negativas da complexidade que caracteriza as cadeias de fornecimento de bens sobre a adjudicação da responsabilidade[113]. Com efeito, o estabelecimento de critérios de determinação da esfera jurídica responsável pelos danos que sobrevenham na esfera do consumidor, com a imputação *directa* ao produtor – justificada segundo razões substanciais[114] –, permite ultrapassar o con-

[110] A responsabilidade do produtor encontra-se, com Pedro Romano Martinez, "intimamente relacionada com a protecção do consumidor", cfr. *Programa 2017/2018* cit., p. 121.

[111] Concebendo a ideia de *imputação directa* ao produtor das "consequências danosas dos produtos defeituosos que produz" como manifestação de um "novo paradigma" no âmbito da "responsabilidade civil empresarial", Maria da Graça Trigo, "Responsabilidade civil do produtor", *in Responsabilidade Civil – Temas Especiais*, Universidade Católica Editora: Lisboa, 2015, reimpressão, 2017, pp. 105-124 (pp. 119-120).

[112] Sobre este regime na perspectiva da inteligência artificial, cfr. CERRE, *Report: EU Liability* cit., pp. 19 e seguintes.

[113] Cfr., *inter alia*: João Calvão da Silva, *Responsabilidade civil do produtor* cit., pp. 11 e seguintes.

[114] Com efeito, conforme João Calvão da Silva, *Responsabilidade civil do produtor* cit., p. 93: "responsabilizar *directamente* o produtor é fazer responder pelos danos decorrentes dos produtos defeituosos e perigosos circulantes no mercado a verdadeira contraparte, em sentido

curso entre os múltiplos eixos de agentes[115] com interacção relevante no circuito de produção, distribuição e, até, utilização dos *produtos*[116].

Por outro lado, o regime repercute sobre a complexidade subjacente à demonstração dos pressupostos gerais da responsabilidade delitual do produtor (nomeadamente, que impende sobre a prova da existência de um *defeito*, bem como da relação de *causalidade* entre o defeito e a lesão ilícita apurada). Dificuldades que, se não podem reputar-se problemas inteiramente novos[117], tão pouco, constituem problemas exclusivos do campo

material e económico, do consumidor, ofuscando juridicamente o revendedor que desempenha papel economicamente apagado e 'irresponsável'. Responsabilizar directamente o produtor é fazer deste a *contraparte jurídica do consumidor* – a que se eximira pela cisão entre produção e comércio –, como que reconstituindo uma operação económica unitária, cujos verdadeiros e substanciais pólos são o produtor e o consumidor, seccionados pela cadeia distributiva em vários estádios ou relações sucessivas juridicamente autónomas".

[115] Para dar alguns exemplos verosímeis, produtores/fabricantes, distribuidores/vendedores, adquirentes/utilizadores.

[116] Como assinala António Menezes Cordeiro, *Tratado* – VIII cit., p. 686 (com referência a casos de estudo do Direito anglo-saxónico): sublinhando que o "produto inadequado" suplanta "o restrito limite dos valores contratuais" na medida em que além de poder originar danos "muito além do seu valor contratual", ainda é susceptível de "atingir outras pessoas", no que se configuraria um "*tort of negligence*" (cit., pp. 685-686); em sentido idêntico, Pedro Romano Martinez, *Programa 2017/2018* cit., pp. 121-122 e p. 123. Com desenvolvimento sobre as questões em torno da *relatividade* e sua eventual *superação* no sentido da *eficácia protectiva de terceiros*, João Calvão da Silva, *Responsabilidade civil do produtor* cit., pp. 285 e seguintes, pp. 302 e seguintes, pp. 329 e seguintes, pp. 346 e seguintes. Ainda: José Alberto González, *Direito da Responsabilidade Civil* cit., no sentido de que esta responsabilidade beneficia terceiros *espacialmente próximos do utilizador* (p. 457) e a extensão é ponderável casuisticamente quanto a "outros terceiros (mais longínquos)", para o Autor pode assim concluir-se que "[a]os pressupostos da obrigação de indemnizar decorrentes da colocação em circulação de produto defeituoso, dever-se-á aditar um outro: quando o lesado seja o usuário, que este disponha de algum *título legítimo* de utilização do produto com defeito (propriedade, usufruto, comodato, aluguer, etc.) para excluir o ladrão, mas não já, eventualmente, um transeunte atingido pela utilização da coisa (pp. 457-458).

Identificando na responsabilização directa do produtor perante terceiros um índice de eficácia na protecção do consumidor que "encontra a sua razão de ser na *cadeia de distribuição e desfuncionalização do comércio*", João Calvão da Silva, *Responsabilidade civil do produtor* cit., pp. 91 e seguintes (p. 92).

[117] Sublinhando a *diabolica probatio*, Luís Menezes Leitão, *Direito das Obrigações* – I cit., p. 388 – pontua que ao consumidor se exigiria, além da prova do dano sofrido, a prova da "causalidade decorrente da utilização [...] e ainda a culpa do vendedor ou produtor", para cuja "demonstração, é imprescindível o conhecimento do processo de fabrico ou da concepção técnica dos produtos, o que o consumidor habitualmente não possui", influindo, ainda,

em que intervém a inteligência artificial. O reflexo da *dificultas probandi* no *regime* que determina a imputação de danos – v. g., no título em que esta se funda[118] e na distribuição do ónus da prova dos respectivos pressupostos típicos – constitui uma das questões historicamente desenvolvidas a propósito da responsabilidade pelos produtos, *maxime* defeituosos, colocados em circulação (a montante, pois, da era da *digitalização*). Conheceu diversas abordagens e soluções nos vários sistemas jurídicos[119], desde as assinaladas assimilações a regimes como o previsto ao abrigo do tipo do n.º 2 do artigo 493.º do nosso Código Civil[120], à confluência num movimento de consagração de regimes de *responsabilidade objectiva do produtor*[121]: ou, pelo menos, de uma responsabilidade (progressivamente) mais *objectivada*[122]. Não obstante a controvérsia dogmática a propósito da *razão* da imputação de danos ao

no preenchimento do juízo de culpa, a concorrência da culpa (negligente) do lesado (cit., pp. 388-389). Identicamente, sobre os problemas relativos à prova, aludindo a jurisprudência, Maria da Graça Trigo, *Responsabilidade Civil – Temas Especiais* cit., pp. 110-111, p. 120 (permitindo a superação da prova relativa à imputação dos *riscos empresariais*, designadamente ultrapassando as limitações da imputação de responsabilidade por facto de outrem).

[118] Aludindo à "erosão do princípio da culpa", João Calvão da Silva, *Responsabilidade civil do produtor* cit., pp. 387 e seguintes.

[119] Cfr., *inter alia*: António Menezes Cordeiro, *Tratado* – VIII cit., p. 686 (pp. 686-687, com referências várias); João Calvão da Silva, *Responsabilidade civil do produtor* cit., pp. 383 e seguintes, pp. 387 e seguintes, pp. 394 e seguintes, pp. 421 e seguintes; Luís Menezes Leitão, *Direito das Obrigações* – I cit., pp. 389 e seguintes; Carlos Ferreira de Almeida, *Os direitos dos consumidores*, Almedina: Coimbra, 1982, pp. 134 e seguintes.

[120] Cfr., *inter alia*: António Menezes Cordeiro, *Tratado* – VIII cit., p. 686 (pp. 686-687, com referências várias); João Calvão da Silva, *Responsabilidade civil do produtor* cit., pp. 387 e seguintes.

[121] Cfr., João Calvão da Silva, *Responsabilidade civil do produtor* cit., pp. 91 e seguintes (pp. 95-96); António Menezes Cordeiro, *Tratado* – VIII cit., pp. 686-687; Luís Menezes Leitão, *Direito das Obrigações* – I cit., pp. 390 e seguintes

[122] Com efeito, a natureza jurídica da responsabilidade do produtor ao abrigo do Decreto-Lei n.º 383/89, de 06 de Novembro, é discutida *de iure condendo* – mesmo atenta a expressa previsão, no artigo 1.º, de que o produtor é responsável *independentemente de culpa*. Cfr., entre nós, *e. g.*: António Menezes Cordeiro, *Tratado* – VIII cit., p. 692 (responsabilidade *subjectiva*); João Calvão da Silva, *Responsabilidade civil do produtor* cit., pp. 487 e seguintes, pp. 503 e seguintes (responsabilidade objectiva); Pedro Romano Martinez, *Programa 2017/2018* cit., p. 122 (responsabilidade aquiliana objectiva); Luís Menezes Leitão, *Direito das Obrigações* – I cit., p. 388 (responsabilidade pelo risco); José Alberto González, *Direito da Responsabilidade Civil* cit., pp. 462-463 (responsabilidade subjectiva, ainda que aproximada do polo da responsabilidade objectiva pelo sacrifício); Maria da Graça Trigo, *Responsabilidade Civil – Temas Especiais* cit., pp. 119-120 (responsabilidade objectiva).

produtor que fundamenta este regime, vale concluir que às regras dispostas assiste um propósito de superação das restrições que a dificuldade probatória reflecte sobre o direito à indemnização[123]. Assente, portanto, no eventual reconhecimento das porventura desproporcionais (e, por isso, contrárias ao plano do sistema) compressões sobre a tutela dos lesados que advêm da aplicação estrita, neste particular sector de tráfego, das regras gerais de repartição do ónus de fazer prova dos pressupostos gerais da imputação de danos (*maxime* fundada na *culpa* provada).

A aplicação deste regime à tecnologia artificialmente inteligente não dispensa, porém, uma casuística valoração[124], sobretudo perante a intervenção causal de sistemas altamente sofisticados: domínio em que, como escrevíamos, a inteligência artificial pode *adensar velhos problemas*. Neste particular, a ponderação do regime vigente na perspectiva da alocação directa ao produtor de danos causados pela tecnologia artificialmente inteligente enquanto *produto (defeituoso)* que coloca em circulação no tráfego corresponde, simultaneamente, a um exercício de identificação dos respectivos limites. Com efeito, o modelo de distribuição de responsabilidade assenta, como aludíamos, sobre um equilíbrio que se afigurou como justo neste sector de tráfego entre o interesse na remoção dos danos sofridos pelos lesados e a salvaguarda dos interesses dos produtores que são sujeito-passivo da responsabilidade: equilíbrio esse que, porque legitimador das regras dispostas, não pode ser ignorado pelo intérprete-aplicador na decisão dos *casos novos*[125].

[123] Sobre estas questões, com desenvolvimento, João Calvão da Silva, *Responsabilidade civil do produtor* cit., pp. 359 e seguintes. Na síntese de Maria da Graça Trigo, *Responsabilidade Civil – Temas Especiais* cit., p. 120: "[b]asta que seja feita prova do defeito do produto, do dano e do nexo causal entre o primeiro e o segundo". Neste particular, sublinhando a irrelevância da prova, pelo produtor/fabricante, não apenas da falta de culpa, mas ainda da identificação do "fator ou fatores produtivos que causaram o defeito do produto", no quadro dos riscos empresariais (cit., pp. 119-120).

[124] Neste sentido, mais recentemente, por exemplo, TRP 14-Mai-2020, processo n.º 966/18.4T8VFR.P1 (Fernando Baptista).

[125] Designadamente, através da redistribuição do ónus da prova com impacto significativo na alocação da responsabilidade, CERRE, *Report: EU Liability* cit., pp. 55-56 – correspondendo a uma intensa alteração dos princípios reitores do regime. Sobre esta questão, Seehafer / J. Kohler, *Künstliche* cit., p. 216. Ou, ainda, na previsão de *meios de defesa* excludentes da responsabilidade: CERRE, *Report: EU Liability* cit., p. 56; P. T. Schrader, *Haftungsfragen für Schäden* cit., p. 243.

Considerem-se sinteticamente alguns aspectos deste regime[126] – e os critérios de valoração subjacentes – no confronto com a tecnologia artificialmente inteligente produzida e disponibilizada no tráfego.

II. Nos termos do Decreto-Lei n.º 383/89, de 06 de Novembro, aquele que possa ser configurado como *produtor* é *directamente* responsável, v. g. perante o *consumidor*, pelos danos *causados por defeitos dos produtos* que coloca em circulação, *independentemente de culpa* (artigo 1.º). Temos, portanto: uma categoria que determina o sujeito-passivo, o *produtor*; uma esfera de inerência da responsabilidade, o(s) produto(s) que coloca em circulação – sendo a responsabilidade, nessa medida, ambulatória; um nexo de atribuição de responsabilidade informado pelo(s) *defeito(s) do(s) produto(s)* – que funciona como elemento de fundamentação/constituição; um eixo de preenchimento/delimitação da obrigação de indemnizar/compensar, os danos determinados pela eficiência *causal* dos *defeitos dos produtos*. A última partícula da regra dispõe, em princípio, sobre o nexo de atribuição da responsabilidade: *independe da culpa*.

III. Um conceito amplo[127] e dúctil de *produtor*[128] permite acobertar, de forma potencialmente omnicompreensiva, v. g. criadores de algoritmos, programadores de *software*, engenheiros da computação que concebem tecnologias de *automação* (abarcando os diferentes graus, por exemplo, de *machine learning* e *deep learning*), fabricantes de *hardware*, fabricantes das

[126] Cfr., entre nós, *e. g.* (com referências): António Menezes Cordeiro, *Tratado* – VIII cit., pp. 691-692 Pedro Romano Martinez, *Programa 2017/2018* cit., pp. 122-123; Luís Menezes Leitão, *Direito das Obrigações* – I cit., pp. 391-394; José Alberto González, *Direito da Responsabilidade Civil* cit., pp. 452 e seguintes (sublinhando que "esta espécie particular de responsabilidade se submet[e] ao regime geral típico da responsabilidade civil extracontratual [...]" com "certas particularidades", cit., p. 458); ainda, sobre a *coexistência* entre Direito comum e especial, João Calvão da Silva, *Responsabilidade civil do produtor* cit., pp. 462 e seguintes. Ainda: Pietro Trimarchi, *La responsabilità civile: atti illeciti, rischio, danno*, Giuffrè Editore: Milano, 2017, pp. 407 e seguintes; Carlo Castronovo, *Problema e sistema nel danno da prodotti*, Dott. A. Giuffrè Editore: Milano, 1979; Ugo Carnevali, *La responsabilità del produtore*, Dott. A. Giuffrè Editore: Milano, 1979.

[127] Cfr. João Calvão da Silva, *Responsabilidade civil do produtor* cit., pp. 545 e seguintes; Pedro Romano Martinez, *Programa 2017/2018* cit., p. 122.

[128] Sobre uma definição de produtor, cfr. BEUC, *AI Rights* cit., pp. 18-19. Entre nós, com jurisprudência, Maria da Graça Trigo, *Responsabilidade Civil – Temas Especiais* cit., p. 106.

composições de sistemas de *software* e *hardware*[129]. Com efeito, de acordo com o disposto no n.º 1 do artigo 2.º, sob o conceito de *produtor real*[130] capta-se "o fabricante do produto acabado, de uma parte componente ou de matéria-prima" – o que nos permite acolher, sem impedimentos valorativos, a pluralidade de produtores envolvidos nas *coisas material ou funcionalmente compostas*[131] a que correspondem tipicamente os sistemas inteligentes[132]. Complementarmente, por via do conceito de *produtor aparente*[133], acoberta-se "quem se apresente como tal [como produtor] pela aposição no produto do seu nome, marca ou outro sinal distintivo". Acresce que se considera, ainda, *presumidamente produtor*[134], "[a]quele que, na Comunidade Económica Europeia e no exercício da sua actividade comercial, importe do exterior da mesma produtos para venda, aluguer, locação financeira ou outra qualquer forma de distribuição" (alínea *a)*, do n.º 2 do artigo 2.º) – ou seja, o *importador* eurocomunitário –, bem como "[q]ualquer fornecedor de produto cujo produtor comunitário ou importador não esteja identificado, salvo se, notificado por escrito, comunicar ao lesado no prazo de três meses, igualmente por escrito, a identidade de um ou outro, ou a de algum fornecedor precedente (alínea *b)*, do n.º 2 do mesmo artigo 2.º)[135].

[129] Assim, *ex professo* sobre a inteligência artificial, entre nós, *colorandi causa*: Mafalda Miranda Barbosa, *O futuro* cit., p. 286.

[130] João Calvão da Silva, *Responsabilidade civil do produtor* cit., pp. 475 e seguintes.

[131] Sobre esta classificação das coisas entre *simples* e *compostas,* e, ainda, entre coisas principais e acessórias, António Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil* – III: *Parte Geral* (Coisas), 3.ª edição (reformulada e actualizada), Almedina: Coimbra, 2013, 1.ª reimpressão, 2016, pp. 218 e seguintes; pp. 225 e seguintes; José Alberto Vieira, *Direitos Reais*, Almedina: Coimbra, 2.ª Edição, 2018, pp. 158 e seguintes, pp. 163 e seguintes; Luís Menezes Leitão, *Direitos Reais*, Almedina: Coimbra, 6.ª Edição, 2017, pp. 65 e seguintes, pp. 70 e seguintes.

[132] CERRE, *Report: EU Liability* cit., p. 51. Salientando, porém, a necessidade de redefinição dos conceitos em função de eventuais *novas categorias de produtores.* Assim: "It may be useful to clarify in what way Al developers, algorithm trainers, data collectors, controllers, and processors, and manufacturers of the devices incorporating Al software are pulled into product liability. The overriding importance of training data for the capabilities and functioning of AI systems supports clarifying the role of data providers in product liability. If new categories of producers are defined, as the EP Resolution proposes with the concept of the "back-end operator", this would need to be defined very clearly for producers to know where the boundary is drawn" (cit., p. 52).

[133] João Calvão da Silva, *Responsabilidade civil do produtor* cit., pp. 550 e seguintes.

[134] João Calvão da Silva, *Responsabilidade civil do produtor* cit., pp. 554 e seguintes, pp. 560 e seguintes.

[135] O limite conceptual reside, assim, na conexão *eurocomunitária* do produtor: cingindo-se ao produtor localizado no mercado interno. Cfr., entre nós, *e. g.* (com referência a jurispru-

Com já vem de se assinalar, são múltiplas as dificuldades que se apresentam ao nível da *distribuição da responsabilidade*[136] perante a pluralidade de sujeitos que, em concurso, são susceptíveis de subsunção à qualificação como *produtor* relativamente a cada produto e respectiva intervenção causal[137]. Com efeito, sobretudo atento o alcance da definição de *produtor real*, não podem desconsiderar-se, neste campo, algumas instâncias de intersecção na ideia de *fabrico e concepção do produto* (no sentido material acobertado pela lei).

A ideia de responsabilidade *directa* do produtor perante os lesados pelos defeitos dos produtos é lógica: não se afigura, cremos, estruturada sobre qualquer entorse, pelo contrário, corresponde à estrutura da ilicitude que subjaz ao regime. Decorre de uma distinção valorativa entre a responsabilidade pela violação de um dever específico de conduta – campo em que intercede a responsabilidade *obrigacional* – e a responsabilidade pela violação de um dever genérico de conduta que se actualiza, neste campo, na posição de garante que o produtor assume por inerência ao produto: trata-se, pois, de responder pela omissão da segurança devida garantir que se concretiza em lesões ilícitas. Com efeito, o nexo de atribuição em que assenta o regime converge no produtor enquanto *garante* da segurança do produto – o que se justifica, por evidência, na materialidade da produção e da distribuição do produto. São imputados ao produtor os danos que decorrem das lesões ilícitas que são manifestação da falta de segurança do produto, quando aquele produtor seja responsável pela garantia da segurança preterida.

III. No conceito de *produto* relevante para acolhimento neste regime[138], encontramos um critério de delimitação da responsabilidade do produtor. Resulta do n.º 1 do artigo 3.º que se entende por produto "qualquer coisa móvel, ainda que incorporada noutra coisa móvel ou imóvel".

É discutível uma interpretação do conceito de coisa móvel aqui empregue no sentido de abranger também o que se designa, noutros sistemas jurídicos, por *bens intangíveis*[139]. Por conseguinte, pelo menos em abstracto,

dência portuguesa): António Menezes Cordeiro, *Tratado* – VIII cit., p. 691; Luís Menezes Leitão, *Direito das Obrigações* – I cit., p. 391.

[136] No texto seguimos CERRE, *Report: EU Liability* cit., pp. 5152.

[137] Por exemplo, a determinação da causa do evento danoso: H. Steege, *Auswirkungen von künstlicher Intelligenz* cit., p. 12.

[138] João Calvão da Silva, *Responsabilidade civil do produtor* cit., pp. 601 e seguintes.

[139] Tendencialmente, a interpretação autónoma no contexto da Directiva – ao abrigo do Direito da União Europeia – restringe "coisas móveis" ao conceito de "tangible goods", cfr.

podem ser qualificados como produto elementos de *hardware*[140]. Diferentemente, a esta luz, se considerarmos *isoladamente* o algoritmo, o programa ou o *software*[141], a respectiva qualificação como produto não é líquida[142], bem como, identicamente, o *software* integrado/exibido em *hardware* como coisa móvel composta e, portanto, unitária (neste campo se inserindo o *robot inteligente* ou o *bot*)[143] – ainda que, no Direito português[144], seja sufragada a subsunção deste género de bens ao conceito de produto para efeitos de aplicação deste regime de responsabilidade[145].

A produto corresponde a uma qualificação funcional e com intensa carga valorativa. Assenta na definição de *coisa móvel*[146] enquanto participante da delimitação de um regime de imputação de danos provocados pelos *produtos que são defeituosos*. Por conseguinte, deverá ser na definição de coisa

BEUC, *AI Rights* cit., p. 12. Sobre esta questão, CERRE, *Report: EU Liability* cit., p. 20, pp. 50-51 (com referências). Entre nós, sobre a classificação das coisas em *corpóreas* e *incorpóreas*, António Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil* – III: *Parte Geral* (Coisas), 3.ª edição (reformulada e actualizada), Almedina: Coimbra, 2013, 1.ª reimpressão, 2016, pp. 49 e seguintes, pp. 156 e seguintes, pp. 158 e seguintes; José Alberto Vieira, *Direitos Reais*, Almedina: Coimbra, 2.ª Edição, 2018, pp. 130 e seguintes (sobre coisas corpóreas); Luís Menezes Leitão, *Direitos Reais*, Almedina: Coimbra, 6.ª Edição, 2017, pp. 53 e seguintes.

[140] Na doutrina: Jessica S. Allain, *From Jeopardy!* cit., p. 1069 – concebendo o *hardware* como produto, mas não já o *software* mesmo que integrado em *hardware*. Ainda, Susana Navas, "5 – Robot Machines and Civil Liability", *in* Martin Ebers / Susana Navas (eds.), *Algorithms and Law*, Cambridge University Press: Cambridge, MA, 2020, pp. 157-173 (p. 167).

[141] Sobre a "programação de computador (*software*)" enquanto coisa, António Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil* – III: *Parte Geral* (Coisas), 3.ª edição (reformulada e actualizada), Almedina: Coimbra, 2013, 1.ª reimpressão, 2016, pp. 49 e seguintes, pp. 164 e seguintes.

[142] Surgem, por isso, recomendações no sentido de que o *software* seja expressamente incluído, cfr. CERRE, *Report: EU Liability* cit., p. 8. Sobre esta questão, K. Alheit, *The applicability* cit., pp. 188-209 8com múltiplas referências).

[143] CERRE, *Report: EU Liability* cit., p. 50. Entre nós, Mafalda Miranda Barbosa, *O futuro* cit., p. 286.

[144] João Calvão da Silva, *Responsabilidade civil do produtor* cit., pp. 613 e seguintes.

[145] Assim como, por exemplo, noutros sistemas: B. Koch, *Product Liability 2.0* cit., p. 106; Gerhard Wagner, *Produkthaftung* cit., pp. 717-718; G. Spindler, *Haftung* cit., pp. 41-43; K. Nemeth / J. M. Carvalho, *Time for a Change?* cit., pp. 160-161.

[146] Sobre a definição de coisa móvel, cfr., *inter alia*: António Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil* – III: *Parte Geral* (Coisas), 3.ª edição (reformulada e actualizada), Almedina: Coimbra, 2013, 1.ª reimpressão, 2016, pp. 49 e seguintes, pp. 155 e seguintes; José Alberto Vieira, *Direitos Reais*, Almedina: Coimbra, 2.ª Edição, 2018, pp. 140 e seguintes; Luís Menezes Leitão, *Direitos Reais*, Almedina: Coimbra, 6.ª Edição, 2017, pp. 65 e seguintes.

móvel[147], mas necessariamente em conjugação com o sentido[148] e função do regime de responsabilidade cujo âmbito objectivo se procura através dela fixar[149], que, entre nós, se encontrarão os limites valorativos do conceito de *produto*. Conceito cuja relevância, para efeitos deste regime, vem acoplada à respectiva *falta de segurança*. Assim, o produto defeituoso por cuja *danosidade* se trata de adjudicar responsabilidade[150] vem a ser uma *coisa móvel* a que inere – segundo os critérios da lei – *perigosidade*.

Se assim puder ser, *produto* deve ser concebido, a final, como a *coisa móvel* – no sentido de *matéria* (independentemente da tangibilidade), que se opõe a pessoa e que se opõe a coisa imóvel – cuja falta de segurança, porquanto geradora de perigo, é susceptível de constituir, pelo menos, fonte de um *risco* (gerando ou incrementando a probabilidade de eventos danosos). Ou seja, é potencialmente danosa de acordo com as regras da experiência correctamente circunstanciadas: de acordo com o regime, as *expectativas de lesão danosa* (objectivas e subjectivas). Perante o escopo de cobrir a danosidade de bens em circulação no contexto de uma *sociedade digitalizada* vai, assim, carecendo de justificação a importação acrítica da distinção entre coisas móveis corpóreas ou incorpóreas, tangíveis ou intangíveis, como determinante de uma delimitação negativa absoluta do conceito de produto[151], em prejuízo do pragmatismo e da coerência valorativa. Como argumento de reforço, a Directiva n.º 85/374/CEE cobre a electricidade[152], não sendo descabido acobertar-se no conceito de produto quaisquer bens cuja materialidade seja, de modo equivalente, *perigosa*, como o *software*. Pelo contrário, se se interpretar o conceito em termos de um sistema móvel, a

[147] *Ex professo* para a inteligência artificial: Mafalda Miranda Barbosa, *O futuro* cit., pp. 286-287.

[148] Eventualmente norteado por uma *concepção finalista ou funcional do Direito do consumo* –programada em torno da "protecção e promoção dos interesses dos consumidores como escopo das normas" –, enquanto instrumento do "direito da protecção do consumidor": João Calvão da Silva, *Responsabilidade civil do produtor* cit., pp. 56 e seguintes (pp. 57-58).

[149] Procurando a *eficácia e adequação da tutela do consumidor* enquanto *lesado* pelos "danos causados pelos defeitos e perigos dos produtos", num ambiente de *automação e produção em série*, João Calvão da Silva, *Responsabilidade civil do produtor* cit., p. 93.

[150] E, de harmonia com a teleologia do regime, cuja danosidade na esfera do lesado interessa cobrir adequadamente.

[151] M. Stöber / M-C. Pieronczyk / A. Möller, *Die Schadensersatzhaftung*cit., p. 613; A. Seehafer / J. Kohler, *Künstliche* cit., pp. 213-218; G. Wagner, *Robot, inc.* cit., p. 604. Neste sentido, cfr. CERRE, *Report: EU Liability* cit., p. 8, pp. 50-51.

[152] Martin Ebers, *Regulating AI and Robotics* cit., p. 58.

acrescida perigosidade da matéria permite sopesar a eventualmente menor (ou, tão-só, diferente) manifestação externo-objectiva da matéria. O critério valorativo deve, se este raciocínio for adequado, aproximar-se da *eficiência causal* da matéria: pelo menos, atenta a sua propriedade ou aptidão para contribuir para a geração do risco de um evento danoso ocorrer (a sua perigosidade)[153].

De resto, o rastreamento da *causa* dos danos no *sistema composto* de *software* e *hardware* é, eventualmente, impossível, pelo menos em termos relativos: sendo injustificada a deslocação do ónus da demonstração para a esfera dos lesados. A atribuição da origem ou acréscimo do perigo que se concretizou nos danos pode não ser tarefa na prática viável. Poderá envolver, nomeadamente, o apuramento de qual a condição ou condições cujo potencial danoso contribuiu (e em que medida contribuiu) para o dano e/ou gerou o risco que se actualizou no dano: i. e., por exemplo, num raciocínio de simplificação, que está a dispensar a intersecção causal de outras condições, determinar se as lesões danosas concretizam os perigos do *hardware*, do *software* ou da interacção entre ambos. Além disso, a arduidade amplia-se nas circunstâncias, não inverosímeis, em que *hardware* e *software* são avocados por diferentes produtores[154]. Pressupor essa determinação envolveria uma compressão da tutela dos lesados sem suficiente justificação em termos dogmáticos[155] e, no limite, uma restrição desproporcional do direito à indemnização.

Tudo converge para que uma exclusão do *software* do conceito de produto represente um enviesamento do escopo do regime, conduzindo a um desequilíbrio da sua aplicação em prejuízo do consumidor visado proteger. Na presença de uma forma *análoga* de *manifestação de perigosidade*[156], cuja concretização em danos se procura alocar segundo a mesma razão de decidir[157], não se vislumbram justificações de princípio para antecipar – por

[153] Acolhendo uma distinção, ainda que tão-só com relevância analítica, entre perigo e risco.

[154] M. Stöber / M-C. Pieronczyk / A. Möller, *Die Schadensersatzhaftung*cit., p. 612.

[155] Sobre esta questão: Jessica S. Allain, *From Jeopardy!* cit., pp. 1069-1070, pp. 1075-1077.

[156] Com exemplos neste sentido, cfr. K. Alheit, *The applicability* cit., pp. 188-209; A. Seehafer / J. Kohler, *Künstliche* cit., p. 214.

[157] Cfr. CERRE, *Report: EU Liability* cit., p. 51. Ainda: G. Wagner, *Robot, inc.* cit., p. 604; K. Alheit, *The applicability* cit., pp. 188-209. No sentido de que os riscos associados ao *software* justificam a inclusão no conceito de produto, que deve abrangeê-lo independentemente do modo como é armazenado ou materializado em *hardware*, cfr., *inter alia*: Ch. Schmon, *Product Liability* cit., p. 254; M. Stöber / M-C. Pieronczyk / A. Möller, *Die Schadensersatzhaftung-*

via do conceito de produto – a delimitação negativa da imputação. Repete-se: o critério de valoração deve procurar legitimidade na *eficiência causal* do bem posto em circulação.

Conceda-se em que, pelo menos na ordem jurídica nacional, o conceito de produto poderá abranger *software*, *programa* e *algoritmo concretizado* – contanto que represente utilização de *consumo* (uso/consumo não profissional)[158]. Independentemente do *serviço* ou *actividade* na qual a respectiva utilização se integra[159], i. e., como decorrência da circunscrição da responsabilidade ao (defeito do) *produto* (não acobertando o defeito do serviço[160]). Neste campo, uma distinção relevante deve estabelecer-se entre *standardised software* – que, porque massificado, é usualmente classificado como produto – e *bespoke software* – normalmente categorizado como serviço individualizado[161]. Nesta última categoria se integrarão, eventualmente, *e. g.* os algoritmos de utilização única[162]. Não obstante, *de iure condendo*, também a delimitação negativa de produto, *excludente do serviço*, pode deixar de se justificar no modelo de fornecimento (de produtos) próprio da *era digital*, em especial quando a sua aplicação na prática conduzir ao tratamento discrepante de situações material ou funcionalmente análogas[163].

cit., p. 613; H. Steege, *Auswirkungen von künstlicher Intelligenz* cit., p. 7; D. Wuyts, *The product liability* cit., p. 6.

158 Cfr., entre nós, *e. g.*: João Calvão da Silva, *Responsabilidade civil do produtor* cit., pp. 58 e seguintes; António Menezes Cordeiro, *Tratado* – VIII cit., p. 691 (com referência a jurisprudência do STJ).

159 Cfr., *v. g.*: TJUE 10-05-2001, processo n.º C-203/99 (*Veedfald*) – ECLI:EU:C:2001:258.

160 Cfr., *v. g.*: TJUE 21-12-2011, processo n.º C-495/10 (*Dutreux*) – ECLI:EU:C:2011:869. Sobre esta delimitação (e a distinção entre produto e serviço neste âmbito), *inter alia*: Martin Ebers, *Regulating AI and Robotics* cit., p. 58; CERRE, *Report: EU Liability* cit., p. 20, p. 51 (com referências); BEUC, *AI Rights* cit., p. 7.

161 Cfr., sobre esta questão, *inter alia*: Gerhard Wagner, *Robot Liability*, Forschungsinstituts für Recht und digitale Transformation, Working Paper No. 2 (2019), 24pp. (pp. 6 e seguintes); Geraint Howells / Christian Twigg-Flesner / Chris Willett, "Product Liability and Digital Products", *in* Tatiana-Eleni Synodinou; Philippe Jougleux; Christiana Markou; Thalia Prastitou (eds.), *EU Internet Law: Regulation and Enforcement*, Springer Nature: London, 2017, pp. 183-195 (*passim*); Duncan Fairgrieve / Geraint Howells / Peter Møgelvang-Hansen / Gert Straetmans / Dimitri Verhoeven / Piotr Machnikowski / André Janssen / Reiner Schulze, "Product liability directive", *in* Piotr Machnikowski (ed.), *European Product Liability: An analysis of the state of the art in the era of new technologies*, Intersentia: Cambridge, 2016, pp. 17-108 (*passim*).

162 João Calvão da Silva, *Responsabilidade civil do produtor* cit., p. 613, nota 3 (precisamente sobre a distinção entre *produto* e *serviço*).

163 CERRE, *Report: EU Liability* cit., p. 51; BEUC, *AI Rights* cit., p. 13.

V. Em consonância, e num necessariamente integrado preenchimento dos pressupostos da imputação, outro patamar de delimitação do âmbito de aplicação deste regime surge desenhado em torno do *defeito do produto*[164] colocado em circulação pelo produtor (artigo 4.º): intercedendo a responsabilidade por referência aos danos que podem ser juridicamente entendidos como *concretização* dessa específica *defeituosidade*.

Considera-se *defeituoso* o produto que "não oferece a segurança com que legitimamente se pode contar, tendo em atenção todas as circunstâncias, designadamente a sua apresentação, a utilização que dele razoavelmente possa ser feita e o momento da sua entrada em circulação" (artigo 4.º, n.º 1)[165]. O preenchimento do conceito indeterminado de defeito aqui mobilizado é animado pelo critério valorativo da falta de segurança legítima e objectivamente expectável[166] tendo em atenção todas as circunstâncias atendíveis. A partícula *todas* sublinha uma certa ominicompreensão que visa a tutela daquele cujas *expectativas de segurança* são protegidas. Entre as circunstâncias fundamentadoras de um investimento de confiança na segurança do produto, *designadamente* – ou seja, na qualidade de critérios materiais de desenvolvimento[167], meramente exemplifica-

[164] Cfr. João Calvão da Silva, *Responsabilidade civil do produtor* cit., pp. 633 e seguintes.

[165] Relacionando este aspecto do regime com a *relevância do decurso do tempo* como meio de defesa do produtor, Maria da Graça Trigo, *Responsabilidade Civil – Temas Especiais* cit., pp. 111-112.

[166] CERRE, *Report: EU Liability* cit., p. 52 (com referências). Entre nós, cfr. Pedro Romano Martinez, *Programa 2017/2018* cit., pp. 122-123 – sublinhando que, por conseguinte, esta noção de defeito não coincide com a operacionalizada no artigo 913.º do Código Civil "que é mais ampla" (cit., p. 122). Identicamente, Maria da Graça Trigo, *Responsabilidade Civil – Temas Especiais* cit., p. 106 – "no domínio do regime [...] produto defeituoso é um produto perigoso", estando "em causa a segurança, não em absoluto, mas aquela que o consumidor pode esperar em função de diversos fatores, entre os quais aqueles que o legislador indica"; a Autora aborda a interacção dogmática entre produto defeituoso porquanto perigoso e produto defeituoso porque desconforme, sublinhando as diferenças entre o regime da responsabilidade delitual do produtor e a responsabilidade contratual emergente do cumprimento defeituoso dos contratos de compra e venda, seja à luz dos artigos 913.º e seguintes do Código Civil, seja à luz do regime do Decreto-Lei n.º 67/2003, de 08 de Abril (cit., pp. 107-108, com jurisprudência). Ainda: João Calvão da Silva, *Responsabilidade civil do produtor* cit., pp. 383 e seguintes, pp. 633 e seguintes; Luís Menezes Leitão, *Direito das Obrigações – I* cit., p. 392; José Alberto González, *Direito da Responsabilidade Civil* cit., p. 454.

[167] Tratam-se de "elementos de valoração", com João Calvão da Silva, *Responsabilidade civil do produtor* cit., pp. 637 e seguintes. Com, numa análise do que qualifica como "fatores",

tivos[168], de factores de justificação das (legítimas) expectativas quanto à perigosidade do produto[169]: a *apresentação do produto*[170], a *utilização que do produto razoavelmente possa ser feita*[171] e a avaliação de perigo no *momento da entrada do produto em circulação*[172]. A assimilação valorativa destes critérios sintetiza-se, usualmente, em quatro categorias tipológicas de *defeito*[173]. Quatro eixos que concentram constelações de casos em que se actualizam as dimensões *objectiva* e *subjectiva* da configuração substancial da *falta de segurança tutelável* subjacente ao apuramento da *defeituosidade* (de cada produto em concreto)[174].

Porventura poderá conceder-se em que a *defeituosidade* captada por este regime assimila, ainda, um certo sentido de *desconformidade* pelo qual se justifica ser o produtor responsável directamente perante os lesados[175]. Assim, porquanto se justifica que o produtor responda imediatamente pela conformidade a cuja garantia está, também imediatamente, adstrito. Qual seja, no plano da danosidade dos produtos que *disponibiliza no tráfego*, a conformidade entre a segurança *prometida* e a segurança realmente oferecida pelo produto. O *produtor* será responsável pela preterição do nível de segurança de cuja garantia se pode reportar devedor genérico em conexão *directa* com o *consumidor* do *produto*, nos termos da lei.

A responsabilidade pelos danos provocados por tecnologias artificialmente inteligentes depende da sintonização da respectiva *defeituosidade*

Maria da Graça Trigo, *Responsabilidade Civil – Temas Especiais* cit., p. 106: "a falta de segurança integra uma vertente objetiva (a aptidão do bem a causar danos) e outra subjetiva (as expectativas legitimas do consumidor)".

168 Para outros elementos de valoração, João Calvão da Silva, *Responsabilidade civil do produtor* cit., pp. 647 e seguintes.

169 Como consequência da perigosidade.

170 João Calvão da Silva, *Responsabilidade civil do produtor* cit., pp. 637 e seguintes.

171 João Calvão da Silva, *Responsabilidade civil do produtor* cit., pp. 639 e seguintes.

172 João Calvão da Silva, *Responsabilidade civil do produtor* cit., pp. 644 e seguintes.

173 Uma *tipologia* em que se distinguem *defeitos de concepção*, *defeitos de fabrico*, *defeitos de informação* e *defeitos de desenvolvimento*, em João Calvão da Silva, *Responsabilidade civil do produtor* cit., pp. 655 e seguintes. Ainda, distinguindo apenas as três primeiras categorias: Maria da Graça Trigo, *Responsabilidade Civil – Temas Especiais* cit., p. 106.

174 Maria da Graça Trigo, *Responsabilidade Civil – Temas Especiais* cit., p. 106.

175 Directamente, ou seja, independentemente das *cadeias* que intercalam entre produtor e lesado, interrompendo o nexo jurídico-relacional entre as suas esferas jurídicas. Directamente, ainda, apesar de quaisquer relações intersubjectivadas que justificassem responsabilidade obrigacional.

enquanto produtos e na acepção relevante para o regime[176]. Neste plano importa, nomeadamente, mapear as exigências, a propósito do estabelecimento do efectivo significado de "defeito", que decorrem das idiossincrasias e do contexto do funcionamento deste tipo de produtos. O critério determinante entronca na valoração acerca do grau de segurança que se pode esperar ser oferecida pelo produto (tal que é objecto de garantia pelo produtor), em função de (*atendendo a*) *todas as circunstâncias* relevantes para fundar um legítimo investimento de confiança do consumidor. Deve esse padrão valorativo ser aplicado perante o concreto *produto* que exibe inteligência artificial em articulação com a complexidade funcional, a opacidade e a imprevisibilidade que tipicamente (ainda que com diferente intensidade) se associam congenitamente a estas tecnologias. A ponderação das expectativas dos consumidores relativamente à segurança dos sistemas de inteligência artificial implicará, ainda, em muitos casos contemporizar a natureza dinâmica desta gama de produtos, *v. g.* de software, hardware e aparelhos de IoT (*internet of things*)[177].

As tecnologias inteligentes serão produtos intrinsecamente perigosos na medida em que sejam (potencialmente) insusceptíveis de um efectivo controlo[178]. Porém, estando a *perigosidade relevante* para o preenchimento da defeituosidade *acoplada às legítimas expectativas de segurança*, impõe-se-nos uma rigorosa delimitação entre a perigosidade objectiva que é contingência do produto e, portanto, que é expectável como característica sua (*in re ipsa*), e a perigosidade que é anómala tendo por referência as características do produto e o que dele possa ser razoavelmente esperado. Na perspectiva dos níveis de perigo gerados pela utilização destas tecnologias – em função da sua sofisticação – há, pois, que distinguir: por um lado, o *evento* danoso

[176] Gerhard Wagner, *Produkthaftung* cit., pp. 724 e seguintes; A. Seehafer / J. Kohler, *Künstliche* cit., pp. 23 e seguintes.

[177] No sentido de ser considerada a natureza dinâmica dos produtos de *sotfware*, aparelhos IoT e sistemas de inteligência artificial, CERRE, *Report: EU Liability* cit., p. 8, p. 52 (com múltiplas referências). Com a sugestão de que poderá ser útil esclarecer os consumidores quanto ao podem esperar nomeadamente em relação às actualizações dos sistemas ao longo do respectivo ciclo de vida enquanto produtos (cit., p. 52).

[178] Uma margem de possibilidade relativa de *evitar* e/ou *reverter* a "actividade" da tecnologia. Por exemplo, o controlo que se manifesta pelo menos na relativa antecipação do resultado do seu funcionamento ou na suficiência/eficiência mecanismos externos que permitam ao utilizador evitar, retroceder, comandar ou ajustar o resultado do funcionamento da tecnologia.

que manifesta o perigo típico da resolução automática do problema (e, portanto, concretiza a margem de risco gerado pelo perigo do produto)[179]; por outro, o *evento* danoso que manifesta um perigo atípico do sistema inteligente colocado em funcionamento (e, portanto, está fora da margem de risco gerada pelo perigo do produto).

As expectativas que aos consumidores são tuteladas em relação à segurança oferecida pelos produtos devem parametrizadas atendendo a uma razoável distribuição do risco gerado pela *incontrolabilidade prática* dos sistemas inteligentes como factor intrínseco de perigosidade[180] que concretiza o risco *esperado*. Importa, neste campo, concretizar a defeituosidade de modo preciso e de acordo com uma correcta interpretação da ideia de *falta de segurança*: actualizada, em concreto, atentas as características do sistema de inteligência artificial que é (ou pode ser) inerentemente imprevisível, complexo e opaco no seu funcionamento. Ultrapassando, ou dispensando, porque irrelevante, uma eventual dicotomia entre funcionamento *não-errado* e *errado* do sistema, que, apontando para a lógica clássica da desconformidade, constitui uma dicotomia superada e à qual o conceito de defeito na responsabilidade do produtor parece ser insensível[181]. A defeituosidade enquanto manifestação de perigosidade, ou de um acréscimo de perigosidade, geradora de um certo grau de risco, compagina os eventos imprevistos ou inesperados em face das expectativas de segurança. Actualiza-se na ideia de que a lesão – que concretiza perigosidade coberta pelo regime – é um *defeito* cuja tradução em danos responsabiliza o produtor porque este *garantiu* o patamar de segurança frustrado. Este conceito é compatível com a ideia de que o *regular e bom funcionamento* de sistemas de inteligência artificial é perigoso e, portanto, potencialmente danoso[182/183].

[179] CERRE, *Report: EU Liability* cit., p. 52.

[180] No caso concreto, indexada ao grau de complexidade, opacidade e imprevisibilidade inerentes ao produto como características suas.

[181] No sentido de que, nos sistemas de inteligência artificial, o *defeito* deve ser entendido como "overall failure" e não tanto como "individual error", CERRE, *Report: EU Liability* cit., p. 8.

[182] Neste sentido, CERRE, *Report: EU Liability* cit., p. 53. Cfr. J. S. Borghetti, *How can Artificial* cit., p. 61: no sentido de que a danosidade do produto, nomeadamente do algoritmo, não o torna defeituoso. O sentido desta afirmação não se coaduna com o sentido de defeito do regime que estamos a analisar que, justamente, assenta na perigosidade.

[183] CERRE, *Report: EU Liability* cit., p. 53, p. 54: questionando se há que estabelecer algum *failure rate* (e quais os limites); bem como apontando a necessidade de esclarecimento sobre até que ponto o conceito de defeito se estende para abranger operações deliberadas, con-

Uma das questões que pode, a este propósito, colocar-se corresponde a saber se o conceito de defeito deve – em geral ou em casos específicos – abranger os resultados que representem um funcionamento regular/normal/habitual do produto congenitamente *perigoso*: que, ainda que o resultado seja insondável pelo produtor, seja um resultado em abstracto plausível do produto tendo em conta todas as circunstâncias que permitem apurar os níveis de segurança que dele é expectável. Resultados com os quais, tipicamente – e, sobretudo, no quadro de um correcto e até mais exaustivo cumprimento pelo produtor dos deveres de comunicação e informação relativos aos perigos do produto – o consumidor terá que contar (e pode esperar), integrando a sua margem de (auto)responsabilidade[184]. Existem, a este respeito, pelo menos duas possíveis abordagens. A extensão do conceito de defeito a todo e qualquer evento lesivo provocado pelo sistema como consequência da perigosidade objectivamente expectável conatural à tecnologia[185]. A classificação de constelações típicas de defeituosidade com regimes específicos de responsabilidade agravada[186].

tanto que indesejáveis, de sistemas de inteligência artificial com capacidade de auto-aprendizagem; ainda, pontuando que para sistemas sofisticados de inteligência artificial, poderá não ser possível traçar a linha entre os danos resultantes das decisões autónomas e danos resultantes de um defeito.

184 Com CERRE, *Report: EU Liability* cit., p. 53, há duas vias possíveis: estender o conceito de defeito aplicações de inteligência artificial totalmente autónomas perante qualquer dano que causem ou distinguir mais claramente entre diferentes tipos de defeitos.

185 De acordo com CERRE, *Report: EU Liability* cit., pp. 53-54 (com referências): a extensão do conceito de defeito a qualquer evento lesivo justificar-se-ia no domínio que o produtor – controlador do algoritmo, mantém sobre o funcionamento da tecnologia (nomeadamente, os processos de aprendizagem), colocando-o na melhor posição para julgar se o produto é seguro o suficiente para ser disponibilizado no mercado, mantendo, a par, os lucros com a venda. Por outro lado, esta alocação seria um incentivo a deveres de informação e de acompanhamento continuo dos produtos, nomeadamente relativamente aos perigos conjecturáveis das aplicações de inteligência artificial e aos limites de funcionamento seguro da respectiva autonomia. Mas, procurar a eliminação de qualquer perigo – ou responsabilizar o produtor por todo e qualquer perigo – compromete o mercado, aumenta os custos de produção e, consequentemente, de aquisição dos produtos, complexifica os manuais de instruções de utilização, reduz a diligência dos utilizadores na monitorização concreta dos sistemas, eventualmente desequilibrando a alocação de riscos entre produtores e utilizadores.

186 De acordo com CERRE, *Report: EU Liability* cit., pp. 54-55 (com referências): uma segunda opção seria esclarecer os diferentes tipos de defeitos e, potencialmente, diferenciar o regime de responsabilidade aplicável. O regime utiliza um único critério para estabelecer a defeituosidade de um produto, ainda que se conheçam tipologias de defeitos. Eventual-

A concretização da cláusula geral da primeira parte do n.º 1 do artigo 4.º, é coadjuvada pelos índices de confiança que se encontram, em especial, na segunda parte da regra.

Um primeiro descodificador considera a *utilização que razoavelmente possa ser feita do produto*. Envolve um parâmetro mínimo de utilização, que se deduz, pelo menos, do destino comum do bem ou do destino para o qual é posto em circulação. Quando utilização envolve razoavelmente um certo nível de segurança (ou de falta de segurança), apela-se às virtualidades que intrinsecamente caracterizam os produtos ponderadas à luz do padrão do utilizador médio. Por maioria de razão, este indicador dá cobertura à ideia de que, pelo menos nos sistemas mais complexos e sofisticados, já resultará do regime a integração da expectativa quanto à falta de segurança do produto. O que fazer perante sistemas de inteligência artificial que se destinam a *auto-aprendizagem* uma vez que sejam colocados no mercado – portanto, cuja utilização envolve, necessariamente, uma certa margem de perigos decorrente da diminuição do controlo do utilizador[187]?

Por outro lado, e em sequência, teste-se, ainda, o critério que se atém ao *momento da entrada do produto em circulação*[188] – que permite compaginar o barómetro dos *riscos de desenvolvimento* e o comumente designado *state of the art*[189]. Entronca neste limite – e nos respectivos corolários lógicos

mente, poderia ser pensada a circunscrição da responsabilidade objectiva aos defeitos de fabrico, enquanto para defeitos de concepção e de informação sobre instruções, uma responsabilidade com presunção de culpa. Este regime diferenciado traduzir-se-ia na discriminação da responsabilidade no contexto dos sistemas de inteligência artificial em comparação com outros produtos. Sobre estas questões, D. Wuyts, *The product liability* cit., p. 10; Susana Navas, 5 – Robot cit., p. 168; F. Patrick Hubbard, "*Sophisticated Robots*" cit., pp. 1821-1823; Martin Ebers, *Regulating AI and Robotics* cit., pp. 111-112; I. Nash, *Cybersecurity* cit., p. 8; M. A. Lemley / B. Casey, *Remedies* cit., pp. 1327-1328; G. Wagner, *Robot, inc.* cit., p. 602; H. Steege, *Auswirkungen von künstlicher Intelligenz* cit., p. 10.

[187] A. Seehafer / J. Kohler, *Künstliche* cit., p. 214.

[188] Cfr., sobre a colocação em circulação de produto defeituoso, João Calvão da Silva, *Responsabilidade civil do produtor* cit., pp. 667 e seguintes.

[189] Cfr., sobre este aspecto, remetendo para o conceito de *state of the art*: José Alberto González, *Direito da Responsabilidade Civil* cit., pp. 454-455. Com o Autor o mesmo conceito deve ser invocado na compreensão da alínea *a)* do artigo 5.º (cit., p. 456). Ainda sobre estes *standards* e aproximando-os de deveres de cuidado cuja preterição é censurável a título de culpa (cit., pp. 461-463), concluindo que "quando se responsabiliza o produtor pelos bens defeituosos que poe em circulação, afigura-se estar em causa, sobretudo, a censurabilidade da sua conduta e não tanto o risco de dano decorrente da desadequação entre aquilo que produziu e o *standard* de produção a que devia ter obedecido", a particularidade

– a *irresponsabilidade* do produtor pelos *riscos de desenvolvimento* (técnico-científico)[190]: o produtor pode ser responsabilizado (apenas) com fundamento nos conhecimentos que, de acordo com *estado (de desenvolvimento) da arte* (ciência e técnica) até ao momento da disponibilização do produto no tráfego[191], lhe tornariam cognoscível a falha na segurança do produto. A incognoscibilidade da falha de segurança que nesta perspectiva permite exonerar o produtor, deve reportar-se a uma verdadeira impossibilidade em sentido técnico (objectiva e absoluta). Neste quadrante, a medida da diligência na avaliação da segurança, ainda que regulada pelo critério abstracto do *produtor médio*[192], deve ser ajustada eticamente, por *deveres especiais e reforçados de conhecimento*, não desconsiderando em absoluto as especiais condições, aptidões e conhecimentos do produtor no tráfego que, portanto, permitam afinar o parâmetro de conformidade.

Vejamos. O defeito está directamente acoplado às (legítimas) expectativas de segurança que os consumidores têm direito a ter relativamente ao produto, por outro lado, o momento em que o produto foi colocado em circulação é decisivo para a responsabilidade do produtor. Os produtores não são responsáveis por um defeito – por um perigo – que assome após a colocação do produto no mercado, sendo o racional subjacente à norma o de que o que o produtor deixa de ter controlo sobre o produto a partir daquele momento em diante[193]. Uma primeira questão pode, nesta perspectiva, colocar-se: *quid iuris*, funcionando o sistema com base num algoritmo – e sendo possível estabelecer, à luz do conhecimento vigente, que as manifestações de inteligência artificial são sempre atributos do algoritmo – e

do regime reconduz-se, com o Autor, a "que na aferição da culpa se não seguiu o habitual padrão do «homem de diligência média normal», mas antes um *standrd* distinto que eleva substancialmente a fasquia genericamente instituída pelo n.º 2 do artigo 487.º" (cit., p. 462, p. 463).

190 O produtor responde pelos riscos empresariais, mas não pelos riscos de desenvolvimento, cfr. Maria da Graça Trigo, *Responsabilidade Civil – Temas Especiais* cit., p. 120.

191 Conforme João Calvão da Silva, *Responsabilidade civil do produtor* cit., p. 511 – "o critério determinante é o mais avançado estado da ciência e da técnica mundial, entendido objectivamente como a essência do conhecimento".

192 Maria da Graça Trigo, *Responsabilidade Civil – Temas Especiais* cit., p. 119 – "[o] produtor só poderá exonerar-se se provar que não teve culpa, ele e os seus dependentes, quanto ao fabrico de produtos com desconhecimento de parâmetros científicos ou técnicos que, à data da sua colocação em circulação, não podiam ser conhecidos por um produtor ótimo ou ideal".

193 CERRE, *Report: EU Liability* cit., p. 52.

podendo – ainda à mesma luz – estabelecer-se que o *produtor* será o único efectivo *controlador do algoritmo* que subjaz ao *software* e, portanto, que se mantém ao comando (pelo menos teoricamente) do respectivo funcionamento? O racional de que o produtor deixa de ser controlador da segurança a partir do momento em que o coloca em circulação deixa de valer quando, no sistema de inteligência artificial concreto, o controlo pelo produtor não seja interrompido com a disponibilização no tráfego. Acresce que, por outro lado, eventualmente a segurança do produto dependerá, continuamente e ao longo de todo o seu ciclo de vida, das actualizações de *software* providenciadas pelo produtor – o que permite identificar uma nova cadeia de controlo a favor deste[194]. A distribuição do risco de desenvolvimento técnico-científico envolve, subjacente, uma decisão sobre quem deve suportar os riscos da *lacuna tecnológica* no contexto da inteligência artificial: devendo, porém, ser pontuada a potencial incoerência entre a distribuição dos benefícios da inovação feita circular no tráfego pelos produtores e a alocação dos custos/prejuízos associados à inovação, em especial os que derivam da concretização dos riscos associados à falta de conhecimentos disponíveis para lidar com a tecnologia disponibilizada no mercado pelos produtores[195].

Esta questão não pode ser confundida como uma correcta distinção entre *risco de desenvolvimento técnico-científico* e *imprevisibilidade técnico-científica de funcionamento do produto*[196]. A questão pode colocar-se do seguinte modo: a imprevisibilidade, pelo próprio produtor (programador/fabricante) – que resulta da décalage entre capacidade cognitiva humana e capacidade computacional de processamento –, relativa ao funcionamento do sistema[197], pode ser configurada como *risco de desenvolvimento*?

[194] Importa encontrar critérios de distribuição do dever de actualização e do risco pela actualização, deficiente actualização e falta de actualização. Cfr., CERRE, *Report: EU Liability* cit., p. 52 (com referências). Que, quando a cargo do utilizador, devem obstar à responsabilidade do produtor: A. Seehafer / J. Kohler, *Künstliche* cit., p. 217; H. Steege, *Auswirkungen von künstlicher Intelligenz* cit., p. 12. Assim, as actualizações subsequentes não podem ser da responsabilidade exclusiva do fabricante: o usuário teria a obrigação de instalar actualizações relevantes para a segurança dos sistemas, A. Seehafer / J. Kohler, *Künstliche* cit., p. 217; CERRE, *Report: EU Liability* cit., p. 53. Mas um dever deste calibre tem que compaginar-se com os deveres de acompanhamento do produtor, sob pena de não ser exigível ao utilizador saber como, quando e quais actualizações deve instalar.

[195] C. De Meeus, *The Product Liability* cit., p. 151; CERRE, *Report: EU Liability* cit., p. 56.

[196] Sem estabelecer essa distinção, A. Seehafer / J. Kohler, *Künstliche* cit., p. 215.

[197] Cfr., sobre esta *imprevisibilidade perante o próprio programador*, H. Surden / M. A. Williams, *Technological* cit., pp. 121-182; C. E. Karnow, *The application* cit., pp. 51-77; W. D.

Em qualquer caso, "[n]ão se considera defeituoso um produto pelo simples facto de posteriormente ser posto em circulação outro mais aperfeiçoado" (artigo 4.º, n.º 2). Deste limite decorre que o produtor também não é responsável pelos riscos de desenvolvimento do produto em si considerado, na perspectiva dos riscos de desactualização. Nesta esteira, na perspectiva de sistemas de inteligência artificial com recursos de aprendizagem, poderá o produtor deve ser responsabilizado por *defeitos* que se desenvolvem à medida que o sistema aprende desactualizando as especificações de segurança inicialmente programadas no algoritmo?

A distinção entre falta de segurança congénita do algoritmo e falta de segurança decorrente da actualização do algoritmo, convoca a questão de saber se há deveres de monitoramento subsequente que adstrinjam o produtor à supervisão dos sistemas após colocados no tráfego[198]. A obrigação de acompanhamento do produto – que, nomeadamente, possibilite o *recall*[199] quando este se imponha – corresponde a uma concretização da imputação do sistema ao produtor pelo quadrante do controlo dos perigos, mas cuja preterição está sujeita ao regime delitual geral[200]. A respectiva inclusão no âmbito do regime da responsabilidade do produtor pode ser pensada, mas traduz-se numa complexa opção de política legislativa[201].

O regime permite, eventualmente, cobrir resultados objectivamente imputados a erros na concepção, desenvolvimento ou fabrico que se reportem à respectiva *produção* (sentido amplo). Não obstante, o regime fará, em princípio, correr por conta do produtor responsável deveres de correcta comunicação e informação relativamente às instruções de utilização, às medidas de segurança doméstica a adoptar e aos perigos sondáveis associados ao produto, tanto no seu funcionamento isolado, como na sua interacção com o *meio*. Importa sublinhar que, em princípio, correrá por conta do produtor o risco de a segurança oferecida pelo produto não corresponder

Smart / C. M. Grimm / W. Hartzog, *An education* cit., *passim*; J. Yoshikawa, *Sharing the costs* cit., p. 1165; Andrew D. Selbst, *Negligence* cit., pp. 1331 e seguintes.

198 CERRE, *Report: EU Liability* cit., p. 53. Idem, A. Seehafer / J. Kohler, *Künstliche* cit., p. 214.adm

199 Cfr. Pedro Romano Martinez, *Programa 2017/2018* cit., p. 122.

200 CERRE, *Report: EU Liability* cit., p. 52. Neste sentido, cfr. Mafalda Miranda Barbosa, *O futuro* cit., pp. 289-290; A. Seehafer / J. Kohler, *Künstliche* cit., p. 217.

201 Mas com critérios definidos e esclarecendo os pressupostos da obrigação e seus limites: A. Seehafer / J. Kohler, *Künstliche* cit., p. 217; H. Steege, *Auswirkungen von künstlicher Intelligenz* cit., p. 12.

à segurança com a qual o consumidor pode legitimamente contar. Deste modo fica o produtor onerado com as providências de avaliação de segurança e com a formulação das instruções de utilização. Responsabilizam o produtor as falhas ou anomalias que representem a preterição da segurança garantida (e dos deveres de segurança que se lhe impunham cumprir), bem como das instruções transmitidas quanto ao funcionamento e riscos dos produtos. Todos os elementos que, por conseguinte, revelem sinais, mais ou menos ostensivos, de que o *produto* não corresponde aos parâmetros de segurança em que justificadamente se admitia investir confiança, face aos quais se irão tutelar as expectativas do consumidor[202].

Não pode deixar de sublinhar-se que a transferência desse risco entre do produtor para o consumidor deve ser rigorosamente escrutinada, prevenindo contra cláusulas de *disclaimer* materialmente subversivas[203]. Por outro lado, não pode deixar de notar-se que a maior perigosidade tecnicamente inerente à tecnologia pondera para a desprotecção do consumidor na medida em que se possa reflectir na (razoável) redução das expectativas de segurança do produto. Em certos cenários, o nexo de dependência entre a defeituosidade e a segurança expectável tornará este regime inoperante para a cobertura dos danos provocados pelas tecnologias inteligentes. Esta delimitação conduz, aliás, a um paradoxo: no campo em que a intensidade dos riscos inerentes aos produtos justificaria uma intensificação dos riscos dos produtores de tecnologia, associada a maior necessidade de protecção dos lesados, o regime da responsabilidade do produtor recua porquanto se onera o consumidor com a previsibilidade da falta de segurança – ou se faz correr contra o consumidor a *confiança na insegurança* de partida.

VI. Percorrendo o regime, sinteticamente, outros óbices imediatamente se podem reportar aos limites dispostos no artigo 5.º[204], que prevê hipóteses de exclusão da responsabilidade[205], e aos quais as considerações acima expendidas acerca do conceito de defeito se podem reportar.

[202] Uma *tipologia* em que se distinguem *defeitos de concepção*, *defeitos de fabrico*, *defeitos de informação* e *defeitos de desenvolvimento*, em João Calvão da Silva, *Responsabilidade civil do produtor* cit., pp. 655 e seguintes.

[203] Deixando, neste texto, de lado, a transferência e distribuição de risco entre os vários níveis de produtores.

[204] Cfr. João Calvão da Silva, *Responsabilidade civil do produtor* cit., pp. 717 e seguintes.

[205] Cfr. Luís Menezes Leitão, *Direito das Obrigações* – I cit., p. 393 – pontuando, a propósito do artigo 5.º, "casos muito amplos de exclusão de responsabilidade".

É excluída a responsabilidade do produtor caso este consiga provar, nomeadamente "[q]ue, tendo em conta as circunstâncias, se pode razoavelmente admitir a inexistência do defeito no momento da entrada do produto em circulação" (alínea *b)*, do artigo 5.º)[206], ou "[q]ue o estado dos conhecimentos científicos e técnicos, no momento em que pôs o produto em circulação, não permitia detectar a existência do defeito" (alínea *e)*, do artigo 5.º[207]) – hipóteses que, tributárias da exclusão dos riscos de desenvolvimento (especialmente a alínea *e)* do artigo 5.º[208]), operarão como excludentes da responsabilidade do produtor, por exemplo, nos casos em que a falha de segurança concretamente revelada no produto apenas poderia ser colmatada pela evolução técnico-científica posterior à colocação do produto no mercado. Acresce que, é ainda excluída a responsabilidade se o produtor demonstrar "[q]ue, no caso de parte componente, o defeito é imputável à concepção do produto em que foi incorporada ou às instruções dadas pelo fabricante do mesmo" (alínea *f)*, do artigo 5.º) – o que remete o apuramento da responsabilidade para o âmago da complexidade inerente à composição funcional ou material destes sistemas[209].

[206] Presunção de que um produto é seguro se fabricado e colocado no mercado de acordo com as especificações técnicas que, entre nós, se poderá inferir da alínea *b)* do artigo 5.º – cfr., entre nós, *e. g.*: António Menezes Cordeiro, *Tratado* – VIII cit., p. 691 (com referência a jurisprudência do STJ). Salientando que "é inerente a este regime a ideia de uma *presunção de inocuidade* do produto", Maria da Graça Trigo, *Responsabilidade Civil – Temas Especiais* cit., p. 111. Com Maria da Graça Trigo, *Responsabilidade Civil – Temas Especiais* cit., p. 114 – observando as alíneas *a)* e *b)*: "[*a*] *contrario*, se um produto defeituoso se contra no mercado, presume-se que foi colocado em circulação pelo produtor e que era defeituoso quando tal sucedeu" (com jurisprudência, cit., pp. 114-115).

[207] Importa assinalar o disposto na alínea *b)* do n.º 1 do artigo 15.º da Directiva, que permitia aos Estados derrogar esta regra de exclusão (prevista, na Directiva, na alínea *e)* do artigo 7.º) nas legislações internas de transposição. Sobre esta questão, entre nós, *v. g.*: António Menezes Cordeiro, *Tratado* – VIII cit., p. 689; Luís Menezes Leitão, *Direito das Obrigações* – I cit., p. 393; Maria da Graça Trigo, *Responsabilidade Civil – Temas Especiais* cit., pp. 116-117.

[208] Cfr., entre nós, *e. g.* (com referências): António Menezes Cordeiro, *Tratado* – VIII cit., p. 689 (a propósito do artigo 7.º, alínea *e)*, da Directiva, conclui que o sistema assenta numa "presunção, ainda que reforçada de culpa") e p. 692 (pontuando que "o risco da «falta de Ciência» corre pelo lesado e não pelo produtor", que responde "porque não cumpriu"); João Calvão da Silva, *Responsabilidade civil do produtor* cit., pp. 503 e seguintes; Luís Menezes Leitão, *Direito das Obrigações* – I cit., p. 393 (pontua que esta exclusão faz o regime aproximar-se "de uma responsabilidade por culpa"); Maria da Graça Trigo, *Responsabilidade Civil – Temas Especiais* cit., p. 117 (com jurisprudência).

[209] Para Maria da Graça Trigo, *Responsabilidade Civil – Temas Especiais* cit., pp. 115-116, assinalam-se, aqui, "duas vertentes" (cit., p. 115): por um lado, esta causa de exclusão da res-

VII. Outro campo de obstáculos surge no que se reporta aos danos ressarcíveis ao abrigo deste regime[210].

Se conferidos os limites previstos no artigo 8.º[211], estão cobertos os *danos pessoais*[212], como aqueles "resultantes de morte ou lesão pessoal"[213], estando, ainda, compreendidos, circunscritamente, danos materiais "em coisa diversa do produto defeituoso, desde que seja normalmente destinada ao uso ou consumo privado e o lesado lhe tenha dado principalmente este destino"[214] (artigo 8.º).

A cobertura de danos materiais (nos termos do artigo 8.º e, portanto, da responsabilidade ao abrigo do diploma[215]) está sujeita a franquias[216] – regime tipicamente associado a imputação de responsabilidade subjectiva agravada ou independente de culpa[217] e que se relaciona, ainda, com a obrigação de segurar (tendencialmente, de modo ilimitado) a responsabili-

ponsabilidade "consolida a delimitação do conceito de produto defeituoso, ao permitir que o fabricante de uma parte componente [...] prove que a coisa fabricada, em si mesma, não é defeituosa porque o é a conceção do produto final" (cit., pp. 115-116); por outro lado, "permite ao fabricante de uma parte componente que seja, em si mesma, defeituosa, exonerar-se de responsabilidade, desde que prove que o defeito resultou do respeito pelas instruções dadas pelo fabricante do produto final quanto ao fabrico da referida parte componente" (cit., p. 116) – com a vantagem de, em qualquer dos casos, permitir a convergência da responsabilidade no fabricante do produto final, *efectivo causador do dano* (sem necessidade de mobilizar os regimes do artigo 6.º, n.º 1, ou do artigo 7.º, n.º 2).

[210] Com desenvolvimento, João Calvão da Silva, *Responsabilidade civil do produtor* cit., pp. 677 e seguintes.

[211] Cfr. João Calvão da Silva, *Responsabilidade civil do produtor* cit., pp. 677 e seguintes, pp. 697 e seguintes.

[212] Cfr., *colorandi causa*, Filipe Albuquerque de Matos, *Alterações legislativas no binómio danos corporais / danos materiais*, Cadernos de Direito Privado, Número Especial – 02/Dezembro (2012), pp. 123-136.

[213] Trata-se, com efeito, de um sintoma histórico do escopo da responsabilidade directa do produtor perante o consumidor, o de limitar esta forma especial de tutela à reparação de danos pessoais, cfr. Maria da Graça Trigo, *Responsabilidade Civil – Temas Especiais* cit., p. 108 (e nota 120).

[214] João Calvão da Silva, *Responsabilidade civil do produtor* cit., pp. 697 e seguintes. Com jurisprudência, Maria da Graça Trigo, *Responsabilidade Civil – Temas Especiais* cit., p. 109.

[215] Cfr., entre nós, *e. g.*: António Menezes Cordeiro, *Tratado* – VIII cit., p. 692 – "não funciona quando o produtor seja imputável a título delitual, ao abrigo do Código Civil".

[216] João Calvão da Silva, *Responsabilidade civil do produtor* cit., pp. 700 e seguintes.

[217] CERRE, *Report: EU Liability* cit., pp. 16-17.

dade[218] – sujeitando-se aos limites quantitativos mínimos previstos no artigo 9.º (posto que, aqueles danos, "só são indemnizáveis na medida em que excedam o valor de (euro) 500 ou 100241$00")[219].

O regime postula a exclusão dos *pure economic losses* – por exemplo, os prejuízos sofridos no próprio produto[220] ou "com o inaproveitamento do produto"[221], bem como danos típicos do funcionamento destes sistemas que lesão utilidades não protegidas por direito subjectivo[222]. Além disso, poderá não contemplar a eliminação ou destruição de património digital (*dados*) ou a violação de dados pessoais.

VIII. Do ponto de vista do ónus da prova – do ónus da prova do defeito e de que o defeito resultou nos danos[223] –, muito sumariamente, podem assinalar-se algumas particularidades.

[218] Cfr. a explicação de Maria da Graça Trigo, *Responsabilidade Civil – Temas Especiais* cit., p. 109.

[219] Cfr. Luís Menezes Leitão, *Direito das Obrigações* – I cit., p. 393 – apontando críticas à legislação portuguesa por ter suprimido o limite máximo, considerando preferível a "elevação" do limite, sendo "comum na responsabilidade pelo risco a existência de limites máximos de indemnização", porquanto só está justificada "a cobertura integral dos prejuízos no âmbito da responsabilidade por culpa, cuja via está sempre aberta ao lesado", conforme o artigo 13.º (cit., pp. 393-394, nota 903).

[220] João Calvão da Silva, *Responsabilidade civil do produtor* cit., pp. 702 e seguintes; José Alberto González, *Direito da Responsabilidade Civil* cit., p. 459: que, com o Autor, seguem os regimes da compra e venda de coisas defeituosas (cit., p. 460).

[221] Luís Menezes Leitão, *Direito das Obrigações* – I cit., p. 392. Sublinhando (cit., p. 392, nota 899), porém, a susceptibilidade de aplicação do regime de responsabilidade directa do produtor previsto no artigo 6.º do Decreto-Lei n.º 67/2003, de 08 de Abril (regime da venda de bens de consumo e das garantias a ela relativas), recentemente actualizado pelo Decreto-Lei n.º 9/2021, de 29 de Janeiro. A propósito da aplicação da *acção directa*, José Alberto González, *Direito da Responsabilidade Civil* cit., p. 460. Com desenvolvimento sobre a responsabilidade contratual, João Calvão da Silva, *Responsabilidade civil do produtor* cit., pp. 181 e seguintes.

[222] Cfr. Mafalda Miranda Barbosa, *O futuro* cit., p. 290 – dando como exemplo o tráfego do *robot advisor* e em *blockchain*.

[223] Sublinhando que tudo depende do critério empregue para determinar a causalidade e do *standard de prova* aplicável para determinar a defeituosidade, Caroline Cauffman, *Robo-liability* cit., p. 530. As dificuldades de prova na perspectiva do consumidor são assinaladas por D. Wuyts, *The product liability* cit., p. 24, sublinhando: "the technical complexity of certain products, the high cost of expert evidence, the parties' unequal access to information (particularly about the production process) and the fact that some products are not retrievable after they have been used".

A montante, a prova da existência de defeito surge dificultada, desde logo, pela inexistência de estabilidade sobre aquilo em que, nos sistemas de inteligência artificial (sobretudo nos mais sofisticados), constitua *defeituosidade*[224]: o que não consiste, na verdade, num problema de estrito encargo probatório, mas na definição do objecto da prova. A estabilização de um conceito de defeito ajustado à dinâmica própria destes produtos é fundamental na determinação do cumprimento do encargo probatório, nomeadamente para responder à questão de saber se é necessária o dano é resultado de uma *falha* – de um erro – do sistema ou, num sentido mais abrangente de defeito, é suficiente e aprova de que tem como causa uma decisão do sistema (que é danosa independentemente de ser provocada por erro ou falha)[225].

Por outro lado, que a determinação e prova da causalidade – nexo de causalidade entre defeito e dano[226] – neste contexto encontram dificuldades acrescidas, nomeadamente, em torno do concurso com a necessária supervisão humana dos sistemas, implicando, para o lesado (para o lesado que seja o *supervisor* do funcionamento do sistema), a demonstração de que a sua falta de cuidado não teve repercussão nos danos[227] – seja demonstrando que adoptou o cuidado devido, seja demonstrando que a adopção do cuidado devido não evitaria os danos. Neste particular, o n.º 1 do artigo 7.º, disciplina o concurso da culpa do lesado[228], devendo pontuar-se a relevância da dimensão subjectiva do conceito de defeito para as "dificuldades em estabelecer a fronteira entre a perigosidade do bem e a conduta culposa

[224] CERRE, *Report: EU Liability* cit., p. 55. Como sublinha J. S. Borghetti, *How can Artificial* cit., p. 67: "there is no obvious malfunctioning that could be the basis for a presumption that the algorithm was defective".

[225] CERRE, *Report: EU Liability* cit., p. 55.

[226] João Calvão da Silva, *Responsabilidade civil do produtor* cit., pp. 711 e seguintes. A causalidade é regida pelo Direito interno, uma vez que o regime uniforme não estabelece qualquer critério: CERRE, *Report: EU Liability* cit., p. 55. Sobre algumas abordagens à causalidade, D. Wuyts, *The product liability* cit., p. 25.

[227] CERRE, *Report: EU Liability* cit., p. 55. Weston Kowert, *The foreseeability* cit., p. 184, sublinhando que: "Because the conduct of artificial intelligence depends on external influences after the code is out of the hands of the developers, external influences are an actual cause of any bad behavior by artificial intelligence systems".

[228] José Carlos Brandão Proença, *A Conduta do Lesado como Pressuposto e Critério de Imputação do Dano Extracontratual*, Almedina: Coimbra, 1997, reimpressão, 2007, pp. 808-811; Maria da Graça Trigo, *Responsabilidade Civil – Temas Especiais* cit., pp. 112-114 (com análise de jurisprudência).

do lesado" [229]. Por outro lado, associadas à lógica da *imprevisibilidade* – de que é objectiva ou pelo menos absolutamente impossível antecipar o resultado do funcionamento do sistema – também surgem dificuldades na prova do nexo causal[230]. Ainda, como consequência da vulnerabilidade destes sistemas, surgirão amiudadamente situações de concurso com facto de terceiro, reguladas pelo n.º 2 do artigo 7.º[231]. Interessa sublinhar que as situações de concurso de responsáveis são resolvidas segundo regras de responsabilidade solidária[232].

Perante as sugestões que têm surgido, importa pontuar que alteração das regras de distribuição do ónus da prova[233] – e, inclusivamente, a alteração do *standard de prova*[234] – vai corresponder a uma alteração da própria alocação do risco da responsabilidade[235].

IX. Importa notar que os critérios dos artigos 5.º, 6.º e 7.º permitem, ainda, uma correcta configuração de algumas situações de concurso típicas que se surpreendem a propósito da avaliação destes sistemas e dispositivos como condições de danos. Das quais daremos apenas alguns exemplos. A circunstância de os sistemas funcionarem através de dados coligidos a partir da interacção com o meio e em ambiente de interoperabilidade. A não irrelevante interferência de terceiros provedores de dados (por

[229] Maria da Graça Trigo, *Responsabilidade Civil – Temas Especiais* cit., pp. 113-114 (p. 113).

[230] Sobre esta questão, Weston Kowert, *The foreseeability* cit., pp. 191-192. No sentido de que o estabelecimento do nexo causal pode envolver a necessidade de peritagem, o que se afigura desencorajador na perspectiva do consumidor que busca reparação, Caroline Cauffman, *Robo-liability* cit., p. 530.

231 Maria da Graça Trigo, *Responsabilidade Civil – Temas Especiais* cit., p. 112.

[232] João Calvão da Silva, *Responsabilidade civil do produtor* cit., pp. 575 e seguintes. Também, Maria da Graça Trigo, *Responsabilidade Civil – Temas Especiais* cit., p. 106.

[233] C. De Meeus, *The Product Liability* cit., p. 151; Gerhard Wagner, *Produkthaftung* cit., p. 747; A. Seehafer / J. Kohler, *Künstliche* cit., p. 216; R. de Bruin, *Autonomous Intelligent* cit., p. 495.

[234] CERRE, *Report: EU Liability* cit., p. 56; Ch. Schmon, *Product Liability* cit., p. 256. Sugerindo a introdução de deveres de *disclosure*, regras de transferência de custos relativos a peritagem ou aconselhamento técnico, permissões para colheita de dados sobre o funcionamento do sistema, em ordem à reconstituição do funcionamento do sistema para identificar, *ex post*, as possíveis causas do evento danoso: CERRE, *Report: EU Liability* cit., p. 56.

[235] B. Koch, *Product Liability 2.0* cit., p. 110; R. de Bruin, *Autonomous Intelligent* cit., p. 495 (assinala um potencial impacto negativo na inovação). Assinalando que a alocação de risco se faz, aí, em detrimento dos produtores: CERRE, *Report: EU Liability* cit., p. 55.

exemplo, pela qualidade dos dados fornecidos)[236]. A própria interferência dos dados e das especificações do usuário (final)[237]. Ainda, sobretudo nas situações em que os produtos são desagregados (*unbundled*), a eventual interrupção do nexo que liga os fabricantes *originais* a certas especificações de segurança dos produtos que colocam em circulação[238]. Pode perguntar-se, serão estes intervenientes – que manipulam a tecnologia –, ainda *fabricantes* de modo a que devessem ser, analogamente, configurados como *produtores* para efeitos de responsabilidade civil? Pode dizer-se serem, pelo menos, intervenientes relevantes para quebrar o nexo de imputação ao produtor? Além de sempre dever, nesta avaliação, fazer-se intervir a valoração sobre o significado funcional de produtor-fabricante para efeitos deste regime, para efeitos de uma delimitação positiva; cremos, na uma valoração das hipóteses de concurso entre os responsáveis agora aludidos, poder estar, sobretudo, em causa a interrupção do nexo de atribuição ao produtor. A repartição entre responsabilidade directa do produtor, auto-responsabilidade do consumidor e responsabilidade de outros intervenientes deduz-se, num primeiro plano, dos artigos 5.º, 6.º e 7.º.

X. No Direito vigente, e na pendência de uma eventualmente reforma que venha a projectar-se sobre este regime, as respectivas insuficiências podem ser resolvidas com recurso a regimes complementares de responsabilidade extra-obrigacional e obrigacional com os quais pode ser *cumulado e integrado*[239].

2.2. Imputação de danos por via do artigo 493.º do Código Civil

I. A interposição da tecnologia artificialmente inteligente como causa de danos pode, ainda, ser especialmente configurada perante outros regimes.

[236] CERRE, *Report: EU Liability* cit., p. 52.

[237] Seehafer / J. Kohler, *Künstliche* cit., p. 216.

[238] G. Wagner, *Robot, inc.* cit., p. 607.

[239] Cfr., Pedro Romano Martinez, *Programa 2017/2018* cit., p. 13; "permite ao lesado optar por outro regime de responsabilidade que se lhe apresenta como mais favorável" – Luís Menezes Leitão, *Direito das Obrigações* – I cit., p. 394; em sentido idêntico, José Alberto González, *Direito da Responsabilidade Civil* cit., p. 463; com desenvolvimento sobre a *unificação* da responsabilidade, João Calvão da Silva, *Responsabilidade civil do produtor* cit., pp. 475 e seguintes. Admitindo a cumulação com o regime de cumprimento defeituoso do contrato de compra e venda previsto nos artigos 913.º e seguintes do Código Civil, Maria da Graça Trigo, *Responsabilidade Civil – Temas Especiais* cit., p. 108. Ainda, Filipe Albuquerque de Matos, *Responsabilidade* cit., p. 196.

Além do tipo central de responsabilidade delitual que resulta do artigo 483.º, n.º 1, do Código Civil, sujeito à distribuição dos encargos probatórios segundo as regras gerais (v. g. do artigo 342.º, n.º 2, do Código Civil), o Direito positivo português prevê vários outros tipos delituais cuja intervenção pode ser mobilizada. Vejam-se, a título de exemplo, os dois números do artigo 493.º do Código Civil: regras em que a razão da responsabilidade radica na culpa, título geral de imputação (artigo 483.º, n.º 2, do Código Civil). Neste quadro dogmático, que encontra suporte no sistema do artigo 483.º, n.º 1, articulado com o artigo 486.º, a atribuição de responsabilidade no contexto da intervenção causal da tecnologia artificialmente inteligente faz-se, tipicamente, pela *não evitação dos eventos danosos*[240]. Ou seja, em princípio, por omissões delitualmente relevantes. Os omitentes que são sujeito-passivo da imputação assim enquadrada respondem por facto próprio que se traduz na preterição ilícita do *cuidado devido* no controlo ou na vigilância, em sentido amplo, da tecnologia[241]. Este eixo dogmático da responsabilidade permite-nos convocar as considerações atrás expendidas sobre a perigosidade tipicamente inerente à tecnologia artificialmente inteligente posta em circulação no tráfego e em contacto com as pessoas.

Escolhemos analisar estas regras de imputação de danos – em detrimento de outras[242] – porquanto se oferecem especialmente adequadas a providenciar pela cobertura da danosidade idiossincrática das *máquinas inteligentes* na esfera dos consumidores.

[240] Na síntese de António Menezes Cordeiro, "a tutela aquiliana" implica, aqui, "a observância de deveres destinados a prevenir determinados perigos", *Tratado*, VIII, p. 571. *Cfr.*, neste sentido, Vaz Serra, *Obrigação*, pp. 108 ss e p. 126. Considerando, a propósito do posicionamento de Vaz Serra nos preparatórios do Código Civil, que a "ideia de perigo", na fundamentação dos deveres de agir que predicam à responsabilidade por omissões "emerge com toda a sua centralidade", considerando, ainda, "a recorrência com que o mesmo aflora no espectro da dogmática civil" como reveladora desse "posicionamento nuclear", Miranda Barbosa, *Lições*, p. 143. Neste sentido, também, Faria Costa, *O perigo*, p. 350. Ainda, Brandão Proença, "A responsabilidade", pp. 96 e seguintes.

[241] Neste sentido, mais recentemente, por exemplo, TRP 14-Mai-2020, processo n.º 966/18.4T8VFR.P1 (Fernando Baptista).

[242] Por exemplo, do artigo 503.º do Código Civil, uma vez que uma rigorosa análise das especificidades dos veículos inteligentes sempre convocaria um trabalho independente. Cfr., Paulo Mota Pinto, *Problemas jurídicos dos veículos autónomos*, Estudos de Direito do Consumidor, Número especial: Direito e Robótica, Instituto Jurídico/Centro de Direito do Consumo, FDUC (2020), pp. 93-153.

Desde logo, porquanto, além de poderem servir como factor adicional de imputação aos produtores destes dispositivos, facultam ainda a imputação de danos a um universo de agentes cuja esfera interfere no respectivo funcionamento, nomeadamente os utilizadores[243], que não pode responder como produtor (e cuja responsabilidade objectiva fica, então, afastada, nos termos do n.º 2 do artigo 483.º)[244].

Revelando, simultaneamente, a ductilidade do Direito da responsabilidade extra-obrigacional português no que respeita à imputação de danos provocados em contextos de particular perigosidade, até eventualmente acrescida face à perigosidade geral/comum do tráfego. No plano das regras centrais do sistema encontramos mecanismos aptos a conferir tutela aos lesados das zonas do tráfego cuja idiossincrasias na prática se antepõem ao direito a uma indemnização. As regras do artigo 493.º do Código Civil assentam numa distribuição razoável dos encargos probatórios e permitem dirimir a impossibilidade (relativa, pelo menos) de demonstração dos pressupostos da imputação no sector em que se faz responder pelos danos que sobrevém à omissão ilícita do cuidado devido em relação a um *campo* de perigos. Com efeito, estas regras de imputação funcionam com base em presunções legais de cuja aplicação decorre a inversão do ónus da prova relativamente à *verificação dos pressupostos gerais da responsabilidade civil* previstos no n.º 1 do artigo 483.º do Código Civil (em conjugação com o artigo 486.º)[245]. Esta redistribuição da alocação do ónus de fazer prova dos pres-

[243] Veja-se, em sentido próximo, Filipe Albuquerque de Matos, *Responsabilidade* cit., p. 195.

[244] Configurando a responsabilidade por danos provocados a consumidores entre si, por exemplo.

[245] Sobre esta presunção (o seu objecto e âmbito) – matéria que está além do escopo compreensivo deste estudo –, na doutrina portuguesa, *colorandi causa*: Vaz Serra, *Fundamento da responsabilidade civil (em especial, responsabilidade por acidentes de viação terrestres e por intervenções ilícitas)*, Boletim do Ministério da Justiça, n.º 90, 1959, pp. 5-322; Vaz Serra, *Responsabilidade*, pp. 376 ss e *passim*; Menezes Cordeiro, *Tratado*, VIII, p. 465 e *passim*; Rodrigues Bastos, *Das obrigações em geral*, II – artigos 473.º a 533.º, Viseu, Edição do Autor, 1972, p. 104; Ribeiro de Faria, *Direito das Obrigações*, 1.º, p. 480 (nota 5); Brandão Proença, *A Conduta do Lesado como Pressuposto e Critério de Imputação do Dano Extracontratual*, Coimbra, Almedina, 1997, pp. 480 ss; Menezes Leitão, *Direito das Obrigações*, I, pp. 324 ss; Mafaldza Miranda Barbosa, *Lições*, pp. 244 ss; Graça Trigo, *Responsabilidade*, pp. 25 ss; id., "Das presunções de culpa no regime de responsabilidade civil por acidente de viação", *in Estudos dedicados ao Professor Doutor Luís Alberto Carvalho Fernandes*, Volume II, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2011, pp. 459-494; Graça Trigo / Rodrigo Moreira, anotação ao artigo 493.º, *in Comentário ao Código Civil: Direito das Obrigações. Das Obrigações em geral*, José Carlos

supostos da imputação de danos, fundada na razão de que *id quod plerumque accidit*[246] – no que geralmente acontece de acordo com as regras da experiência – viabiliza a adjudicação de responsabilidade[247].

No âmbito objectivo dos tipos delituais previstos no n.º 1 e no n.º 2 do artigo 493.º, fazemos intervir a responsabilidade pelos danos *causados por* coisas ou *no exercício de* actividades (especialmente perigosas). As virtualidades da aplicação destas regras ao campo em estudo estão assinaladas[248]: desde logo, como se disse, permitindo dirigir a responsabilidade às várias esferas jurídicas responsáveis pelo funcionamento danoso destes sistemas. Outrossim, não será este o lugar próprio para discutir a dogmática subjacente a estes esquemas de imputação, nomeadamente quanto à natureza e alcance da presunção. Resta-nos ressaltar, muito sinteticamente, algumas das especificidades que se surpreendem na aplicação destas regras no domínio da inteligência artificial como *causa* de danos.

II. Comecemos pela imputação de danos por via do n.º 2 do artigo 493.º do Código Civil.

A consideração deste tipo delitual[249] para estabelecer a imputação dos danos provocados por manifestações de inteligência artificial no esquema

Brandão Proença (coord.), Lisboa, Universidade Católica Editora, 2018, pp. 319-325; Almeida Costa, *Direito das Obrigações*, p. 588 (nota 2); Rui Ataíde, *Responsabilidade*, pp. 500 ss e pp. 845 ss.; id., "Acidentes em auto-estradas: natureza e regime jurídico da responsabilidade dos concessionários", *in Estudos de Direito Privado (2010-2020)*, Lisboa, AAFDL, 2020, pp. 389-469; Carneiro da Frada, *Sobre a responsabilidade das concessionárias por acidentes ocorridos em auto-estradas*, Revista da Ordem dos Advogados, II, 2005, pp. 407-435; Pinto de Oliveira, *Responsabilidade objectiva* cit., pp. 108-113; Raul Guichard, *Acerca da responsabilidade civil objectiva por danos causados por veículos de circulação terrestre*, Revista de ciências empresariais e jurídicas, n.º 9, 2006, pp. 201-239.

246 No Direito português encontramos normas com as características enunciadas. Vale, neste ponto, aludir aos artigos 491.º, 492.º e 493.º do Código Civil. Sendo certo que, atenta a previsão destas regras – que permite fixar-lhes o âmbito de aplicação –, não encontram aplicação ao objecto de estudo os artigos 491.º e 492.º. Resumidamente, o artigo 491.º ordena-se à responsabilidade pela vigilância de uma pessoa; o artigo 492.º, por sua vez, de edifício ou obra.

247 Cfr., quanto ao óbice da prova da culpa, v. g. Filipe Albuquerque de Matos, *Responsabilidade* cit., pp. 196-197.

248 Cfr., *inter alia*, Mafalda Miranda Barbosa, *O futuro* cit., pp. 265 e seguintes; Filipe Albuquerque de Matos, *Responsabilidade* cit., pp. 194 e seguintes.

249 Que, segundo António Menezes Cordeiro, computaria, "subjacente, o princípio geral das actividades perigosas", *cfr. Tratado de Direito Civil*, VIII – Direito das Obrigações, 1.ª ed.,

da responsabilidade aquiliana depende da identificação de uma *actividade* como *intrinsecamente perigosa*[250]. Assim, pressupõe qualificar como *actividade especialmente perigosa* a utilização de sistemas de inteligência artificial ou, ainda, as actividades envolvidas na concepção, fabrico e disponibilização de algoritmo/*software* artificialmente inteligente[251]. No juízo sobre a perigosidade influem as regras da ciência, da técnica ou da experiência específica e/ou comum (nomeadamente, vertida em dados estatísticos e/ou casos paralelos)[252], actualizadas no caso concreto. Confluindo na conclusão de que à *actividade* inere uma potencialidade danosa que ultrapassa o risco geral da

2.ª reimp., Coimbra, Almedina, 2016, p. 584. Depreendendo-se deste tipo uma *mais exigente intencionalidade legislativa*, associada à imposição de "um conjunto *indeterminado* de medidas de segurança que assegurem a condução regular das actividades perigosas", como observa Rui Paulo Coutinho de Mascarenhas Ataíde, *Responsabilidade Civil por Violação de Deveres no Tráfego*, Coimbra, Almedina, reimp., 2019, pp. 470-471.

[250] Mário Júlio de Almeida Costa, *Direito das Obrigações*, 11.ª ed. (revista e actualizada), Almedina, Coimbra, 2008, p. 588. Sobre os critérios de qualificação de uma actividade como perigosa, Rui Ataíde, *Responsabilidade Civil* cit., pp. 495 e seguintes. Ainda quanto à qualificação como *actividade perigosa*, com Menezes Leitão, a cláusula geral pressupõe "um preenchimento valorativo", que pode ser assumido pelo legislador ou deferido à jurisprudência, *cfr*. Luís Manuel Teles de Menezes Leitão, *Direito das Obrigações*, Volume I – Introdução. Da constituição das obrigações, 15.ª ed., Coimbra, Almedina, 2018, p. 323. Neste mesmo sentido, sublinhando que o preceito oferece apenas "uma directriz genérica", Mário Júlio de Almeida Costa, *Direito das Obrigações*, 11.ª ed. (revista e actualizada), Almedina, Coimbra, 2008, p. 588. Sobre a "especial complexidade" da "conjugação da técnica da cláusula geral com o recurso a conceitos indeterminados" aplicada ao n.º 2 do artigo 493.º, Rui Ataíde, *Responsabilidade Civil* cit., pp. 494 e seguintes. Ainda, sobre a indeterminação dos conceitos empregues no preceito, António Menezes Cordeiro, *Da Boa Fé no Direito Civil*, 3.ª reimp., Coimbra, Almedina, 2007, pp. 1177 e seguintes, e *passim*.

[251] Está na base uma avaliação *ex ante* sobre o inerente potencial danoso especialmente agravado, ainda que não deva escamotear-se a pertinência de um juízo casuístico. Como critério poderá mobilizar-se a ideia de que a recondução ao n.º 2 do artigo 493.º radicará, em princípio, na actividade que comporta um perigo congénito que, não podendo ser meramente prevenido (ou não havendo, quanto a ele, lugar à prevenção), associa, antes, àqueles que o devem subjugar, uma especial posição de garante da respectiva gestão ou condução de acordo com os deveres (intensificados) de segurança que ao caso se imponham. Formulando sobre os "perigos declarados" a autonomia (e a exigência) do artigo 493.º, n.º 2, no campo do qual "o sentido dos deveres de cuidado tem que ser necessariamente distinto", Rui Ataíde, *Responsabilidade Civil* cit., pp. 273 e seguintes.

[252] Neste sentido, Rui Ataíde, *Responsabilidade Civil* cit., p. 471 e pp. 495-496. Ainda, Mafalda Miranda Barbosa, *Lições de Responsabilidade Civil*, Princípia, Cascais, 2017, p. 243.

vida e desafia os limiares de risco tolerado/permitido no tráfego[253]. Tipicamente, em consonância com a especial perigosidade, as actividades que aqui se subsumem envolvem um grau de risco elevado. O perigo concretiza-se num risco da actividade superior ao normal – ao risco comum das actividades em geral – e, portanto, numa agravada probabilidade de dano[254].

A responsabilidade assenta num nivelamento entre perigo conduzido e cuidado devido. Portanto, o cuidado objectivo – a conduta de condução do perigo exigida e aferida ao nível da observância dos deveres de segurança no tráfego ilicitamente omitida – e, consequentemente, o cuidado subjectivo – que se reflectirá na imputação subjectiva do evento lesivo a uma atitude negligente do omitente do cuidado. Com efeito, à actividade perigosa como *objecto* de vigilância – de cuidado, precaução e cautela – o legislador associa, congruentemente, um *standard* de dedicação, de comportamento zeloso, superior ao que comummente padroniza a diligência devida[255].

A elevação do patamar de cuidado – e, portanto, da exigência do programa de cuidados devidos – por referência ao qual se vai fazer responder o exercente ordena-se, por um lado, à promoção do mais correcto governo do perigo congénito da actividade e, por outro, a providenciar pela evitação/mitigação dos danos em que o risco assim gerado potencialmente se possa concretizar[256]. De resto, o exercente, porque por regra representa os perigos agravados da actividade e o pioramento do risco em que tipicamente se concretizam, representará, de modo congruente, as providências de cuidado a que, niveladas com aquela danosidade potencial, está adstrito. A regra procura uma sintonia entre o risco criado pelo agente e o comportamento que lhe é devido para evitar os danos que estão na contingência desse risco. Trata-se de uma abordagem pedagógica, responsabilizante, que incentiva a adopção de comportamentos de precaução[257].

[253] Rui Ataíde, *Responsabilidade Civil* cit., pp. 495 e seguintes; Marco Comporti, *Esposizione al pericolo e responsabilità civile*, presentazioni di Paolo D'Amico, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2014, pp. 291 e seguintes.

[254] Neste sentido, mais recentemente, por exemplo, TRP 14-Mai-2020, processo n.º 966/18.4T8VFR.P1 (Fernando Baptista).

[255] Tipicamente, por referência ao paradigma da diligência média orientado pelo padrão abstracto do *bonus pater familias* (artigo 487.º do Código Civil).
Mais recentemente, por exemplo, TRL 12-Jan-2017, processo n.º 1790-13.6TVLSB.L1-6 (António Santos).

[256] Rui Ataíde, *Responsabilidade Civil* cit., p. 471.

[257] Com efeito, mesmo que se possa não atribuir a um mesmo sujeito, por exemplo o utilizador, o monopólio dos meios de afastamento/condução dos perigos da tecnologia, associa-

Se o critério acima puder ser aceite como bom, parece ser viável conjecturar, no campo em estudo, situações em que se actualiza, *no caso concreto*, um juízo *ex ante* de agravada perigosidade: *consubstancial* tanto à *natureza própria da actividade* – desde a programação de algoritmos, a montante, à utilização dos algoritmos, a jusante, para dar meros exemplos – como à *natureza dos meios* nela utilizados – desde o *software* à combinação entre *software* e *hardware*, passando pela composição entre sistemas que interoperam, continuando a exemplificar[258].

Importará, ainda assim, delimitar as várias camadas de perigos concorrentes em que se traduzem as interferências das várias esferas envolvidas na actividade de programação e utilização dos concretos sistemas de inteligência artificial. Neste ponto, pergunta-se: poderá conceder-se que a opacidade, a complexidade objectiva e subjectiva – a multiplicidade de camadas de intervenientes e a lógica de interoperalidade natural ao funcionamento dos sistemas (a cada uma se associando riscos próprios) – e o potencial lesivo e danoso imprevisíveis, constituem, precisamente, um dos *atributos* das manifestações de inteligência artificial que permitem qualificar a sua *criação* e *utilização* como actividades especialmente perigosas? A resposta afirmativa, que só pode dar-se *perante o caso concreto*, é determinante[259]. Não se olvide, porém, que, estará sempre em causa um juízo comparativo, abstracto-concreto, do grau de risco envolvido pela actividade subjudice por comparação às actividades *em geral*. Não pode, por isso, desconsiderar-se, retomando-se

-se-lhe pelo menos um importante e intenso domínio e conhecimento das idiossincrasias do tráfego perigoso que irrompeu – desde logo, enquanto assuntor da (tarefa da) abertura e manutenção desse *perigo* no tráfego. A ciência e o controlo fáctico dos perigos reforçam materialmente a capacidade concreta de agir no sentido de dirimi-los e legitimam especialmente a exigibilidade da *acção devida* concretamente adequada a esconjurá-los. Neste sentido, Figueiredo Dias, *Direito penal*, I, pp. 927 ss, em especial p. 930.

[258] Neste ponto, entendendo que a norma «não deve ser desperdiçada, limitando a respetiva vigência ao seu significado literal", defendendo que esta cláusula geral reclama "uma interpretação teleológica" que a "permita abarcar a generalidade das situações de perigo criadas ou mantidas pelo homem, ainda que não sejam rigorosamente reconduzíveis ao conceito de "atividade"», já que "o elemento que dá razão de ser à sua autonomização [...] é o perigo e não a atividade", a qual "apenas constitui o seu meio paradigmático de manifestação na vida contemporânea", Rui Ataíde, *Responsabilidade Civil* cit., p. 471.

[259] Na visão de Filipe Albuquerque de Matos, *Responsabilidade* cit., p. 198: "tendo em conta esta exigência específica da perigosidade da actividade desenvolvida, não se poderá considerar, em termos amplos, que a actuação dos robôs se possa considerar como perigosa", prosseguindo, porém, no sentido que acolhemos no texto, de que "[a]penas em consideração do tipo especial de robô [...], se torna possível concluir acerca da respectiva perigosidade".

quanto foi dito na introdução a este texto, que a lógica de substituição das pessoas pelas máquinas no exercício de certas tarefas pode ser justificada pelo imperativo ético em que o propósito de evitar a exposição das pessoas ao risco se manifesta duplamente: por um lado, em exonerar as pessoas de tarefas perigosas; por outro lado, demonstrando-se a maior eficácia e a redução dos graus de risco das actividades quando conduzidas por máquinas, porque menos falíveis, desagravar os próprios perigos das actividades. Assim, não deve ignorar-se que a interposição da máquina no tráfego – o funcionamento da máquina como actividade em que o exercente é o utilizador – pode constituir, inclusivamente, uma providência de cuidado de perigo devida para diminuir os riscos da actividade em concreto (por comparação, designadamente, com a alternativa hipotética em que a actividade é conduzida apenas com intervenção humana)[260].

A interrupção da responsabilidade do exercente da actividade ajusta-se à medida em que um evento não possa ser entendido como manifestação da natureza especialmente perigosa da actividade e/ou não se revele performativo do risco conatural que permite qualificá-la para efeitos do artigo 493.º, n.º 2. Concluir sobre estas questões é, naturalmente, matéria do caso da vida decidendo. A correcta determinação da perigosidade considera a fonte de perigo em concreto[261] e não apenas em abstracto, numa avaliação objectivada e apriorística (de prognose póstuma) que independe das sensibilidades intersubjectivas, mas também dos reais e consumados resultados[262].

Importa sublinhar que o este critério de imputação[263] delitual entronca, como se disse, no perigo (não se devendo cativar de modo absoluto e restritivo na fonte que o exibe ao tráfego)[264]. E, estando em vista a alocação de um perigo – e da responsabilidade pelo controlo de um perigo – no quadro dogmático da responsabilidade pela *culpa*, acoplado à actividade de que o sujeito-passivo da responsabilidade é exercente, ou seja, no fundo, à

[260] Considerando, por esta razão, que, em princípio, a actividade dos robots "não acarreta um risco anormal" quando comparada com a mesma actividade desenvolvida pelas pessoas, A. Elisabete Dias Pereira, *Partilhar o mundo* cit., p. 23.

[261] Perante "os casos *decidendi*", como observa Mafalda Miranda Barbosa, *Lições* cit., p. 243.

[262] Na doutrina, *colorandi causa*, Rui Ataíde, *Responsabilidade Civil* cit., p. 495.

[263] Sobre esta dimensão da imputação e os seus limites, Rui Ataíde, *Responsabilidade Civil* cit., pp. 479 e seguintes (em especial, p. 479).

[264] Rui Ataíde, *Responsabilidade Civil* cit., p. 494. Ainda, Cesare Salvi, *La responsabilità civile*, 3.ª ed., Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2019, pp. 175 e seguintes; Marco Comporti, *Esposizione al pericolo e responsabilità civile*, presentazioni di Paolo D'Amico, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2014, p. 280.

respectiva posição de domínio ou de controlo sobre a fonte de perigo que se concretizou nos danos de cuja repartição se trata[265]. O alicerce material da responsabilização, veiculará o critério desta – que importa legitimar no *domínio* que se assume sobre a forma de manifestação de perigos, consubstanciado ou indiciado pelo poder formal ou material de adoptar as providências adequadas a esconjurá-los e a impedir a respectiva concretização em danos[266]: poder que pode ser dobrado por um *dever* associado ao exercício de uma *tarefa* que lhes é deferida[267].

III. Assente que se encontra, como acima se deu nota, a viabilidade teórica de qualificação dos sistemas de inteligência artificial como *coisas* para efeitos de distribuição dos danos relativamente aos quais apresentam eficiência causal, vale considerar, ainda, a imputação de danos por via do n.º 1 do artigo 493.º do Código Civil.

Este tipo delitual corresponde a uma cláusula geral cuja intervenção é subsidiária (nomeadamente perante o agora convocado n.º 2 do mesmo artigo) e susceptível de absorver as hipóteses em que o fabrico, disponibilização, utilização do sistema de inteligência artificial não possa ser qualificada, nos termos acima sintetizados, como actividade especialmente perigosa[268]. Trata-se de um tipo delitual cujo âmbito objectivo se encontra filiado no critério material de imputação da *responsabilidade por um "campo"*[269].

Importa mapear critérios de delimitação das *coisas* cuja eficiência causal é abrangida[270].

Um primeiro critério pode ser erigido em torno de coisas com *potencial lesivo/danoso*[271] e sobre as quais é susceptível o exercício de (poderes de)

[265] Invoque-se, neste particular, Jorge de Figueiredo Dias, *Direito penal: parte geral*, Volume I – Questões fundamentais: a doutrina geral do crime, 2.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2019, pp. 944 e seguintes, pp. 946 e seguintes.

[266] Rui Ataíde, *Responsabilidade Civil* cit., p. 494. Também Jorge de Figueiredo Dias, *Direito penal* cit., pp. 927 e seguintes, pp. 929 e seguintes.

[267] Demonstrando os fenómenos de *sobreposição* que se surpreendem, pela natureza das coisas, entre os vários factores constitutivos de posições de garante delitualmente relevantes, Rui Ataíde, *Responsabilidade Civil* cit., p. 463. Sobre o concurso de deveres de garante, *colorandi causa*: Jorge de Figueiredo Dias, *Direito penal* cit., pp. 953 e seguintes.

[268] Rui Ataíde, *Responsabilidade Civil* cit., p. 351.

[269] Rui Ataíde, *Responsabilidade Civil* cit., p. 288.

[270] Rui Ataíde, *Responsabilidade Civil* cit., pp. 361 e seguintes.

[271] Rui Ataíde, *Responsabilidade Civil* cit., p. 361 – afirma que: "A primeira restrição extrai-se *ex rerum natura*, ou seja, estão unicamente abrangidas as coisas que, podendo *ser objeto de*

custódia (que sejam objecto de *domínio*). O critério apresentado por Rui Ataíde – o de a coisa poder ser concebida como susceptível de causar danos atenta a aptidão para "adquirir um dinamismo próprio susceptível de ofender interesses juridicamente tutelados" [272] – pode fundamentar a assimilação pelo artigo 493.º, n.º 1, do *software* (e não apenas do *hardware* ou da composição entre *software* e *hardware*). Dispensando um *status* de perigosidade intrínseca da *coisa*[273], desloca o eixo da imputação da perigosidade imanente para a *lesividade emergente da falta ou deficiência de cuidado (ou gerada pela preterição do cuidado devido)*. Nas coisas *per se* não naturalmente perigosas, a perigosidade intercede como estado ou cariz que as coisas podem, nas circunstâncias da vida[274], vir a assumir *em função da inobservância das medidas de segurança necessárias*[275]. Em causa, o evento lesivo decorrente de uma situação em que a realização da idoneidade lesiva foi habilitada a concretizar-se (nas coisas inerentemente perigosas[276/277]) ou a perigosidade foi gerada

custódia, sejam susceptíveis de causar danos, só estando, portanto, incluídas as coisas corpóreas, entendidas como as que, conhecendo existência física, pertençam ao estado sólido, líquido ou gasoso e que, ocupando um certo espaço, possam, por via das mais diversas forças, incluindo a da gravidade, adquirir um dinamismo próprio susceptível de ofender interesses juridicamente tutelados". O critério apresentado pelo Autor – o de a coisa susceptível de causar danos por "adquirir um dinamismo próprio susceptível de ofender interesses juridicamente tutelados" – fundamenta a assimilação pelo artigo 493.º, n.º 1, do *software*.

[272] Rui Ataíde, *Responsabilidade Civil* cit., p. 361.

[273] Sobre esta questão: Rui Ataíde, *Responsabilidade Civil* cit., pp. 362-363 e pp. 363 e seguintes. Ainda, Maria da Graça Trigo / Rodrigo Moreira, *anotação ao artigo 493.º – Comentário* cit., p. 321, *Rn.* 4. Porém, Luís Menezes Leitão, *Direito das Obrigações* – I cit., p. 317 – sublinhando que a norma "pressupõe, em face, da perigosidade imanente de certas coisas o surgimento de um dever no tráfego, que impõe automaticamente a sua custódia em relação ao seu detentor"; Eduardo dos Santos Júnior, *Direito das Obrigações I* cit., p. 333 – "[t]rata-se, como resulta da referência a dever de vigiar (e não a dever de conservar), de *coisas perigosas* em si mesmas ou que o sejam pela sua utilização".

[274] Rui Ataíde, *Responsabilidade Civil* cit., p. 364.

[275] Subjaz à imputação "um pensamento [...] jurídico que ilumina a razão de ser da norma, segundo o qual todas as coisas, quaisquer que sejam, podem, na falta dos cuidados devidos, desencadear processos lesivos" – Rui Ataíde, *Responsabilidade Civil* cit., p. 373. Os exemplos de *coisas per se inofensivas* que em contacto como o meio ou fruto do processo degenerativo se transformam em fontes de danos, Rui Ataíde, *Responsabilidade Civil* cit., pp. 368 e seguintes.

[276] Com exemplos de "coisas cuja perigosidade justifica [a] obrigação de vigilância", Luís Menezes Leitão, *Direito das Obrigações* – I cit., pp. 317-318 (com múltiplas referências). Identicamente, Antunes Varela, *Das obrigações* – I, cit., p. 594.

[277] Na medida em que possam, eventualmente, ser absorvidas pelo n.º 1 do artigo 493.º quando não inseridas no contexto da execução de actividades (qualificando para o campo

(nas coisas *per se* inócuas) pela *falta ou deficiência cumprimento de deveres de vigilância/segurança preventivos*: o cuidado – a vigilância – impõe-se e é requerida, neste tipo, como medida para evitar o surgimento do perigo e, logo, de danos. Como medida impeditiva da perigosidade ou da eficiência lesiva da coisa[278]. O núcleo da responsabilidade associa-se aos eventos lesivos que concretizam o risco gerado pela *insuficiência da cautela* que se impunha ao responsável empreender[279]. O eixo da imputação reconduz-se, então, à omissão de deveres de vigilância (independentemente de um inato potencial lesivo do objecto do *encargo de vigiar*)[280]. Em qualquer caso, interessa pontuar: a imputação de responsabilidade entronca na violação de deveres no tráfego pelo *vigilante*[281].

delitual do artigo 493.º, n.º 2), Rui Ataíde, *Responsabilidade Civil* cit., p. 376 e pp. 377 e seguintes.

Na perspectiva de Rui Ataíde *Responsabilidade Civil* cit., pp. 381-383 – "uma regulação materialmente adequada, obtida segundo critérios teleológico-objetivos, faz prevalecer a solução oposta: o elemento determinante da disciplina especial estabelecida pelo artigo 493.º/2 reside na perigosidade, sendo absolutamente indiferente que o dano seja produzido por coisas isoladas ou inseridas em sequências dinâmicas" (pp. 381-382), concluindo por "insustentável sufragar a orientação maioritária que remete os danos causados por coisas perigosas desinseridas de atividades para o domínio de aplicação do artigo 493.º/1" (p. 382). O Autor avança, porém, um critério que, quanto a nós, justifica admitir – em abstracto e em teoria – a abertura do artigo 493.º, n.º 1, aos danos provocados por coisas perigosas fora da utilização no contexto de actividades: nos exemplos dados não sucede que "o exercício das atividades elevou consideravelmente o risco ínsito à perigosidade intrínseca das coisas" (pp. 382-383). Distinguindo, Eduardo dos Santos Júnior, *Direito das Obrigações I* cit., p. 333 – no artigo 493.º, n.º 1, "não se trata de realizar uma actividade perigosa, utilizando ou porque utilizando tais coisas – pois, então, teríamos de considerar antes a previsão do n.º 2 do mesmo artigo –, mas de se faltar ao *dever de vigilância* das mesmas".

278 Rui Ataíde, *Responsabilidade Civil* cit., p. 370.

279 Rui Ataíde, *Responsabilidade Civil* cit., p. 289. Que justifica, ainda, as distinções entre a disciplina no n.º 1 e no n.º 2 do artigo 493.º do Código Civil, Rui Ataíde, *Responsabilidade Civil* cit., pp. 354 e seguintes.

280 Rui Ataíde, *Responsabilidade Civil* cit., p. 364 e *passim*.

281 Postulados no caso concreto. Com Rui Ataíde, *Responsabilidade Civil* cit., p. 383 – "por um lado, todas as coisas carecem de vigilância, pois embora desprovidas de dinamismo intrínseco, estão em geral sujeitas à regular incidência de fatores exógenos que podem desencadear o surgimento de agentes com potencial lesivo que urge remover; por outro, a causa normal da danosidade produzida pelas coisas ou atividades perigosas reside mais na inobservância dos padrões de cuidado postulados por essa especial aptidão lesiva, do que na sua perigosidade intrínseca objetivamente considerada".

Num segundo nível de delimitação, o preenchimento do tipo depende de *danos causados por facto da coisa* (alheando os danos causados *com* a coisa: *pelo agente com o emprego da coisa*[282]), pelo que abrangidas poderão ser as situações em que (a insuficiente guarda/vigilância sobre) o sistema de inteligência artificial é a fonte dos danos (ou seja, em que a fonte dos danos é *a preterição da custódia* sobre o sistema *devida* que se traduziu numa situação de perigo danosa[283]) – e não as situações em que a fonte dos danos é a utilização do sistema como *instrumento* da acção danosa do utilizador[284], que, à luz dos critérios acima explanados, poderá reconduzir-se ao n.º 2 do artigo 493.º do Código Civil ou, não sendo preenchido este tipo, à cláusula geral do artigo 483.º, n.º 1, do Código Civil[285]. O sistema de inteligência artificial, a entender-se para estes efeitos como *coisa*, representa coisa cujo *potencial ofensivo* e cujo *dinamismo intrínseco*[286], envolvendo a sua normal utilização e operacionalização no tráfego – compaginadas, ainda, as finalidades para que são concebidos estes sistemas – *riscos específicos* cuja vigilância deve ser especificamente assegurada segundo o padrão de diligência média comum, podem, adequadamente, ser assimilados no quadro dogmático do n.º 1 do artigo 493.º do Código Civil. Dogmaticamente enquadrado na responsabilidade enquanto *campo* – que responsabiliza aquele que tem a custódia desse campo e, concomitantemente, o encargo jurídico de sobre ele exercer vigilância –, à custódia do sistema de inteligência artificial vem associado o dever de *remoção e controlo das fontes de perigos e danos que naquele se instalem* como efeito do normal funcionamento ou utilização (cobrindo-se perigos endógenos, exógenos e, ainda, os provenientes de factos de terceiros ou mesmo de causas naturais)[287].

O preenchimento do tipo pressupõe que se determine, em concreto, o sujeito – ou sujeitos, atenta a natureza distribuída do facto subjacente aos eventos danosos das *máquinas* – em cuja esfera se localizam, *simultaneamente*, o *poder sobre a coisa* e o *encargo (o dever jurídico) de a vigiar*. A responsabilidade é, com efeito, dirigida àqueles que *detêm* coisas em seu *poder com*

[282] Antunes Varela, *Das obrigações* – I, cit., p. 593 – submetidos ao regime geral da responsabilidade civil. *Idem*, Maria da Graça Trigo / Rodrigo Moreira, *anotação ao artigo 493.º – Comentário* cit., p. 321, *Rn.* 4.

[283] Rui Ataíde, *Responsabilidade Civil* cit., p. 371.

[284] Maria da Graça Trigo / Rodrigo Moreira, *anotação ao artigo 493.º – Comentário* cit., p. 321, *Rn.* 4.

[285] Rui Ataíde, *Responsabilidade Civil* cit., p. 361, pp. 370-371, p. 374.

[286] Rui Ataíde, *Responsabilidade Civil* cit., pp. 372 e seguintes.

[287] Rui Ataíde, *Responsabilidade Civil* cit., pp. 375-376.

o dever de as vigiar[288]: simultaneamente[289]. Na esfera daquele que possa em concreto ser qualificado como titular do *poder de determinação* – correlato do *âmbito de domínio* – sintetizam-se, pressupostamente, as condições de império sobre os perigos que venham possivelmente a despontar e, ainda, tendencialmente, o próprio interesse na fonte de perigo (desta retirando benefícios/vantagens)[290].

O delito previsto no artigo 493.º, n.º 1, pode ser classificado como específico próprio ou puro em atenção à autoria pressuposta pelo preenchimento do tipo[291]. É sujeito-passivo da responsabilidade[292] aquele que possa ser qualificado como *vigilante*: o agente que detém o controlo material da coisa e a competência para decidir autonomamente as providências adequadas ao seu controlo – independentemente de o fazer por si ou por interposta pessoa[293]. Centra-se "no puro controlo da coisa" como manifestação

[288] Com efeito, "deslocando o eixo da imputação da propriedade para a custódia", cfr. Rui Ataíde, *Responsabilidade Civil* cit., p. 249; o Autor ainda sublinha que "em 1966 se tenha deslocado o eixo da responsabilidade para todos aqueles que, independentemente do *dominium*, detenham coisas em seu poder com o dever de as vigiar" (cit., p. 352). Assim, Antunes Varela, *Das obrigações* – I, cit., p. 594 – "deslocou o eixo da responsabilidade do simples *domínio* para a *detenção* da coisa ou do animal com o dever de os vigiar". Ainda, Maria da Graça Trigo / Rodrigo Moreira, *anotação ao artigo 493.º – Comentário* cit., p. 321, *Rn.* 4. Alguma jurisprudência em José Alberto González, *Código Civil anotado*, Volume II – Direito das Obrigações (artigos 397.º a 873.º), Quid Juris?: Lisboa, 2012, anotação ao artigo 493.º, pp. 199-203 (pp. 199-200). Alguma jurisprudência em José Alberto González, *Código Civil anotado*, Volume II – Direito das Obrigações (artigos 397.º a 873.º), Quid Juris?: Lisboa, 2012, anotação ao artigo 493.º, pp. 199-203 (pp. 200-203).

[289] Constituindo, este elemento do tipo que caracteriza o *sujeito-passivo*, "uma importante restrição à responsabilidade" – Pires de Lima / Antunes Varela, *Código Civil Anotado* – I (artigo 493.º) cit., p. 495.

[290] Rui Ataíde, *Responsabilidade Civil* cit., p. 288. Como sublinha Antunes Varela, *Das obrigações* – I, cit., p. 594 – "se a responsabilidade assenta [...], sobre a ideia de que não foram tomadas as medidas de precaução necessárias para evitar o dano, a presunção recai em cheio sobre a pessoa que detém a coisa [...] ou o animal, com o dever de os vigiar". Ainda, com António Menezes Cordeiro, *anotação ao artigo 493.º*, *in* António Menezes Cordeiro (coord.), *Código Civil Comentado*, II – Das Obrigações em Geral, Almedina: Lisboa, 2021, pp. 433-435 (p. 434, *Rn.* 3).

[291] Rui Ataíde, *Responsabilidade Civil* cit., p. 390.

[292] Rui Ataíde, *Responsabilidade Civil* cit., pp. 387 e seguintes. Ainda, Pires de Lima / Antunes Varela, *Código Civil Anotado* – I (artigo 493.º) cit., p. 495.

[293] Rui Ataíde, *Responsabilidade Civil* cit., pp. 391-392. Com Pires de Lima / Antunes Varela, *Código Civil Anotado* – I (artigo 493.º) cit., p. 495 – "[é] a pessoa que tem as coisas ou animais à sua guarda quem deve tomar a providências indispensáveis para evitar a lesão"

da responsabilidade "daquele que, pela sua situação de facto em relação à coisa, deva guardá-la" independentemente da titularidade de posições de "soberania jurídica ou económica"[294]. Requerendo o *corpus possidendi* – como pressuposto do *poder de controlo (material) da coisa* que gera condições para o exercício da vigilância devida[295] – a imputação está orientada pela titularidade de um *poder de determinação sobre a coisa* enquanto *competência* que habilita a definir o programa de cuidados a empreender sobre esta[296]. Por esta razão a custódia executada materialmente por intermédio de outrem (*v. g.* enquadrada por uma relação de comissão) não prejudica, ou compromete, que a *vigilância* deva ser entendida como a cargo do titular das qualidades especiais de *vigilante* pressupostas pelo tipo[297].

Tendencialmente, se puder valer uma presunção[298] de que se encontram as competências para a vigilância acopladas ao direito de propriedade, a outra posição jurídica que faculte a posse ou, ainda, a um mero detentor – importando configurar um um *poder de facto sobre a coisa*[299/300] –, o artigo

[294] Rui Ataíde, *Responsabilidade Civil* cit., pp. 387-388.

[295] Rui Ataíde, *Responsabilidade Civil* cit., p. 388. O Autor afirma que: "a exigência implica portanto a necessária exclusão de todos aqueles que mantêm um simples contacto físico com a coisa, ocasional ou mesmo duradouro mas desprovido de poderes de controlo que, não servindo para constituir o *corpus*, impede consequentemente a formação de uma situação de detenção em sentido técnico" (cit., p. 388).

[296] Rui Ataíde, *Responsabilidade Civil* cit., p. 389 – "é a titularidade de um *poder de determinação* sobre a coisa que, também aqui, constitui o critério invariável de vinculação, pois só essa competência permite impor as medidas de segurança necessárias, independentemente de serem executadas pelo próprio vinculado ou por outrem sob a sua direção que, neste caso, apenas age como a *longa manus* do primeiro".

[297] Rui Ataíde, *Responsabilidade Civil* cit., p. 389 (pp. 389 e seguintes).

[298] Antunes Varela, *Das obrigações* – I, cit., p. 594; Pires de Lima / Antunes Varela, *Código Civil Anotado* – I (artigo 493.º) cit., p. 495. Com Maria da Graça Trigo / Rodrigo Moreira, *anotação ao artigo 493.º – Comentário* cit., p. 321, *Rn.* 4 – sublinha-se que o detentor adstrito à vigilância poderá ser "cumulativa ou exclusivamente responsável, consoante o proprietário permaneça ou não vinculado à vigilância da coisa", o que sempre dependerá de o proprietário deter "controlo material sobre ela". Para Luís Menezes Leitão, *Direito das Obrigações* – I cit., p. 319 – "a obrigação de vigilância recairá sobre o proprietário [...], podendo, porém, recair sobre detentores onerados com essa obrigação (credor pignoratício, locatário, depositário, comodatário), caso em que o proprietário deixará de ser sujeito a responsabilidade". Também, Eduardo dos Santos Júnior, *Direito das Obrigações I* cit., pp. 333-334.

[299] Mais recentemente, por exemplo, TRP 14-Mai-2020, processo n.º 966/18.4T8VFR.P1 (Fernando Baptista).

[300] Importa sublinhar, com efeito, que se trata de "puros fenómenos de controlo material de coisas, que podem estar ou não acobertados por títulos normativos", como sublinha

493.º, n.º 1, vai remeter a responsabilidade, em casos mais simples, ao utilizador final – contanto que tenha *poder de controlo do sistema* e, concomitantemente, o *dever jurídico de adoptar as medidas de segurança* que se imponham para evitar os danos. Em casos mais complexos, mas não inverosímeis nem difíceis de imaginar, o poder sobre a coisa não se encontra afecto ao utilizador final nem a este é exigível a adopção das medidas de segurança concretamente adequadas ao controlo dos perigos do sistema de inteligência artificial que se concretizaram em danos.

Perante a tendencial intervenção de múltiplos vigilantes em situação de concurso[301], que permite surpreender hipóteses de guarda fraccionada[302], há que mapear os critérios de distribuição da *vigilância* (sempre que não se verifique sobreposição de vigilância, portanto). Nestes casos é fundamental "que se averigue se o conteúdo dos respetivos deveres permitia prevenir o tipo de danos efetivamente verificados" o que se faz "em função dos concretos poderes de controlo de que dispõem sobre a coisa"[303] é "indispensável que o seu poder de controlo abrangesse a possibilidade de influir sobre as condições que estiveram na origem dos prejuízos causados pela coisa, de molde a que lhe fosse possível adotar as medidas preventivas especificamente necessárias para os evitar"[304]. No que se afigura essencial no campo em estudo, "é a titularidade de um poder de determinação sobre a coisa que confere ao sujeito competência para adotar as medidas de segurança necessárias, viabilizando, assim, a configuração de zonas de competência exclusiva e zonas de competência concorrente dos diversos vinculados"[305].

IV. Em jeito de síntese conclusiva quanto à imputação de danos por via do artigo 493.º do Código Civil, reflictam-se algumas das principais questões que nos ficam.

A responsabilidade surge-nos *fulanizada*. Pressupõe a identificação de *aquele* que pode configurar-se como sujeito-passivo do controlo sobre os sistemas[306]. No limite, em situações de concurso subjectivo, *aqueles* que,

Rui Ataíde, *Responsabilidade Civil* cit., p. 394. Sobre os *detentores de vigilância*, Rui Ataíde, *Responsabilidade Civil* cit., pp. 394-396.

301 Sobre esta questão, Rui Ataíde, *Responsabilidade Civil* cit., pp. 393-394.

302 Sobre esta questão, Rui Ataíde, *Responsabilidade Civil* cit., pp. 393-394.

303 Rui Ataíde, *Responsabilidade Civil* cit., p. 397 (pp. 397 e seguintes).

304 Rui Ataíde, *Responsabilidade Civil* cit., pp. 402-403 (pp. 403 e seguintes).

305 Rui Ataíde, *Responsabilidade Civil* cit., p. 413 (pp. 413 e seguintes).

306 Como observa Filipe Albuquerque de Matos, *Responsabilidade* cit., p. 197.

concorrentemente, possam configurar-se – a qualquer título relevante – simultaneamente responsáveis (ainda que em grau e *layout* diverso[307]) pelo cuidado devido, invocando-se, eventualmente, os artigos 490.º e 497.º do Código Civil, bem como, neste campo da responsabilidade extra-obrigacional, o artigo 500.º do Código Civil quando se configure a utilização dos sistemas no quadro de uma relação de comissão. Apesar destes instrumentos normativos, pressupor-se a determinação daquele que, em função do seu estatuto sobre a tecnologia artificialmente inteligente, detém a posição de garante do seu controlo em termos relevantes para ser sujeito-passivo da imputação nos termos do artigo 493.º (n.º 1 ou n.º 2), pode constituir um óbice[308]: que se revela a montante (na afirmação do preenchimento do tipo) ou a jusante (no afastamento do tipo pelo alegado lesante). Basta pensar-se, por exemplo, nas hipóteses, não inverosímeis, em que o poder de facto que possibilita o controlo e a competência (técnico-científica) para exercer o controlo possível se encontram em esferas jurídicas distintas, ou, noutras hipóteses, que o poder para o exercício da vigilância e o dever de exercer essa vigilância também se alocam a esferas distintas.

Para além disto, se o dever de vigilância é concebível porquanto corresponde a um exercício normativo, que *poder* é este que se tem sobre as manifestações de inteligência artificial? Será que é possível, sem ficção, dizer que uma determinada esfera jurídica detém o sistema de inteligência artificial *em seu poder* nos casos de maior sofisticação que já se concebem?

Todas estas questões convergem no teste de resistência dogmática a que estas regras se encontram, como garantia da sua conformidade constitucional, sujeitas e que resulta no modo como permitem a ilisão da presunção legal em que assentam: *excepto se mostrar que empregou todas as providências exigidas pelas circunstâncias com o fim de prevenir os danos* (n.º 2) ou *salvo se provar que nenhuma culpa houve da sua parte* ou que *os danos se teriam igualmente*

[307] Por exemplo, segundo uma "repartição vertical de competências", como nota Filipe Albuquerque de Matos, *Responsabilidade* cit., p. 197.

[308] Porque em princípio estão em causa, neste modo de perspectivar a abordagem aos perigos e os fundamentos dos deveres de garante que, como impressivamente escrevia Vaz Serra, os associam àqueles em cuja "esfera de poder" se dá "uma situação produtora de riscos que só essa pessoa pode fazer desaparecer", *cfr.* Adriano Paes da Silva Vaz Serra, *Obrigação de indemnização (colocação. Fontes. Conceito e Espécies de Dano. Nexo Causal. Extensão do Dever de Indemnizar. Espécies de Indemnização). Direito de Abstenção e de Remoção*, Boletim do Ministério da Justiça, n.º 84, 1959, pp. 5-305, pp. 109 ss.

produzido ainda que não houvesse culpa sua (n.º 1)[309]. Reproduzem-se, aqui, alguns dos problemas atrás assinalados no que se reporta à complexidade e opacidade do funcionamento dos sistemas de inteligência artificial na perspectiva do preenchimento dos pressupostos da responsabilidade civil. A tecnologia artificialmente inteligente convoca, na perspectiva da responsabilidade por danos, a distinção entre: por um lado, as categorias do perigo e do risco, entre si distintas de um ponto de vista analítico, mas que podem ser arrumadas como factores de antecipação da danosidade relativamente aos quais existe possibilidade de controlo e mensuração (segundo juízos de probabilidade, por exemplo), pelo que, de algum modo, são em si mesmos susceptíveis demonstração, bem como de previsão e condução; por outro, as categorias da imprevisibilidade e da aleatoriedade, categorias que assentam na incerteza de base indemonstrável e relativamente à qual não pode em princípio, por essa razão, ser exercido controlo. Nos cenários extremos – em que traçamos a fronteira da superação da capacidade relativa do controlador humano sobre a máquina – fica-nos a questão de determinar se a existência de um campo no funcionamento da tecnologia artificialmente inteligente insondável[310] na perspectiva do *supervisor humano* na prática – um campo de imprevisibilidade pelo menos relativa (ainda que não absoluta) – deve corresponder a um campo tratado juridicamente como insusceptível de avaliação de perigo/risco, portanto, ao campo da aleatoriedade. Se a imprevisibilidade dos sistemas deve ser reconduzida pelo Direito ao campo de incerteza em que o controlo é valorado como impossível ou se essa insusceptibilidade de controlo, porquanto não objectiva, absoluta e definitiva, deve ser concebida apenas como manifestação, ainda conjecturável e mensurável – através a adição de instrumentos mais sofisticados de mensuração, porém –, de um elevadíssimo grau de risco (probabilidade de danos): eventualmente incrementando o risco para lá do perigo que pode ser analisado, prevenido, mitigado e corrigido. Nessa medida, fica-nos a questão de saber se pode o risco que é manifestação daquela álea-relativa ser, ainda, imputado ao produtor (e sob que condições).

Com efeito a extensão a dar à responsabilidade, seja à luz de que regime for, deve ser flectida de legitimidade pelo título de imputação dos

[309] Defendendo uma redução teleológica no que respeita ao n.º 1 do artigo 493.º do Código Civil, Filipe Albuquerque de Matos, *Responsabilidade* cit., pp. 201-202.

[310] Como refere Ugo Pagallo, *The Laws of Robots: Crimes, Contracts, and Torts*, Springer: Heidelberg, 2013, p. 126.

danos que, enquanto razão pela qual se responde, exerce na interpretação dos pressupostos típicos funções de parâmetro valorativo extrínseco. Deste ponto de vista, não será irrelevante se a responsabilidade se faz com fundamento na culpa ou se o factor imputacional radica no risco. O alargamento do risco gerado pela perigosidade, seja do produto, seja da actividade, seja da coisa, para lá do imponderável ou insondável pelo produtor, pelo exercente ou pelo detentor com custódia – e, portanto, para lá do que é susceptível da mensuração e do controlo implícito na posição de garante –, cuja adjudicação se discute na parametrização da responsabilidade, deve ser coerente – e compatível – com o fundamento em que a imputação ancora. Alguns níveis de agravamento do risco – além do que seja susceptível de controlo – são incompatíveis com uma imputação estritamente fundada na culpa. Convocam, por exemplo a propósito do n.º 2 do artigo 493.º, a pertinência científica e prática de critérios de imputação que se situem na mediania entre a culpa e o risco, e que acabam por dar legitimidade a campos de imputação *semi-objectiva*[311]. Na verdade, a aplicação estrita da regra, que desconsidere a impossibilidade relativa ou a inexigibilidade – por referência ao *padrão da diligência óptima ou ideal* – do emprego de *todas* as providências de cuidado necessárias à prevenção dos danos, no caso da inteligência artificial, envolve uma imputação materialmente objectiva: com base numa cripto-culpa ou numa ficção de culpa[312]. O campo da inteligência artificial permite, pois, surpreender a intimidade entre a imputação pelo incumprimento de deveres de dirimição do abstracto pôr em perigo, do concreto pôr em perigo e do próprio risco, por um lado, e a responsabilidade que já é objectiva porquanto prescinde do poder (e dever) de cuidado e imputa danos apesar da inexistência desse poder de cuidado[313].

[311] Rui Ataíde, *Responsabilidade Civil* cit., p. 524. A propósito de eventuais "debilidades" do modelo do Código Civil de 1966, Brandão Proença, "A responsabilidade", pp. 84 e seguintes. A mesma questão não deixa de ser aventada, a propósito do *gravame* do artigo 493.º, n.º 2, do Código Civil, por Nuno Pinto Oliveira, *Responsabilidade*, pp. 120 e seguintes.

[312] Convocando, por maioria de razão, a ideia de uma responsabilidade subjectiva *impura*, discutida a propósito da culpa presumida por Nuno Pinto de Oliveira, *Responsabilidade objectiva*, II Seminário dos Cadernos de Direito Privado, Número especial 2 – Dezembro (2012), pp. 107-121 (p. 109). Sobre estas questões, ainda, Rui Ataíde, *Responsabilidade Civil* cit., pp. 845 e seguintes.

[313] Rui Ataíde, *Responsabilidade Civil* cit., p. 495.

3. Desafios da regulação: algumas conclusões (ainda) à luz do Direito vigente

I. Pudemos identificar que o quadrante que norteia a responsabilidade pelos sistemas de inteligência artificial é a *imputação* da máquina a um sujeito de Direito, sujeito-passivo de responsabilidade civil: que tem como quadrante a atribuição *do controlo sobre a máquina* à esfera jurídica responsabilizável. A distribuição do *controlo* por diversos agentes é, então, decidida segundo a margem de poder de controlo e a exigibilidade do exercício desse controlo no caso concreto: reflectindo-se decisivamente na responsabilidade (enquanto critérios de justiça, mas também de eficiência)[314]. Por outro lado, abona a favor desta abordagem um critério complementar que advém do recurso ao princípio *ubi commoda ibi incommoda* enquanto parâmetro de alocação de responsabilidade.

Pudemos, ainda, pontuar algumas das dificuldades com que se confronta essa tarefa de imputar o controlo da máquina à pessoa. Fizemo-lo, ainda, na perspectiva da responsabilidade civil testando essa imputação pelo título de culpa – pela preterição do controlo *devido* – e, independentemente de culpa, por títulos de imputação alternativos que permitam responsabilizar pelo controlo que é atribuído pelo Direito à esfera de responsabilidade do sujeito. O enquadramento que antecede parece favorecer a conclusão de que não deve prescindir-se da conjugação de sistemas de responsabilidade a título de culpa e a títulos alternativos à culpa. Trata-se, para o Direito, de distribuir o *risco* da interferência causal da tecnologia, pelo que a questão fundamental que aqui intervém é a de definir os limites entre responsabilidade (imputação de danos) e risco geral da vida (auto-responsabilidade). O que nos deixa, ainda, a questão de saber se, no caminho da interposição da tecnologia como imperativo ético – como providência de acautelamento de perigos, como meio para redução da exposição das pessoas a riscos ou como instrumento do desagravamento dos riscos de certas tarefas – não envolverá, necessariamente, o enquadramento dos danos no campo da imputação por facto lícito (ou, tão-só, facto ilícito justificado), radicado no

[314] Veja-se, neste sentido, sobre a distribuição da responsabilidade (em função da margem de controlo) entre a pessoa que opera a tecnologia e o "service provider", Expert Group on Liability and New Technologies, *Liability* cit., p. 3 – "In situations where a service provider ensuring the necessary technical framework has a higher degree of control than the owner or user of an actual product or service equipped with AI, this should be taken into account in determining who primarily operates the technology".

sacrifício como factor legitimamente. Com efeito, na perspectiva do preenchimento de *lacunas de responsabilidade* talvez, porém, o trilho não implique a superação da culpa como título de imputação de danos e, no limite, a superação da própria responsabilidade enquanto instituto que enquadra a distribuição de perdas e, então, da álea inerente à tecnologia.

Convocando outros modelos de gestão de colectiva de riscos e incertezas, como os modelos securitários ou os modelos assistenciais, em que a partilha dos prejuízos se faz, a montante, através da contribuição dos agentes – em função de taxas de utilização, em função dos proveitos retirados da distribuição no tráfego, ou taxas mais genéricas indexadas às externalidades positivas da interposição da tecnologia na sociedade – para, por exemplo, fundos de compensação ou outros esquemas de socialização das desvantagens associadas à evolução tecnológica. Esquemas de diluição dos prejuízos genérica ou especialmente por aqueles que – de acordo com determinados índices contributivos – têm património para os cobrir. Simultaneamente, sempre que a máquina exista para uma função, também são legítimos os mecanismos de socialização das consequências da respectiva utilização – maior (mais ampla) ou menor (menos ampla) consoante as necessidades satisfeitas através da máquina. Importará, nesta dimensão, regressar à questão de determinar a quem serve a máquina/quem é servido pela máquina: eventualmente, através de um registo que promova esse cadastro de modo formal e objectivo. Que permita, associar, ainda, esquemas de seguro obrigatório.

Mas, ainda, superando a substância da ideia de responsabilidade, transformando a intervenção do Direito, para certos aspectos, segundo uma lógica de *accountability*.

II. Por via de regra a obrigação de indemnizar encontra o seu título de imputação na culpa e, neste particular, essa mesma abordagem parece adequar-se. Com efeito, o paradigma parece-nos dever ser o da promoção da *antecipação da tutela dos bens jurídicos e interesses dignos de protecção*: procurando fazer incidir a responsabilidade (desde logo) sobre o *pôr em perigo que (tendencialmente) precede a inflicção do dano*[315]. Assim, promovendo o controlo e remoção de perigos através da intensificação do cuidado e da precaução

[315] Cfr. José Francisco de Faria Costa, *O perigo em direito penal: contributo para a sua fundamentação e compreensão dogmáticas*, reimp., Coimbra, Coimbra Editora, 2000, p. 364.

devida pelos agentes à luz de critérios de risco socialmente tolerável[316]. Numa abordagem substancialmente preventiva, poderão revelar-se ajustados sistemas de regras que comandem a actuação dos (vários) agentes que, no tráfego, devam e possam assumir eficazmente a *condução* das manifestações de inteligência artificial dentro de patamares racionais de segurança, implementando, segundo um propósito de impedir eventos danosos, os reivindicados expedientes precaucionais que o tratamento dos perigos neste campo postula, ao impor – ou permitir impor – os cuidados concretamente adequados a esconjurá-los[317].

Neste particular, pudemos verificar que a regulação pode ser ponderada, *prima facie*, por via da intervenção do instituto da responsabilidade pela *criação das condições de segurança* e pela *violação da segurança devida criar e/ou respeitar*[318]. Com este quadro dogmático, a imputação de danos alimentar-se-á da esfera de riscos – e de responsabilidade por esses riscos – que se intui na delineação do programa preventivo que seja eventualmente traçado pelo legislador: desde logo, com recurso a normas específicas de comportamento, nomeadamente, de normas que possamos qualificar como *disposições legais de protecção de interesses alheios* (entre nós, para efeitos do n.º 1 do artigo 483.º do Código Civil). Parece, assim, ser recomendável a elaboração de sistemas assentes na adopção de *medidas de segurança e condições,* um conjunto funcional de deveres de precaução: o estabelecimento de normas de protecção, das quais possa o julgador extrair um adequado e eficiente programa de

[316] Uma lógica precaucionista parece particularmente relevante no campo em que nos encontramos. Cfr., Mafalda Miranda Barbosa, *Liberdade vs. Responsabilidade: A precaução como fundamento da imputação delitual?*, Almedina: Coimbra, 2006, pp. 335 e seguintes.

[317] Sobre a relação entre a responsabilidade aquiliana – que supõe o dano – e as "medidas preventivas", Jorge Ferreira Sinde Monteiro, *Rudimentos da Responsabilidade Civil*, Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, Ano II, 2005, pp. 349-390 (pp. 358 ss). Questionando as repercussões da interferência da *precaução* no seio aquiliano, Mafalda Miranda Barbosa, "A participação da dimensão de futuro na responsabilidade extracontratual", *in Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*, Coimbra, Coimbra Editora, 2012, pp. 119-132 (p. 121); José Carlos Brandão Proença, "A responsabilidade civil extracontratual nos 50 anos de vigência do Código Civil: um olhar à luz do direito contemporâneo", *in Estudos de Direito das Obrigações*, Porto, Universidade Católica Portuguesa, 2018, pp. 51-130 (pp. 98 ss).

[318] Retomando, neste ponto, o pensamento de Soares da Veiga, este campo reflecte bem que "a ultrapassagem dos limites da liberdade sempre será de fazer ver a ordem jurídica de um Estado de Direito mais do que como uma ordem de liberdade, como uma ordem de responsabilidade", cfr., Raúl Eduardo Ribeiro Soares da Veiga, *Responsabilidade civil por omissão*, Lisboa, policopiado [s.n.], 1985, p. 34.

deveres de comportamento dos agentes no tráfego das máquinas afigura-se fundamental nomeadamente nas relações de consumo[319]. Por outro lado, a mobilização, pelo legislador, de presunções de imputação objectiva (causalidade constitutiva da responsabilidade – promovendo uma distribuição do ónus de fazer prova dos pressupostos constitutivos do direito à indemnização que se ajuste ao domínio sobre os factos probandos (e sobre os meios de prova respectivos), sensíveis, segundo critérios de razoabilidade, à *dificultas probandi*

III. A responsabilidade começa, naturalmente, nos controladores da tecnologia: sejam os produtores, sejam os operadores[320]. A esfera jurídica primariamente responsável pelos *eventos danosos das máquinas* será aquela à qual se deva/possa imputar o *domínio do facto da máquina*, assentando o critério de imputação, essencialmente, no *controlo dos feixes de perigos* congenitamente associados à máquina[321]. Este critério remete-nos para os criadores, programadores, fabricantes e promotores da disponibilização das manifestações de inteligência artificial, sujeitos cuja esfera jurídica está a montante da esfera dos consumidores/utilizadores/operadores finais dos produtos e serviços que recorram a manifestações de inteligência artificial. Fazer interceder a responsabilidade neste primeiro nível – dos responsáveis pela criação e colocação no tráfego das *fontes de perigos* – permite enunciar uma ideia que poderá ser formativa do sistema de regulação que se analisa:

[319] Neste sentido, cfr. Henrique Sousa Antunes, *Inteligência Artificial* cit., p. 140; Mafalda Miranda Barbosa, *O futuro* cit., pp. 296 e seguintes. Neste sentido, com múltiplas referências, Nuno Sousa e Silva, *Direito e Robótica* cit., pp. 517 e seguintes.

[320] Neste sentido, e exactamente sugerindo uma abordagem preventiva/precaucionista pela qual é primariamente responsável, a título de culpa (pela violação de deveres de segurança no tráfego) o utilizador imediato da tecnologia (o "operador"), Expert Group on Liability and New Technologies, *Liability* cit., p. 3 – "A person using a technology that does not pose an increased risk of harm to others should still be required to abide by duties to properly select, operate, monitor and maintain the technology in use and – failing that – should be liable for breach of such duties if at fault".

[321] Invocando Gomes da Silva, atento o domínio destes agentes sobre o *mundo exterior* e os *factores externos* que determinam certos resultados (que se pretendem evitar) – *in casu*, aquela delimitada fracção do mundo exterior representada pelo espectáculo desportivo – vai a lei adstringi-los "a impedir, com a sua actividade, que esses factores originem danos, dado que, conjugados com o comportamento humano, tais factores externos constituem-se instrumentos da acção humana, tornando-se, como tais, imputáveis ao agente", cfr., Manuel Gomes da Silva, *O Dever de Prestar e o Dever de Indemnizar,* I, Lisboa, [s.n.], 1944, pp. 234 e seguintes.

o Direito da responsabilidade não pode ser insensível ao papel que a cada um destes agentes se reclama desempenhar na gestão dos riscos associados à inteligência artificial. O sistema de gestão e alocação dos perigos associados a este fenómeno não pode *desresponsabilizar* (nem facilitar ou legitimar a desresponsabilização) os sujeitos colocados na *posição* de adoptar as *medidas preventivas dos danos* que, *a montante* são as idóneas à necessária, multilateral e polifuncional precaução e antecipação dos danos aqui na mira. Assim, retome-se que são os programadores os primeiros responsáveis pela disciplina da máquina. Pelo que primariamente a estes obrigam as directivas éticas e os deveres de prevenção, valendo o princípio (ético) da transparência[322], designadamente para a implementação da obrigação de equipar máquinas mais sofisticadas com caixa negra[323] que, como acima se notou, facilitaria a reconstituição dos eventos danosos necessária ao apuramento (e prova) dos pressupostos da responsabilidade[324].

IV. Na prática estão aqui subentendidas, não só a eficiência, como ainda a racionalidade na abordagem ao *perigo* gerado pelas manifestações de inteligência artificial. Por outro lado, milita um certo sentido de desvaliosidade da desresponsabilização; desvaliosidade que decorre de razões directamente ligadas – imanentes até – ao próprio sistema imputacional e aos critérios

[322] *Proposta* cit., em Parlamento Europeu, *Relatório* cit., 12., p. 10: formulando que "deve ser sempre possível fundamentar qualquer decisão tomada com recurso a inteligência artificial que possa ter um impacto substancial sobre a vida de uma ou mais pessoas; considera que deve ser sempre possível reduzir a computação realizada por um sistema de inteligência artificial a uma forma compreensível para os seres humanos; considera que os robôs avançados deveriam ser dotados de uma «caixa negra» com dados relativos a todas as operações realizadas pela máquina, incluindo os passos da lógica que conduziu à formulação de eventuais decisões".

[323] *Proposta* cit., em Parlamento Europeu, *Relatório* cit., 12., pp. 10-11: "os robôs avançados deveriam ser dotados de uma «caixa negra» com dados relativos a todas as operações realizadas pela máquina, incluindo os passos da lógica que conduziu à formulação de eventuais decisões". No mesmo sentido, acentuando a revelância destes mecanismos para efeitos de distribuição dos encargos probatórios Expert Group on Liability and New Technologies, *Liability* cit., p. 4 – "Emerging digital technologies should come with logging features, where appropriate in the circumstances, and failure to log, or to provide reasonable access to logged data, should result in a reversal of the burden of proof in order not be to the detriment of the victim".

[324] No sentido em que as bases de dados ou registos informáticos incorporados pelos/nos autómatos podem ser considerados documento para efeitos do regime da prova documental, Paula Costa e Silva, "A contratação automatizada" cit., pp. 300-302, p. 302.

básicos de distribuição da *responsabilidade pelos perigos*[325]. Com efeito, a demissão destas entidades, às quais (mesmo não se associando o monopólio dos meios de afastamento dos perigos) se associa um intenso domínio do tráfego perigoso – desde logo, porque assumem a abertura e manutenção desse sector de tráfego – que intensifica a capacidade concreta de agir no sentido de dirimi-lo e, portanto, a exigibilidade dessa acção concretamente adequada a esconjurá-lo[326]. A potencial magnitude dos perigos coloca, pois, o parâmetro da contrariedade ao direito sobre os *grandes gestores do tráfego perigoso* e *escrutina* a medida *em que* e *em como não contribuem* (e deveriam contribuir, por contraposição) para a remoção dos perigos[327]. Em especial perante zonas do tráfego, como seja o campo das relações de consumo, marcadas por especial vulnerabilidade e discrepância[328].

V. A insuficiência da imputação pela culpa é consequência da *despersonificação* do funcionamento das máquinas[329] – ou seja, da maior abstracção do funcionamento automático das máquinas face à intervenção humana, que pode recuar e resumir-se à escolha, e pré-programação da tecnologia.

Os obstáculos à indemnização titulada pela culpa justificam o recurso à imputação de danos que daquela possa abstrair, fundando-se noutro título

[325] Invocando a reflexão impressiva de Maria Fernanda Palma, surpreendem-se *deveres jurídicos de agir* que se identificam "com uma posição social, inerente à delimitação de esferas de actividade de cada um e de risco permitido perante os bens jurídicos, do qual deriva o reconhecimento das possibilidades de controlo de perigos", *Direito Penal. Parte Geral: A teoria geral da infracção penal como teoria da decisão penal*, AAFDL, Lisboa, 2013, p. 76.

[326] Assim, Jorge de Figueiredo Dias, *Direito penal* cit., pp. 927 e seguintes, em especial p. 930. Estão em causa, neste modo de perspectivar a abordagem aos perigos os fundamentos dos deveres de garante que, como impressivamente escrevia Vaz Serra, os associam àqueles em cuja "esfera de poder" se dá "uma situação produtora de riscos que só essa pessoa pode fazer desaparecer", cfr., Adriano Paes da Silva Vaz Serra, *Obrigação de indemnização (colocação. Fontes. Conceito e Espécies de Dano. Nexo Causal. Extensão do Dever de Indemnizar. Espécies de Indemnização). Direito de Abstenção e de Remoção*, Boletim do Ministério da Justiça, n.º 84, 1959, pp. 5-305, pp. 109 e seguintes.

[327] Sobre a imanente ligação entre a perigosidade e a responsabilidade pelas omissões, Manuel Cavaleiro de Ferreira, *Direito Penal*, II, Lisboa, [s.n.], 1961, p. 22.

[328] Justifica-se, por isso, a incrementação legislativa de normas de protecção por referência às quais possam ser estabelecidos, nomeadamente pelo julgador na decisão dos casos de responsabilidade civil, dos programas de deveres de cuidado no tráfego especialmente ordenados à tutela destes lesados particularmente expostos a fragilidades, nomeadamente do ponto de vista socio-económico, sobretudo atenta a desigualdade substancial, por exemplo face aos produtores ou comercializadores profissionais.

[329] Paula Costa e Silva, "A contratação automatizada" cit., p. 303.

que confira legitimidade, nomeadamente no risco – que se crê, para estas dimensões, mais adequado. As dificuldades não apenas na formulação de um juízo de culpa dirigido ao autor do facto ilícito, como no estabelecimento da imputação objectiva, mas, ainda, na atribuição de danos ao facto como produto seu, permitem concluir que o funcionamento da responsabilidade subjectiva não se apresenta adequado. Além disso, o potencial danoso é, com efeito, insusceptível de antecipar. A este tipo de características ajusta-se a intervenção que tipicamente caracteriza os sistemas de responsabilidade objectiva, tendencialmente associados à contracção obrigatória de seguros de responsabilidade civil. Os *gaps* de responsabilidade são supridos pela intervenção de sistemas de responsabilidade objectiva. Bem como, em última instância, por esquemas de distribuição/compensação de prejuízos independentes do instituto da responsabilidade e legitimados em técnicas diferentes daquela que preside à *técnica da obrigação de indemnizar*[330] e/ou compensar.

VI. *Ubi homo ibi societas; ubi societas, ibi jus.*

O prognóstico sobre um futuro mais optimista para a evolução da inteligência artificial justifica que se pergunte, ainda, se pode o Direito, nesse estádio evolutivo – em que as máquinas são qualificáveis como *agentes*, tal que justifiquem a atribuição de um estatuto específico e de personalidade jurídica compatível com o seu substracto, graduada na medida de situações jurídicas de que podem ser titulares e exercer pessoal e livremente em função dele –, operar independentemente da participação da pessoa no tráfego, seja como substracto de um ente dotado de personalidade jurídica ou agente da sua composição orgânica, seja – nestas qualidades – como interlocutor? Será que o Direito vai além da pessoa? Passa a regular o comportamento além da pessoa e que prescinde da pessoa na sua retaguarda? Pode o Direito aplicar-se a um campo onde se prescinde do homem? Independentemente das respostas que possam ser oferecidas às questões, num cenário de imputação de danos às máquinas autonomamente, cremos, *data venia*, que há que repensar a estrutura da responsabilidade. Com efeito, o Direito da Responsabilidade ancora-se em limites cuja transposição para as máquinas perde sentido. Os pressupostos da responsabilidade civil que se ancoram na tutela da liberdade e da autodeterminação – como sejam o facto voluntário e a culpa – traduzem a protecção da dignidade da pessoa

[330] A expressão é de António Menezes Cordeiro, *Tratado*, VIII, p. 287.

humana como limite cogente da responsabilização. Estes limites são inerentes à responsabilidade dirigida às pessoas e a sua lógica não tem que ser transporta para as máquinas porquanto não está estabelecida a analogia. A aposição de limites éticos à acção serve, fundamentalmente, a promoção e a protecção da dignidade da pessoa humana.

E, como começámos por dizer na introdução a este texto, dos *entes* artificialmente inteligentes deve exigir-se, de modo teoricamente absoluto, a promoção e a protecção da dignidade da pessoa humana. Inversamente, não lhes assiste substracto ôntico que, emanando a mesma dignidade, deva ser analogamente digno de promoção e respeito. Entre pessoa e máquina há, sempre, uma hierarquização que não poderá ser eliminada ou subvertida. A máquina não é um fim em si mesma, mas, sempre, um meio. O sentido da responsabilidade veiculado pelos quadros dogmáticos vigentes – mesmo no campo da imputação pelo risco e pelo sacrifício – reflecte a protecção da pessoa humana: cuja essencial dignidade ética é vector cuja aplicação não poderá ser bilateralizada aos robots – tem o sentido único de, em relação aos robots, impor deveres de promoção e respeito. O Direito não deve perder o seu referencial, ainda que tenha que acomodar uma nova categoria de sujeitos de imputação de regras jurídicas.

Enfrenta-se aqui um problema. Que consiste na ideia do outro; do cuidado com o outro; do respeito pelo outro. Este nível de sensibilidade e de compreensão daquele a quem se imputam deveres de respeito, cuidado e segurança para com o outro. A compreensão da ética. Mas este é um problema prático da convivência entre máquinas e pessoas: incutir nas máquinas os mecanismos que as permitam funcionar sem preterição do imperativo ético, se isso for possível no futuro (adendendo aos óbices presentes que acima se assinalaram). Porém, a compreensão ética não tem que ser pressuposto de responsabilização das máquinas pelos danos que provoquem. As máquinas devem ser obrigadas a limites éticos, mas essa aplicação também não é bilateralizável: isto é, não serve, a falta de compreensão das omissões éticas, a falta de consciência de si e do outro, como causa de exclusão da responsabilidade da máquina. Às máquinas não se aplica a logica da exigibilidade, porque essa lógica se fundamenta numa medida de protecção que não se aplica às máquinas. Não é necessária a compreensão da diferença entre o bem e o mal – o cumprimento e o incumprimento do dever – ou a autodeterminação consciente pelo mal e pelo incumprimento do dever para responsabilizar a máquina. Todos estes níveis de compreensão e sensibilidade poderão, até, ser impossíveis de atingir na máquina.

A alocação da responsabilidade civil de acordo com os critérios previstos no artigo 483.º, n.º 1, serve as pessoas e não as máquinas. O mesmo se diz da excepcionalidade da responsabilidade objectiva (artigo 483.º, n.º 2): que aqui serve como argumento de maioria de razão. As máquinas, sem substracto ético, não carecem dessa protecção, nem essa protecção lhes é extensível por analogia, sob pena de inversão metodológica e de subversão do imperativo ético. A gradatividade da *personalidade* jurídica permite conceber um estatuto que não subverta a dignidade da pessoa humana e, eventualmente, possa servir de instrumento – os direitos e os deveres reconhecimentos à máquina têm que ser compatíveis com a dignidade da pessoa humana. É assim, como referimos, desde as Leis de Asimov. Uma eventualíssima protecção da dignidade das máquinas apenas se colocará como questão nos casos de *transhumanismo* – caso, em algum momento histórico, o *transhumanismo* venha a ser possível e admitido pelo Direito. Conceder-se, a benefício de argumentação, um sistema de responsabilidade das máquinas segundo quadros dogmáticos congruentes com a respectiva natureza jurídica – com a natureza jurídico do substracto a que o Direito atribui um específico estatuto de pessoa jurídica – sempre implica colocar a questão de saber se o princípio da responsabilidade como corolário da liberdade é uma metanorma do próprio Direito (da responsabilidade) que se aplica a si mesmo – ou se pode o direito da responsabilidade prescindir desta lógica cogente e funcionar como mero instituto ordenador/regulador?

VI. O trabalho que ora se dá por fechado não se dá, porém, por concluído: está *infinitamente* incompleto; e, como o seu objecto, está em constante desenvolvimento. Espera-se poder dar-lhe continuidade perante o *devir*.

Terminamos, por isso, convocando o seguinte pensamento:

> "Na escala de tempo comprimida, [...], em que toda a história da Terra é concentrada num único dia, os nossos antepassados do género *Homo* apareceram no último minuto, e toda a história da nossa espécie dos últimos 5000 anos ocorreu no último décimo de segundo. Tentar projectar o futuro da nossa espécie nos próximos 5000 anos (um décimo de segundo na escala comprimida) ou nos próximos três milhões (um minuto nessa mesma escala) é provavelmente tarefa tão impossível para nós como seria, para uma formiga, tentar perceber a civilização humana. Não temos, simplesmente, mecanismos mentais para perceber no que poderá transformar-se uma civilização tecnológica num período de 5000 anos, e muito menos no que poderá consistir uma civilização tecnoló-

gica com milhões de anos de existência. Pode de facto acontecer que tais civilizações sejam comuns na Galáxia, mas que estejam para lá da nossa compreensão e da nossa capacidade de detecção, da mesma forma que está para lá da compreensão de uma formiga apreender a complexidade da civilização humana actual."[331].

30 de Novembro de 2021

[331] Arlindo Oliveira, *Inteligência Artificial*, Fundação Francisco Manuel dos Santos: Lisboa, 2019, p. 106.

SMART CONTRACTS E *SMART ARBITRATION*: MAIOR AUTOMATIZAÇÃO, MAIOR CONFLITUALIDADE? A TENDÊNCIA PARA A INTERNALIZAÇÃO DA RESOLUÇÃO DE LITÍGIOS NA *BLOCKCHAIN*

Ana Perestrelo de Oliveira*

Sumário: *1. Smart contracts como universo em evolução: os desafios dos smart contract híbridos e o recurso a redes descentralizadas de oráculos; 2. Smart arbitration: o papel da blockchain na resolução de litígios e a internalização da resolução de litígios pela blockchain.*

1. *Smart contracts* como universo em evolução: os desafios dos *smart contract* híbridos e o recurso a redes descentralizadas de oráculos

Fazemos, neste breve texto, um périplo pelo tema dos *smart contracts,* impondo-se, em primeiro lugar, uma justificação terminológica: os *smart*[1] *contracts* não são contratos *inteligentes,* pelo que não utilizamos a tradução portuguesa, que arrisca ser ainda mais enganadora do que a expressão inglesa correspondente[2]. A (suposta) inteligência dos *smart contracts* está, sim-

* Professora Associada com agregação da Faculdade de Direito de Lisboa e investigadora do Centro de Investigação de Direito Privado.

[1] Sobre o tema, cf., com maior desenvolvimento, o que escrevemos em *Smart contracts: risco e codificação da desvinculação ou modificação negocial*, Coimbra, 2023.

[2] A tradução "contratos inteligentes" é utilizada, pelo menos, na Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho relativo a um regime-piloto para as infraestruturas

plesmente, como se sabe, na automatização dos atos jurídicos que têm em vista, que podem nem corresponder a contratos, enquanto negócios jurídicos. Ou seja, falar em *smart contracts* como "contratos inteligentes" agrava o caráter traiçoeiro que já se costuma apontar à designação inglesa. Mesmo aí, recorde-se as sempre repetidas palavras de Vitalik Buterin, fundador da plataforma de *blockchain* pública Ethereum, sobre os efeitos da expressão *smart contracts: "To be clear, at this point I quite regret adopting the term "smart contracts". I should have called them something more boring and technical, perhaps something like "persistent scripts"*[3]. A tradução portuguesa "contratos inteligentes", por seu lado, agrava a indevida mas inevitável associação a *contratos* dotados de *inteligência* (artificial). Não sendo os *smart contracts* necessariamente contratos e muito menos sendo inteligentes, mantemos o original inglês, *smart contracts,* que se generalizou e que já tem um significado consensual associado. Na verdade, o que a *blockchain* fez foi tornar possível a codificação de situações e regras acordadas pelas diversas partes negociais. Os *smart contracts* executam automaticamente as tarefas pré-programadas quando determinadas condições se encontram verificadas. Não são contratos autónomos ou inteligentes, ainda que o tema seja objeto de especulação: o *self-driving contract*[4] está, porém, bem longe de ser uma realidade.

de mercado baseadas na tecnologia de registo distribuído, de 24-set.-2020 [COM(2020) 594 final]. Da mesma maneira, é usada, em termos europeus, a tradução portuguesa de *blockchain*, que é referida como "tecnologia de cadeias de blocos". Cf., por último, a Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho relativo aos mercados de criptoativos e que altera a Diretiva (UE) 2019/1937 [COM(2020) 593 final]. Mantemos o original inglês, por ser mais usual e ter um significado imediatamente associado, mas não existe obstáculo à tradução portuguesa "tecnologia de cadeia de blocos", fiel ao seu sentido. Diferentemente sucede no caso do *smart contract*. Melhor esteve o legislador italiano quando optou por utilizar a expressão inglesa "*smart contract"* no Decreto-legge de 14-dez.-2018, n. 135, coordenado com a lei de conversão de 11-fev.-2019, n. 2. O n.º 2 do artigo 8-ter deste diploma estabelece: "um 'smart contract' é definido como um programa de computador que opera em tecnologias de registo distribuído e cuja execução vincula automaticamente duas ou mais partes na base dos efeitos predefinidos por estas".

[3] https://twitter.com/VitalikButerin/status/1051160932699770882. Recorde-se que o termo *smart contract* foi cunhado pelo advogado e especialista em criptografia americano Nick Szabo, em meados dos anos 90 do século XX, referindo-se ao *smart contract* como "protocolo de transação computadorizado que executa os termos de um contrato". Na altura faltava ainda a infraestrutura necessária para a sua implementação (a *blockchain*). Cf. Kevin Werbach/Nicolas Cornell, *Contracts* ex machina, Duke Law Journal vol. 67 (2017), 314-382 (330).

[4] Anthony J. Casey/Anthony Niblett, *Self-driving contracts*, Journal of Corporation Law 43, n.º 1 (2017), 101-132, disponível em https://ssrn.com/abstract=2927459.

Em segundo lugar, a habitual associação entre os *smart contracts* (quando se configurem como contratos) celebrados e/ou executados com recurso à *blockchain* e a tradicional contratação através de máquinas de venda automática não é hoje útil nem fiel à multiplicidade dos problemas jurídicos levantados pelas características próprias da *blockchain*[5]. Quando muito, permite resolver algumas das questões relacionados com a formação da vontade mas as semelhanças terminam aí[6]. Os *smart contracts* atuais são capazes de executar qualquer algoritmo, desde o mais simples até às operações mais complexas, tendo em conta a natureza "Touring-completa" das linguagens de programação disponíveis, em especial a *Solidity,* que permite escrever qualquer contrato na *Ethereum*. Sem a *blockchain,* nenhuma das utilizações atuais seria possível, incluindo as teorizadas por Nick Szabo nos anos 90 do século passado: à época da sua conceção, os *smart contracts* eram pouco mais do que uma ideia nova mas impraticável[7], justificando-se que Szabo convocasse as máquinas de *vending* como seus antepassados. Atualmente, a contratação da *blockchain* torna as semelhanças tão limitadas que a figura nenhum contributo útil traz.

Recorde-se que a *blockchain* se configura como a arquitetura de uma base de dados que permite o registo e a partilha de registos numa base dis-

[5] Sobre os novos problemas jurídicos trazidos pela contratação na *blockchain*, cf., entre nós, Hugo Ramos Alves, Smart contracts: *entre tradição e inovação,* em *Fintech. Novos estudos sobre tecnologia financeira,* Coimbra, 2017, 181-216; Ana Taveira da Fonseca, *Smart contracts,* em *Catolica Talks. Direito e tecnologia,* Lisboa, 2021, 151-164 (156 ss.).

[6] Em qualquer caso, a contratação eletrónica tem enquadramento normativo expresso no Decreto-Lei n.º 7/2004, de 7 de janeiro (Lei da Contratação Eletrónica), que esclarece a liberdade de contratação por forma eletrónica (artigo 25.º), a qual satisfaz inclusive eventuais exigências de forma escrita (artigos 26.º). O artigo 33.º regula, inclusive, especificamente a contratação sem intervenção humana, esclarecendo a aplicação do regime comum, salvo quando este pressupuser uma atuação. O n.º 2 especifica que são aplicáveis as disposições sobre erro: a) na formação da vontade, se houver erro de programação; b) na declaração, se houver defeito de funcionamento da máquina; c) na transmissão, se a mensagem chegar deformada ao seu destino. Nos termos do n.º 3, a outra parte não pode opor-se à impugnação por erro sempre que lhe fosse exigível que dele se apercebesse, nomeadamente pelo uso de dispositivos de deteção de erros de introdução. Naturalmente que se exige a possibilidade de desfazer as operações sob pena de preterição do regime jurídico aplicável [cf., entre nós, *v.g.* Diogo Pereira Duarte, "*Smart contracts" e intermediação financeira,* em *Fintech* cit., 171-180 (178)], o que poderá ser feito, em especial, através da introdução de transações inversas (*reverse transactions*), não obstante a imutabilidade da *blockchain*.

[7] Jack Gilerest/Arthur Carvalho, *Smart Contracts: Legal considerations* (2018), 3277-3281, 10.1109/BigData.2018.8622584.

tribuída e descentralizada. Em vez de um servidor central onde todos os dados são registados, estes ficam gravados em todos os computadores ou nós e têm de estar em conformidade uns com os outros. A *blockchain* é, assim, uma rede *peer-to-peer*, o que significa que os computadores intervenientes no sistema são pares uns dos outros, sem que exista hierarquia dentro da rede, e funcionando o consenso maioritário[8]. Esta descentralização é, de resto, um princípio essencial da arquitetura do sistema[9].

Os dados na *blockchain* vão sendo agrupados em blocos, registados nos diversos computadores ou nós, até atingirem uma dimensão determinada a partir da qual são ligados aos registos já existentes, através de um processo de *hashing* que é levado a cabo pelos mineiros[10]. Ou seja, são estes que agregam as transações e ligam uns blocos aos outros com base num protocolo de consenso predeterminado. Esses dados são tendencialmente imutáveis. Claro que imutabilidade rigorosamente não existe (como já houve casos que o demonstraram[11]) mas existe uma grande dificuldade em alterar

[8] Os mineiros votam com a sua capacidade computacional: quanto mais poder computacional maior a capacidade de voto.

[9] Naturalmente que, apesar das vantagens, tem igualmente inconvenientes, entre os quais se contam a necessidade de distribuir a informação necessária pelos participantes no sistema, com inerentes dificuldades ao nível da privacidade [cf. *v.g.* Lin William Cong/Zhiguo He, *Blockchain disruption and smart contracts,* The Review of Financial Studies, vol. 32, n.º 5 (2019), 1754-1797 (1762), disponível em https://ssrn.com/abstract=2985764]. Daí que surjam soluções que procurem manter a privacidade dos dados como é o caso do protocolo *Enigma* que permite os chamados *secret smart contracts*. Estes caracterizam-se por os nós na *blockchain* serem capazes de computar dados sem os conseguir efetivamente ver: a rede *peer-to-peer* permite às diversas partes guardar conjuntamente dados mas mantém-nos completamente privados (ou seja, permite-se a existência de "dados secretos partilhados: *secret-shared data*). O projeto tem origem em investigadores do MIT e a promessa é a de permitir aos utilizadores manter controlo sobre os seus dados pessoais e assegurar a credibilidade à contraparte sem ter de efetivamente fornecer os dados. A diferença essencial em relação à Ethereum ou outra plataforma é que os dados em si são confidenciais. É neste contexto que surgem as *Zero-Knowledge (ZK) Proofs*, que têm gerado grande entusiasmo nos círculos financeiros por permitirem a um "*prover*" assegurar a um "*verifier*" que tem conhecimento de determinado facto secreto sem revelar o segredo em si mesmo.

[10] Os mineiros agregam as transações e produzem os blocos que são adicionados à *blockchain*, se satisfizer a condição criptográfica *proof-of-work*.

[11] O mais emblemático foi o conhecido caso The DAO ocorrido em junho de 2016. Foi encontrada uma brecha na codificação do *smart contract* designado "The DAO", no qual tinham sido investidos quase US $ 250 milhões. O hacker conseguiu desviar 3.6 milhões de Ether, cerca de um terço do total de ether do projeto DAO. A partir daqui, menos de um mês depois, o software Ethereum foi atualizado para impedir que o *hacker* retirasse a

os dados, desde logo porque a modificação (no fundo, a substituição de um bloco por um novo bloco) implica o consenso de uma maioria dos nós que validam as transações, suscitando as *reverse transactions* dificuldades muito particulares. Se não houver um número suficiente de participantes a aceitar a mudança quebra-se o algoritmo que mantém os blocos juntos e o sistema rejeita a alteração. Essa é a chave do sucesso da *blockchain:* o facto de uma vez introduzidos os dados se tornarem na prática inalteráveis. Todos estes registos são públicos ainda que se recorra à encriptação. Cada transação é publicada e ligada a uma chave pública que representa um utilizador: a chave é encriptada de tal maneira que não é possível identificar imediatamente esse utilizador (i.e. de forma direta) mas é possível a partir desta chave pública procurar obter informação que permita a identificação do sujeito em causa. Como já se tem dito, na sua configuração original, esta tecnologia é uma "máquina de transparência": os computadores estão distribuídos e ninguém controla a rede, qualquer um pode validar a transação e ter acesso à rede; todos os dados das transações são públicos. Este esquema é naturalmente alterado – segundo muitos, subvertido – nos casos das *blockchains* privadas (*permissioned blockchain,* por oposição à *permissionless blockchain)*, em que o acesso não é público[12]. Estas *blockchains* privadas mantêm as características essenciais da *blockchain,* i.e., os nós partilham os mesmos dados e mantém-se a imutabilidade, mas o acesso tem de ser permitido a cada nó[13], o que implica evidentemente um *tradeoff* em termos de transparência[14].

criptomoeda "conquistada". A mudança foi aceite pela maioria. Uma minoria discordou da mudança e continuou com a *blockchain* segundo as regras originais (ficou designada "Ethereum Classic"). Ou seja, houve uma bifurcação. De qualquer maneira, a Ethereum permaneceu ainda que adulterada e vale cerca de 10 vezes mais que a sua versão pura.

[12] As principais *blockchains* privadas são a Hyperledger, a Quorum (baseada na Ethereum (Mais concretamente, trata-se de um *fork* da *go-ethereum*), a MultiChain e a R3 Corda.

[13] Julien Polge/Jérémy Robert/Yves Le Traon, *Permissioned blockchain frameworks in the industry: A comparison,* ICT Express, vol. 7, Issue 2, 2021, 229-233, disponível em https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S2405959520301909.

[14] Não se confunde a necessidade de autorização de acesso à rede – já de si problemática à luz do conceito e sobretudo da filosofia original da *blockchain* – com as soluções que substituem um registo distribuído por um registo partilhado, tendo em vista, em especial, a tentativa de preservar a privacidade, especialmente importante em determinadas áreas. Já noutro contexto (cf. Ana Perestrelo de Oliveira, *Blockchain* no mercado de capitais, em *Catolica talks* cit., 9-20) apontámos que, no caso do mercado de capitais, por exemplo, as preocupações com o acesso à informação têm levado diversos fornecedores de tecnologia *blockchain* a implementar um modelo de registo "partilhado" mais do que um modelo de registo "distribuído", em que os nós que participam no sistema apenas têm o registo das transações

Em qualquer das suas modalidades, a *blockchain* propicia as condições para o desenvolvimento de transações digitais baseadas em mecanismos criptográficos descentralizados que asseguram uma execução automática[15]. Por isso já se disse que a *blockchain* é o *habitat natural* dos *smart contracts*[16]. Ainda que não incorreta, a comparação com formas supostamente tradicionais de *smart contracts* é, na melhor das hipóteses, limitadamente frutífera, tendo em conta o amplo universo problemático em jogo.

Em terceiro lugar, não é de mais recordar o caráter não unitário do conceito de *smart contracts*. Os *smart contracts* (em sentido amplo) permitem gerir, monitorizar e documentar quaisquer ações juridicamente relevantes, tendo em comum praticamente apenas a utilização da *blockchain* para registo e gestão automatizada de factos ou atos jurídicos, podendo estes existir apenas na *blockchain* ou corresponderem a representações *on chain* de ativos existentes no mundo real[17]. Os *smart contracts* servem de base aos

em que são contrapartes fazendo *upload* para um registo central que mantém o registo de todas as transações (uma espécie de cópia dourada): em vez de encontrarmos um registo distribuído encontramos apenas um registo semi-distribuído. Mas isto é problemático em si mesmo, se pensarmos que a integridade é atualmente assegurada pela partilha da informação pela multiplicidade de nós, pelo que se cada nó tiver dados diferentes, tem de existir outra solução. Por outro lado, aponta-se que, ao contrário do que acontece na bitcoin em que as transações têm de ser agrupadas em blocos por razões económicas (para baixar os custos da validação de cada transação individual), no mercado de capitais a agregação das transações não é tão importante, pelo que a maior parte das iniciativas terá mais que ver com uma cadeia de transações do que com uma cadeia de blocos (ou *block-chain*). Portanto, a necessidade de adaptação ao mercado de capitais levou a *blockchain* a evoluir para uma *chain without blocks,* uma cadeia sem blocos, que opera num ambiente autorizado sem os normais processos de mineração como por exemplo o "*proof of work"* (que é típico da bitcoin). Temos uma *blockchain* em que não há blocos e há uma entidade central... Ou seja, o que se aponta é que as iniciativas que estão a ser implementadas têm muito limitadas semelhanças com a *blockchain* original. Há muitas expetativas e muitas dúvidas sobre a evolução que terá a aplicação desta tecnologia no mercado de capitais e na verdade já se tem dito que "nos mercados de capitais, quanto mais longe se esteja no ADN original da blockchain mais provável é ser-se bem-sucedido".

[15] Werbach /Cornell, *Contracts* ex machina, cit., 313 ss.

[16] Hugo Ramos Alves, *Smart contracts* cit., 198.

[17] Distinguindo diversas categorias de *smart contracts* em função dos tipos de dados enviados, que incluem, *v.g.,* dados sem impacto jurídico, dados que incluem conteúdos juridicamente protegido (como propriedade intelectual), dados que representam formas virtuais de propriedade, ativos e ainda os *smart contracts* que incluem dados correspondentes a contratos que dão origem a direitos e obrigações, cf., *v.g.,* Gabriel Jaccard, *Smart contracts and the role of law,* Jusletter It 2017, 13 ss. disponível em https://jusletter-it.weblaw.ch, seguido por

mais diversos registos, às criptomoedas, permitem os ICO (*Initial Coin Oferings* ou ofertas pública de moedas ou "ofertas iniciais de moedas")[18] e, em geral, a *tokenização* de quaisquer ativos[19]. São, por outro lado, a base dos DAO (*Decentralized Autonomous Organizations* – organizações autónomas descentralizadas)[20], vistos como redes de *smart contracts,* de que representam a sua mais sofisticada forma. As DAO são novas formas de organização de pessoas que têm em vista um fim comum (similares, portanto, às sociedades) mas que operam exclusivamente por via de *smart contracts* (*nexus of contracts*[21]), sendo a respetiva vontade determinada pelos votos dos membros emitidos na *blockchain* e executada de forma automática e sem necessidade de um órgão de administração. Muitas das potencialidades aplicativas dos *smart contracts* estão ainda por explorar[22].

Last but not least, os *smart contracts* podem constituir ou executar contratos (em sentido técnico-jurídico), i.e., dar origem ou executar automaticamente um programa de direitos e obrigações vinculativo para as partes.

Blaise Carron/Valentin Botteron, *How smart can a contract be?,* em Daniel Kraus/Thierry Obrist/Olivier Hari (org.), *Blockchains, smart contracts, decentralized autonomous organisations and the Law,* Chelterham-Massachusetts, 2019, 101-243 (106 ss.).

[18] Cf., *v.g.,* no ordenamento jurídico português, *v.g.,* António Garcia Rolo, *As criptomoedas como meio de financiamento e a qualificação dos token de investimento emitidos em oferta pública de moeda (ICO) como valores mobiliários,* em *Fintech* cit., 249-298; João Vieira dos Santos, *Desafios jurídicos e regulatórios das* Initial Coin Offerings, em *Fintech* cit., 299-325.

[19] Ou "conversão dos ativos financeiros tradicionais em criptofichas", na tradução portuguesa constante, *v.g.,* da referida Proposta de Regulamento relativo a um regime-piloto para as infraestruturas de mercado baseadas na tecnologia de registo distribuído.

[20] Entre nós, cf. António Garcia Rolo, *Challenges in the legal qualification of Decentralised Autonomous Organisations (DAOs): the rise of the crypto-partnership?,* Revista de Direito e Tecnologia, vol. 1 (2019), n.º 1, 33-87. Sobre a sua qualificação à luz do direito societário e civil à luz do ordenamento alemão mas com interesse também à luz do direito português, cf., com mais referências, Georg Langheld/Christian Haagen, *Decentralized Autonomous Organizations – verbandsrechtliche Einordnung und Gestaltungsmöglichkeiten,* NZG 2021, 724-729 (728 e 729). As DAO serão a mais avançada e mais complexa forma de *smart contract* mas encontram-se ainda numa fase inicial de desenvolvimento, tendo em vista maior certeza jurídica. Cf. Voshmgir, *Kapitel 2 Smart Contracts, Blockchains und automatisch ausführbare Protokolle*, em Braegelmann/Kaulartz, *Rechtshandbuch Smart Contracts,* München, 2019, Rn. 41.

[21] Cf., *v.g.,* Kevin Werbach, *The blockchain and the new architecture of trust,* Cambridge MA, 2018, 110.

[22] Algumas das áreas em que estes já estão a ser aplicados incluem a internet das coisas, os direitos de autor, o comércio eletrónico (com o desaparecimento de uma TTP – *Thrusted third parties*), os seguros, os mercados de capitais, por exemplo. Entre nós, cf. Hugo Ramos Alves, *Smart contracts* cit., 199 e 200.

Trata-se dos designados *smart legal contracts*. Ultrapassados os problemas da qualificação como verdadeiros contratos[23], interessa especialmente, pelo impacto jurídico, a distinção entre os *smart contracts* puros (*code only*) – i.e., que se desenvolvem totalmente na *blockchain* sem necessidade ou possibilidade de contacto com o mundo *offchain* – e os *smart contracts* híbridos, que incluem "oráculos" que fazem a ligação com o mundo exterior. Os oráculos podem ser pessoas (*v.g.,* o transportador que assinala a entrega de uma mercadoria, um perito que decide uma matéria controvertida ou mesmo um árbitro que decide litígios entre as partes) ou programas que transmitem informação e permitem a reação a eventos exteriores à *blockchain*[24] (*v.g.,* ligações a redes externas que fornecem informações como taxas de juro de referência ou a sensores colocados em coisas, como é próprio da Internet das Coisas)[25]. A existência destas interfaces e os riscos inerentes à redução ou exclusão do automatismo de funcionamento e, mais do que isso, à perda da natureza puramente descentralizada, em virtude da concentração das informações a receber do exterior num único oráculo, estão na raiz dos desenvolvimentos que têm existido, no sentido da criação de oráculos que replicam as condições da *blockchain*.

Uma das grandes mais valias da contratação na *blockchain* é a automatização e autoexecutoriedade das relações jurídicas com a suposta desnecessidade de intervenção de intermediários – e quiçá do ordenamento jurídico –, que aliás fundamentou a popularização da máxima *code is law* de Lawrence Lessig[26]. Porém, é generalizadamente reconhecido que, para os *smart contracts* realizarem a plenitude do seu potencial, carecem de ter uma arquitetura bipartida, com uma parte *on chain* (em que se recorre ao *smart contract* propriamente dito) e uma parte *off chain*. Os *smart contracts code-only* conhecem utilizações muito limitadas. Por seu lado, qualquer *smart contract*

[23] Cf., por todos, Florian Möslein, *Smart Contracts im Zivil- und Handelsrecht*, ZHR 183 (2019), 254-291, que os considera (meramente) equivalentes funcionais do contrato. Sobre a relação entre o contrato em linguagem natural e a programação na *blockchain,* cf., também por todos, a consulta pública lançada em Inglaterra com vista à eventual regulação da matéria (Law Comission. Reforming the Law, *Smart contracts. Call for evidence,* dez.-2020, disponível em https://www.lawcom.gov.uk/project/smart-contracts).

[24] Cf., por todos, De Filippi/Wright, *Blockchain* cit., 75.

[25] Sobre as possíveis configurações e riscos ligados à existência de oráculos, cf., entre nós, Pedro Ferreira Malaquias/Luís Alves Dias, *Smart contracts: alguns contributos teóricos e práticos,* Actualidad Jurídica Uría Menéndez, 52-62 (59 ss.).

[26] *Code is Law: On Liberty in Cyberspace, Harvard Magazine,* Jan.fev. 2000, disponível em https://harvardmagazine.com/2000/01/code-is-law-html.

que necessite de se relacionar com o mundo exterior – *o smart contract* híbrido – confronta-se com o chamado "problema do oráculo". Se é certo que se diz que os oráculos permitiriam reagir em tempo real às circunstâncias exteriores mutáveis, não só essa adaptação fica dependente da prévia programação, que é naturalmente incapaz de abarcar toda e qualquer contingência, como não oferece um mecanismo confiável e seguro de fornecimento à *blockchain* de informação em tempo real: a maior parte dos oráculos assenta em serviços centralizados ou de fonte única, com as inerentes vulnerabilidades[27] (que a *blockchain* precisamente tem em vista evitar). Surgem, por isso, tentativas de replicar *off chain* as condições próprias da *blockchain*, nomeadamente a sua descentralização. A principal evolução atual em matéria de *smart contracts* é provavelmente a que respeita ao recurso a redes descentralizadas de oráculos, as chamadas DON (*Decentralized Oracle Network*)[28].

Bem se vê, portanto, que os oráculos podem revestir formas diversas, desde limitarem-se a transmitir informações de um ambiente para outro ambiente (caso da *blockchain*), até ao ponto de envolverem a validação de determinados fatores essenciais para a execução do negócio em termos de (pretendida) "verdade final". Os DON teriam mesmo a capacidade de assegurar um "mundo criptograficamente garantido"[29], substituindo as auditorias tradicionais desenvolvidas através de um processo baseado em pessoas (*people-guaranteed*).

A indústria das finanças descentralizadas (*Decentralized Finance* – DeFi) representa o primeiro domínio de adoção em larga escala de *smart contracts* híbridos com o recurso a DON, combinando, pois, o funcionamento da *blockchain* com o acesso a sistemas externos que se pretendem igualmente seguros e confiáveis. Nestes sistemas, os produtos e serviços financeiros estão acessíveis a todos na *blockchain* sem que haja qualquer entidade centralizada, e os utilizadores interagem com o ecossistema da *blockchain* através de aplicações descentralizadas (DApps) *peer-to-peer*. Uma vez que os protocolos de DeFi implicam recursos *off chain*, a existência de terceiros

[27] Amy Schmitz/Colin Rule, *Online dispute resolution for smart contracts,* Journal of Dispute Resolution (2019), n.º 2, 103-126 (114).

[28] Sobre as características exigidas dos DON, cf. Lorenz Breidenbach/Christian Cachin *et alli, Chainlink 2.0: Next steps in the evolution of Decentralized Oracle Networks,* abril 2021, disponível em https://research.chain.link/whitepaper-v2.pdf.

[29] Sergey Nazarov, *How DONs facilitate the "Colossal Shift" to a cryptographically guaranteed world* (2021), disponível em https://chainlinktoday.com/how-dons-facilitate-the-colossal-shift-to-a-cryptographically-guaranteed-world/

que alimentam a *blockchain* com dados *off chain* – representando um papel crítico mas largamente inexplorado[30] –, é uma área privilegiada para o aperfeiçoamento dos oráculos[31].

Finalmente, e aqui chegados, interessa sublinhar que os desafios colocados pelos *smart contracts* não são iguais nas relações entre empresas (B2B) e nas relações com consumidores (B2C). A problemática jurídica suscitada é, na verdade, muito diferente. As razões de tutela dos consumidores assumem especificidades, como é sabido, decorrentes de o consumidor surgir como "parte fraca, leiga, profana, a parte débil economicamente ou menos preparada tecnicamente de uma relação de consumo firmada com um contraente profissional" [32]. Reconhece-se nesse caso uma mais profunda necessidade de intervenção do ordenamento jurídico[33], pois faltam "condições reais de defesa autónoma" de cada uma das partes[34]. A falta de transparência e a desigualdade das posições negociais causam a falha do mecanismo contratual e, portanto, a inidoneidade do funcionamento da liberdade de contratar. Atuam aí mecanismos próprios de tutela: o seu funcionamento perante a contratação na *blockchain* tem de ser assegurado.

Em teoria, os *smart contracts* poderiam favorecer uma melhor tutela dos direitos dos consumidores. O muito publicitado caso da automatização do pagamento aos passageiros de um voo atrasado das compensações devidas é

[30] Bowen Liu/Pawel Szalachowski/Jianying Zhou, *A First look into DeFi oracles*, jun.-2021, disponível em https://www.researchgate.net/publication/341311053_A_First_Look_into_DeFi_Oracles.

[31] A *Chainlink* é um exemplo de uma rede de oráculos descentralizada e independente que agrega e processa dados *off chain* e os fornece aos *smart contracts*. Um exemplo de plataforma de DeFi que funciona em termos integrados com a ChainLink é a AmpleForth.

[32] Menezes Leitão, *Direito do consumo: autonomização e configuração dogmática,* em Menezes Leitão (org.), *Estudos do Instituto de Direito do Consumo,* vol. I, Coimbra, 2002, 11-30. Sobre a tutela do consumidor e o lugar do direito do consumo, cf., por todos, Menezes Cordeiro, *Tratado de direito civil,* vol. I, 4.ª ed, Coimbra, 2012, 316 ss.; Engrácia Antunes, *Direito do consumo,* Coimbra, 2019, 28 ss.

[33] A existência de relações desequilibradas faz abandonar a proteção absoluta da liberdade contratual em favor da tutela da parte mais fraca, propiciando-lhe um uso efetivo da sua liberdade contratual, evitando que tenha substancialmente de renunciar a ela aceitando condições contratuais ditadas em consequência da maior força económica da outra parte [cf. Guilherme Dray, *Breves notas sobre o ideal de justiça contratual e a tutela do contraente mais débil* em *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles,* vol. 1, Coimbra, 2002, 75-105 (79)].

[34] Sousa Ribeiro, *O problema do contrato. As cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual*, Coimbra, 1999, 83.

um exemplo interessante. Na prática, são diversos os vetores em risco, com especial destaque para os problemas ligados aos direitos de informação e ao direito de resolução[35].

Nas relações entre empresas, em princípio, são dispensadas intervenções *jure imperii,* valendo de forma tendencialmente plena "a composição espontânea ou paritária de interesses, e, dessa maneira [o] poder de auto-determinação do indivíduo"[36]. A contratação através de *smart contracts* – quer em transações individuais *ad hoc* quer em novos mercados B2B descentralizados e "desintermediados" (*e-marketplaces* de terceira geração) – tem condições para ocupar lugar de relevo no comércio entre empresas, trazendo segurança jurídica. As suas vantagens vão muito para além dos e-*marketplaces* tradicionais, em que um intermediário assume um papel fundamental, com os inerentes custos, e em que se mantém a dependência dos pagamentos interbancários. A ausência de um *market maker* que controla a infraestrutura e cujos interesses potencialmente não estão alinhados com os das partes (ou de uma delas) e a sua substituição pela transação na *blockchain*, com as características únicas que traz às transações, como veremos, permite uma transformação no universo da negociação B2B. Assim, além das transações *ad hoc,* surge uma nova geração de mercados B2B que tira partido das vantagens da *blockchain*. À estabilidade na execução vem, contudo, ligada a rigidez e insuscetibilidade de adaptação dos contratos, e com ela um universo de problemas jurídicos relevantes. Estes não são, porém, assimiláveis aos desafios próprios dos *smart contracts* na negociação B2C, o que não é estranho no contexto do nosso ordenamento jurídico[37].

2. *Smart arbitration*: o papel da *blockchain* na resolução de litígios e a internalização da resolução de litígios pela *blockchain*

A contratação automatizada através de *smart contracts* e as tentativas de dispensa do recurso ao sistema judiciário fundamentam uma mudança de paradigma na resolução de litígios, que acompanha o fenómeno de "pri-

[35] Para uma visão sistemática destes problemas, cf. Spindler/Wöbbeking, *Kapitel 11 Smart Contracts und Verbraucherschutz*, em Braegelmann/Kaulartz (org.), *Rechtshandbuch Smart Contracts* cit., Rn. 1 ss.

[36] Orlando de Carvalho, *Teoria Geral do Direito Civil,* 3.ª ed., Coimbra, 2012, 16 e 17.

[37] Cf. em geral Ana Perestrelo de Oliveira, *Desvinculação programada do contrato,* Coimbra, 2021, 18 ss.

vatização do direito"[38]. Uma vez que a evolução dos *smart contracts* e o seu impacto sobre o mundo exterior (e vice versa) fazem com que o seu automatismo se vá esbatendo[39], surgem tentativas de internalização da resolução de litígios na *blockchain,* com vista a restaurar (na medida possível) o automatismo perdido.

A capacidade dos tribunais estaduais e arbitrais para lidar com os problemas dos *smart contracts* na *blockchain* é inquestionavelmente limitada[40], explicando a tendência para o desenvolvimento de meios de resolução de litígios autónomos, que se espera virem a ter papel de relevo no futuro, tanto mais que o sucesso e generalização dos *smart contracts* nas transações comerciais dependerá, em boa medida, da confiança na resolução de litígios, que se vêm a revelar inevitáveis, não obstante as crenças iniciais. Ainda que as instituições tradicionais continuem a desempenhar um papel relevante – *code is not law* –, procura-se reduzir as hipóteses em que o recurso à justiça estadual e arbitral é necessário. Reclama-se, pois, meios de resolução de litígios que representam uma alternativa às tradicionais técnicas, incluindo os meios já de si *alternativos* de resolução de litígios, com um novo nível de problemas associado, potencialmente agravado em função do direito aplicável[41].

Mais concretamente, pode ser utilizado um oráculo para importar para o *smart contract* uma decisão decorrente do funcionamento de um sistema privado de resolução de litígios ou arbitragem privada, frequentemente designado *judge-as-a-service* ou *arbitration as a service*[42] e pode estabelecer-se um poder direto de os árbitros atuarem sobre os *smart contracts,* através da atribuição aos mesmos de chaves privadas.

[38] Stephan Wernicke/Friedrich-Joachim Mehmel, *Privatisierung des Rechts als Folge der Digitalisierung der Wirtschaft,* ZEuP 2020, 1-10 (5 ss.).

[39] Marc Clément, *Smart contracts and the courts,* em Larry A. DiMatteo/Michel Cannarsa/Cristina Poncibò (org.), *Cambridge handbook of smart contracts, blockchain technology and digital platforms,* Cambridge, 2019, 271-287 (286).

[40] Bronwyn E. Howell/Petrus H. Potgieter, *Uncertainty and dispute resolution for blockchain and smart contract institutions*, Journal of Institutional Economics (2021), 17(4), 545-559, doi: 10.1017/S1744137421000138.

[41] Cf., sobre o tópico, cf. Luís de Lima Pinheiro, *Smart contracts e direito aplicável,* em Anna Carolina Pinho, *Discussões sobre direito na era digital,* Rio de Janeiro, 2021, 503-527; Rühl, *Kapitel 12 Smart Contracts und anwendbares Recht,* em Braegelmann/Kaulartz, *Rechtshandbuch Smart Contracts* cit., Rn. 1 ss. (Rn. 42).

[42] Primavera De Fillipi/Aaron Wright, *Blockchain and the law. The rule of Code*, Cambridge MA, London, 2018, 75.

O impacto da digitalização na área da resolução dos litígios já se faz amplamente sentir com as suas marcas terminológicas, surgindo, ao lado das técnicas de resolução alternativa de litígios (ADR – *Alternative Dispute Regulation*), o conceito de *Online Dispute Resolution* (ODR) [43]. Já em 2013 foi aprovado o Regulamento (UE) 524/2013, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 2-mai.- 2013 sobre resolução online de litígios com consumidores. Os problemas da criação de sistemas ODR na *blockchain* são, contudo, mais complexos.

Como escrevem Wagner/Eidenmüller[44], "surge uma nova área de 'resolução de litígios por contrato' ou 'resolução de litígios' sem um terceiro neutro' [conciliador, mediador, árbitro]. Cada vez mais, e com a ajuda de tecnologias sofisticadas, as partes elaborarão contratos que são "completos" e "auto-executáveis" ou que podem ser executados digitalmente. Tal leva ao extremo a ideia de uma "privatização da resolução de litígios". As partes não farão apenas em termos privados o que antes envolvia a participação d[o] [...] juiz. As partes também dispensarão o envolvimento de um "estranho" neutro (conciliador, mediador, árbitro) no processo de resolução de litígios. Eles serão, cada vez mais, capazes de "fazer por si próprios". Os benefícios são imensos mas os desafios também[45].

Se estamos definitivamente longe do recurso a árbitros-robots ou da utilização da inteligência artificial – para já reservada ao papel de auxiliar da tomada de decisões[46] , a promoção de técnicas de resolução de litígios que tiram partido da *blockchain* está em curso, ficando apenas por clarificar quais os modelos que serão mais bem-sucedidos no futuro[47] e qual o seu enquadramento legal e regulatório à luz dos diversos ordenamentos jurídicos.

[43] Gerhard Wagner/Horst Eidenmüller, *Digital Dispute Resolution*, (jun.-2021), p. 3, disponível em https://ssrn.com/abstract=3871612.

[44] *Digital Dispute Resolution* cit., 43.

[45] Entre nós, cf. Joana Ribeiro de Faria, *O regime jurídico da formação e do (in)cumprimentos dos "contratos inteligentes" (os* smart contracts), RDC V (2020), 3-4, 723-764 (762 ss.).

[46] Cf. Markus Kaulartz, *Smart Contract Dispute Resolution,* em Fries, Martin/Paal, Boris P. (org.), *Smart contracts,* Tübingen, 2019, 73-83 (80). Sobre os *robots* como ferramentas nas mãos dos humanos para promover a justiça, cf. Diana Wallis, *Smart contracts, blockchain, artificial intelligence,* em Larry A. DiMatteo/Michel Cannarsa/Cristina Poncibò (org.), *Cambridge Handbook of smart contracts, blockchain technology and digital platforms,* Cambridge, 2019, 359-366 (361).

[47] Desenvolvendo as diversas aproximações que têm surgido, cf. Howell/Potgieter, *Uncertainty* cit., 554 ss.; Amy Schmitz/Colin Rule, *Online dispute resolution for smart contracts,* Journal of Dispute Resolution (2019), n.º 2, 103-126 (116 ss.).

Uma forma sintética e sedutora de colocação do problema pode ser retirada da apresentação do *Kleros,* que oferece uma forma de resolução de litígios online com base num sistema de *crowdsourcing* – *Crowdsourced Online Dispute Resolution* (CODR):

> *"os smart contracts são inteligentes o suficiente para serem executados automaticamente conforme programado, mas não para fazerem juízos subjetivos ou incluir elementos de fora da blockchain. As tecnologias de resolução de litígios existentes são muito lentas, muito caras e muito pouco confiáveis para uma economia global descentralizada que opera em tempo real. Um mecanismo descentralizado de resolução de litígios rápido, barato, transparente, confiável, que processa julgamentos finais sobre a executoriedade de* smart contracts*, é uma instituição fundamental para a era do* blockchain*".*

São diversas as estratégias que estão a ser testadas para a resolução de litígios sem recurso aos sistemas judiciais estaduais e arbitrais. Na arbitragem transnacional (normalmente em causa tendo em conta o caráter plurilocalizado do contrato), o recurso à *blockchain* para a resolução de litígios é, porém, considerado ainda uma *terra incognita*[48]. Por vezes aponta-se que as técnicas que estão a ser delineadas têm antecedentes nos sistemas de adjudicação privada representados pelos sistemas de endereço multi-assinaturas (*multi-signature address* – *"multisig"*) da bitcoin, que implica a existência de múltiplas chaves para autorizar uma transação de *bitcoin* e não apenas a assinatura de uma chave. Em caso de litígio entre as partes, nenhuma delas consegue aceder às criptomoedas autonomamente, antes tem de solicitar a um "adjudicador" privado que reveja os factos do caso e determine qual das partes tem direito aos fundos em discussão, o que se pode considerar que representa uma "forma rudimentar de arbitragem"[49]. Perante este fenómeno, Ortolani escreve mesmo que "a adjudicação baseada nos sistemas de assinaturas múltiplas parece ser uma forma singular arbitragem transnacional, operando fora da sombra da lei estadual com um elevado grau de finalidade e autossuficiência", a ponto de surgir como forma de "arbitragem deslocalizada"[50].

Esta é apenas um dos diversos formatos de resolução de litígios na própria *blockchain*. Também não pode esquecer-se a integração do *smart*

[48] Pietro Ortolani, *The impact of blockchain technologies and smart contracts in dispute resolution: arbitration and court litigation at the crossroads,* Unif. L. Rev., 2019, 430-448 (434).

[49] Ortolani, *The impact of blockchain* cit., 435.

[50] *The impact of blockchain* cit., 435.

contract com plataformas de resolução de litígios que recorrem, elas próprias, à *blockchain*. Especialmente interessante (mas também especialmente problemático) é o recurso ao *crowdsourcing* e, consequentemente, à *wisdom of the crowds* para a resolução de litígios[51]. É o caso do Kleros, "serviço de arbitragem descentralizada", associado à Ethereum, em que existe uma bolsa de árbitros que depositam *tokens* para participarem no sistema e a decisão sobre os litígios é obtida por votação na *blockchain* por maioria, sendo atribuídos *tokens* aos árbitros que votaram no sentido que tenha feito vencimento.

Existem, porém, estratégias menos distantes da configuração tradicional da arbitragem. Por vezes distingue-se dois tipos de resolução de litígios *online*: o recurso a árbitros profissionais, em termos mais próximos da arbitragem clássica, e um modelo colaborativo de resolução de litígios baseado no *crowdsourcing*[52]. Neste último, não existe, na verdade, qualquer correspondência entre as estratégias de resolução de litígios descritas e as técnicas alternativas de resolução de litígios reconhecidas pelo Estado.

Os problemas de legalidade das estratégias de arbitragem por via de *crowdsourcing* são claros. Porém, quando esteja em jogo a resolução de litígios entre partes em condições paritárias, é na verdade também questionável a própria legitimidade da limitação da autonomia privada perante estratégias de resolução de litígios mais adequadas – porventura indispensáveis – à contratação digital própria da *blockchain,* considerando a dificuldade de os tribunais estaduais ou arbitrais tradicionais lidarem com *smart contracts.* Os problemas são estruturais. Não se trata das (simples) dificuldades inerentes ao recurso a uma linguagem (de programação) com a qual os juízes não se encontram familiarizados.

São, pois, muitas as dúvidas levantadas. Se é seguramente possível as partes utilizarem linguagem de programação para as suas cláusulas arbitrais ou cláusulas compromissórias[53], as dificuldades começam logo ao nível da identificação das partes.

Normalmente existe pseudoanonimato e não verdadeiro anonimato: as partes identificam-se com base em técnicas de criptografia e o seu conhecimento uma da outra não é relevante em virtude da confiança na execução automatizada. Contudo, a identificação do contraente não é tecnicamente

[51] A.V. Gudkov, *Crowd arbitration: Blockchain Dispute Resolution,* Legal Issues in the Digital Age (2020), n.º 3, 59–77.

[52] Gudkov, *Crowd Arbitration* cit., 62.

[53] Kaulartz, *Smart Contract Dispute Resolution* cit., 75.

impossível. Tudo dependerá do contexto contratual e da concreta aplicação do *smart contract*. Uma vez que pode afirmar-se que o anonimato ou dificuldade de identificação do contraente andam normalmente ligados a uma maior confiança no automatismo da execução, bem que que se pode dizer que a dificuldade na identificação das partes em litígios – longe de desfavorecer – reclama o recurso a vias de solução de litígio compatíveis com as características da contratação na *blockchain*. Por exemplo, plataformas como a *Kleros* e outras de *crowdsourcing* permitem resolver conflitos entre partes não identificadas através de jurados não identificados[54].

Compreende-se, porém, as hesitações suscitadas. O mesmo se diga em relação ao direito aplicado no contexto do recurso à "sabedoria das massas", que torna esta forma de resolução de litígios problemática mesmo em ordenamentos jurídicos mais flexíveis do que o português. Da mesma maneira, não é linear, por exemplo, o automatismo da execução das decisões arbitrais com recurso à *blockchain*, pelo menos nos litígios transnacionais. Nas situações puramente internas, a decisão arbitral pode facilmente ser importada como oráculo para a *blockchain* e automaticamente executado o seu conteúdo: estando o recurso da sentença arbitral em princípio vedado entre nós, a sua automática execução não é em si mesma problemática[55]. As dificuldades, no plano da execução, surgem, porém, quando nos situemos no âmbito transnacional e as regras de reconhecimento das sentenças arrisquem ser postergadas. Tem-se, mesmo, questionado qual o papel futuro da Convenção de Nova Iorque sobre o reconhecimento e a execução de sentenças arbitrais estrangeiras (1958), quando a *blockchain* fornece um caminho possível para a assegurar a execução das "decisões arbitrais" sem necessidade de recurso ao procedimento aí previsto, revestido de múltiplas salvaguardas processuais para assegurar um processo e um resultado justo[56].

[54] Cf. Gudkov, *Crowd arbitration* cit., 63.

[55] Nos termos do artigo 39.º/4 da Lei n.º 63/2011, de 14 de Dezembro (Lei de Arbitragem Voluntária – LAV), "4 – A sentença que se pronuncie sobre o fundo da causa ou que, sem conhecer deste, ponha termo ao processo arbitral, só é susceptível de recurso para o tribunal estadual competente no caso de as partes terem expressamente previsto tal possibilidade na convenção de arbitragem e desde que a causa não haja sido decidida segundo a equidade ou mediante composição amigável".

[56] *What is blockchain arbitration and can it replace the NY convention?*, disponível em *https://sccinstitute.com/about-the-scc/news/scc-forecasts/what-is-blockchain-arbitration-and-can-it-replace-the-ny-convention/*. O problema pode ser generalizado às regras internas sobre reconhecimento das sentenças (cf. artigos 55.º ss. LAV).

Naturalmente que toda a arquitetura dos esquemas de resolução de litígios choca com os tradicionais métodos legalmente reconhecidos. Porém, ela é ditada pelas próprias necessidades de um sistema que em si mesmo traz vantagens na contratação entre as partes, não obstante os riscos que também tem associados, renovando a pergunta sobre se o sistema da *blockchain* poderá substituir o sistema judiciário (estadual e arbitral) e quais os meios de que o ordenamento jurídico dispõe para controlar a incorporação destas estratégias de resolução de litígios nos *smart contracts*. Na verdade, o *boom* dos ICO a partir de 2017 levou a uma vaga de litigiosidade[57] que permite concluir que a automatização dos *smart contracts* e a promessa de autoexecutoriedade não diminuem – bem pelo contrário – os conflitos e o recurso aos tribunais dos Estados, com desvantagens manifestas. As razões não são apenas estruturais, *v.g.*, ligadas à impossibilidade de programação precisa de todas as contingências contratuais, antes começam, mais simplesmente, na frequente presença de erros de codificação, insuscetíveis de serem corrigidos em virtude da imutabilidade própria da *blockchain* e que significam que os contratos são executados em termos diversos dos que eram pretendidos pelas partes. Bem justificado é, pois, afirmar que "o poder da tecnologia para resolver litígios só é ultrapassado pelo poder da tecnologia para gerar litígios"[58].

Antevê-se que o objetivo de manter os litígios sobre criptoativos e, em geral, *smart contracts* fora dos tribunais – combatendo a tendência para a sua judicialização" – tenha, mais tarde ou mais cedo, impacto efetivo em termos internacionais. Especialmente significativas são as *Digital Dispute Resolution Rules* (DDRR) emitidas pela *UK Jurisdiction Taskforce*[59] na sequência do *UKJT Legal statement on cryptoassets and smart contracts* (2019). Trata-se de um conjunto de regras para a resolução de litígios que se destinam a ser incorporadas no contrato, ativo digital ou sistema de ativos digitais (sob a forma eletrónica ou em código), através de uma técnica remissiva ("*Any dispute shall be resolved in accordance with UKJT Digital Dispute Resolution Rules*"). Prevê-se que exista um tribunal arbitral composto por árbitros com experiência em qualquer disciplina relevante, de índole técnica, jurídica ou outra, nomeados *pela Society for Computers and Law* tendo em conta as preferências

[57] Ortolani, *The impact of blockchain* cit., 448.

[58] Ethan Katsh, considerado o pai da Online Dispute Resolution, apud Schmitz/Rule, *Online dispute resolution* cit., 104.

[59] https://35z8e83m1ih83drye280o9d1-wpengine.netdna-ssl.com/wp-content/uploads/2021/04/Lawtech_DDRR_Final.pdf.

especificadas ou acordadas quanto ao número, identidade ou qualificações dos árbitros. Um "processo de resolução automática de litígios" é definido, nas DDRR, como "um processo associado a um ativo digital que se destina a resolver um litígio entre as partes interessadas pela seleção automática de uma pessoa ou painel ou agente dotado de inteligência artificial cuja votação ou decisão é implementada diretamente no sistema de ativo digital (incluindo operando, modificando, cancelando, criando ou transferindo ativos digitais)". As DDRR determinam que o resultado deste processo seja juridicamente vinculativo. As regras podem, além disso, destinar-se "a complementar tais sistemas e podem, por exemplo, ser adotadas para resolver litígios sobre se os processos automáticos de resolução de litígios foram devidamente cumpridos ou funcionaram conforme pretendido. Onde tais processos automáticos estiverem presentes, as partes deverão acordar na forma como as Regras devem funcionar em conjunto com os mesmos". Um dos aspetos fundamentais do sistema consiste em os árbitros poderem implementar as decisões diretamente *on chain* através da utilização de uma chave privada, dependendo, claro está, da arquitetura concreta do sistema. Mais do que isso, o tribunal arbitral tem o poder de "a qualquer momento operar, modificar, assinar ou cancelar qualquer ativo digital relevante para a disputa usando qualquer assinatura digital, chave criptográfica, senha ou outro acesso digital ou mecanismo de controle que tenha disponível. O tribunal também terá o poder de ordenar qualquer parte interessada que faça qualquer uma dessas coisas".

Se a implementação das regras for bem-sucedida, as mesmas representarão seguramente um marco no sentido da harmonização das técnicas de resolução de litígios com as especificidades dos *smart contracts* na *blockchain*. A compatibilização da *rule of law* com a *rule of code* tem sido conseguida até agora, sendo de esperar que o mesmo venha a acontecer no domínio da resolução de litígios. Por isso já se disse que não é irrealista antecipar que no futuro próximo as principais instituições internacionais de arbitragem venham a adaptar as suas regras às necessidades dos *smart contracts*[60]. Quando estejam em causa litígios com consumidores, exige-se uma regulação atenta, em linha com o que tem sucedido em termos gerais, mas adaptada às especificidades da *blockchain*.

Lisboa, 30 de outubro de 2021*

[60] Ortolano, *The impact of blockchain* cit., 439.

* Todas as ligações para sítios da internet foram confirmadas nesta data.

ÍNDICE DO VOLUME III

Plano da obra 5

Módulo V
Da segurança dos produtos e da responsabilidade civil

Mafalda Miranda Barbosa
Da segurança dos produtos 19

Paula Costa e Silva / Nuno Trigo dos Reis
Algumas reflexões sobre a responsabilidade do produtor 41

Pedro Caridade de Freitas
Da segurança dos produtos farmacêuticos: análise do regime jurídico português e da União Europeia 113

Módulo VI
Do consumo sustentável

Jorge Pegado Liz
A protecção do consumidor na economia de consumo sustentável 141
A rotulagem verde 181
A obsolescência precoce (espontânea) e planeada 201
Por um novo direito de reparação na UE 207
Algumas reflexões finais à guisa de conclusão 219

Módulo VII
A protecção dos dados pessoais

Daniela Rodrigues de Sousa
O conceito de dados pessoais 225
A protecção dos dados pessoais do consumidor 247

Mafalda Miranda Barbosa
Princípios e tratamento lícito dos dados 293

Dina Freitas Teixeira
A transparência e os deveres de informação no tratamento dos dados 331

João Gabriel
O consentimento e o direito ao esquecimento dos dados 375

Miguel Duarte Santos
O tratamento de dados sensíveis do consumidor 389

Vítor Palmela Fidalgo
O direito de portabilidade dos dados pessoais 409

Módulo VIII
Propriedade intelectual e sociedade da informação

João Fachana
Plataformas digitais e responsabilidade civil 435

Vítor Palmela Fidalgo
A tutela do Direito de Autor na era digital: o novo direito conexo do editor de imprensa 453

Alberto de Sá e Melo
O impacto da impressão 3D no Direito do consumo 483

Alexandre Dias Pereira
Cloud Computing: aspetos jurídicos da computação em nuvem 513

Diogo Pereira Duarte
O regulamento europeu de crowdfunding e o seu impacto no regime jurídico do financiamento colaborativo 537

Nuno Sousa e Silva / Benedita Cunha Pinto
Internet das coisas (IoT): alguns desafios jurídicos 565

António Garcia Rolo
Criptoativo – conceito, modalidades, regime e distinção de figuras afins 601

Inês Sítima
Inteligência artificial e responsabilidade civil extra-obrigacional por danos provocados a consumidores: estudo de direito positivo 635

Ana Perestrelo de Oliveira
Smart contracts *e* smart arbitration*: maior automatização, maior conflitualidade? A tendência para a internalização da resolução de litígios na* blockchain 723