

PARECER/2021/150

I. Pedido

1. O Secretário de Estado da Presidência do Conselho de Ministros solicitou à Comissão Nacional de Proteção de Dados (CNPD) a emissão de parecer sobre o Projeto de Decreto-Lei n.º 1197/XXII/2021, «que procede à transposição da Diretiva 2019/2161 relativa à defesa dos consumidores, instituindo um sistema administrativo de controlo e prevenção de cláusulas abusivas».

2. A CNPD emite parecer no âmbito das suas atribuições e competências enquanto autoridade administrativa independente com poderes de autoridade para o controlo dos tratamentos de dados pessoais, conferidos pela alínea c) do n.º 1 do artigo 57.º, a alínea b) do n.º 3 do artigo 58.º e n.º 4 do artigo 36.º, todos do Regulamento (UE) 2016/679, de 27 de abril de 2016 – Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados (doravante RGPD), em conjugação com o disposto no artigo 3.º, no n.º 2 do artigo 4.º e na alínea a) do n.º 1 do artigo 6.º, todos da Lei n.º 58/2019, de 8 de agosto, que executa na ordem jurídica interna o RGPD.

II. Análise

3. O Projeto de Decreto-Lei transpõe a Diretiva (UE) 2019/2161 do Parlamento e do Conselho, de 27 de novembro de 2019, que altera várias diretivas em matéria de defesa dos consumidores, entre as quais a Diretiva 2011/83/UE, destacando-se, pela sua direta relevância quanto a tratamentos de dados pessoais, as alterações ao Decreto-Lei n.º 24/2014, de 14 de fevereiro, o qual transpõe a Diretiva 2011/83/UE.

4. Importa especificamente focar o novo n.º 2 introduzido no artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 24/2014, o qual prevê:

«O presente decreto-lei também se aplica aos contratos em que o fornecedor de bens ou prestador de serviços fornece ou se compromete a fornecer conteúdos digitais, quando não sejam entregues em suporte material, ou em que fornece ou se compromete a fornecer um serviço digital e o consumidor faculta ou se comprometa a facultar dados pessoais, excetuando-se os seguintes casos:

a) Quando os dados pessoais facultados pelo consumidor forem exclusivamente tratados para o fornecimento de conteúdos digitais que não sejam entregues em suporte material ou através de serviço digital; ou

b) Quando sejam necessários para que o fornecedor cumpra os requisitos legais a que se encontra sujeito e não proceda ao tratamento desses dados para quaisquer outros fins».

5. Esta disposição reproduz a alteração que o artigo 4.º da Diretiva 2019/2161 introduz no artigo 3.º da Diretiva 2011/83/UE, mas tem de ser cuidadosamente enquadrada no conjunto dos instrumentos jurídicos da União Europeia, sob pena de incongruência entre o aqui disposto e os limites definidos no RGPD. Vejamos.

i. A Diretiva 2019/2161

6. Recentes diretivas europeias, com o intuito de reforçar os direitos dos consumidores, têm vindo a referir, em sede dos respetivos considerandos, a importância de se reconhecer e regular no plano do Direito o fornecimento *online* de conteúdos digitais e a prestação de serviços digitais aos cidadãos sem que seja exigido a estes, em troca, o pagamento de um preço, figurando implicitamente o fornecimento ou a recolha de dados pessoais dos cidadãos como a contraprestação de tais vantagens. A Diretiva 2019/2161 não é, neste contexto, exceção. Assim, vem aqui reconhecer a extensão de um regime jurídico pensado para proteção dos consumidores em relações contratuais que assentam na celebração de contratos à distância ou fora do estabelecimento comercial, determinando a sua aplicação também *«aos contratos em que o fornecedor de bens ou prestador de serviços fornece ou se compromete a fornecer conteúdos digitais, quando não sejam entregues em suporte material, ou em que fornece ou se compromete a fornecer um serviço digital e o consumidor faculta ou se comprometa a facultar dados pessoais»*.

7. Assim, no considerando 31 da Diretiva 2019/2161, explica-se que a Diretiva 2011/83/UE *«apenas se aplica aos contratos de serviços, incluindo os contratos de serviços digitais, ao abrigo dos quais o consumidor paga ou se compromete a pagar um preço. Por conseguinte, essa diretiva não é aplicável aos contratos de serviços digitais ao abrigo dos quais o consumidor fornece dados pessoais ao profissional sem pagar qualquer preço. Dadas as semelhanças entre estes serviços e a permutabilidade entre serviços digitais contra o pagamento de um preço e serviços digitais fornecidos em troca de dados pessoais, estes serviços deverão ser sujeitos às mesmas regras ao abrigo dessa diretiva.»*

8. Simplesmente, a equiparação entre os contratos de prestação de serviços digitais que pressupõem o pagamento de um preço e os mesmos contratos em que a moeda de troca são os dados pessoais da outra parte contratual – fenómeno conhecido por *monetização dos dados pessoais* – tem consequências na proteção dessa mesma parte, quanto a dimensões fundamentais como as relativas à sua vida privada e familiar, a sua liberdade e, genericamente, o livre desenvolvimento da sua personalidade (cf. artigos 26.º e 35.º da Constituição da República Portuguesa, bem como os artigos 7.º e 8.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia).

9. Com efeito, neste tipo de contratos não está apenas em causa o fornecimento de informação relativa à identificação ou contactos do consumidor que contratualiza os serviços digitais (ou o fornecimento de conteúdos digitais) – desde logo, justificados pela necessidade do seu tratamento para a celebração e execução

um contrato deste tipo. Trata-se ainda, e sobretudo, de dados observados no contexto da utilização dos conteúdos digitais ou dos serviços digitais, bem como dos dados inferidos a partir daqueles. Ou seja, trata-se de recolher informação relativa aos seus comportamentos *online* (v.g., conteúdos digitais que vê, ouve ou a que acede; quanto tempo se detém em cada página na Internet; o que comenta; o que assinala como gostando; como joga um determinado jogo) e ainda a informação relativa à sua personalidade, orientação sexual, convicções filosóficas, políticas, religiosas, etc. São estes os dados pessoais recolhidos e inferidos, aparentemente com base em cláusulas contratuais que a generalidade dos subscritores não tem consciência de ter acordado, também porque na generalidade dos casos a informação relativa ao tratamento de dados pessoais vem apresentada aos consumidores de uma forma muito incompleta ou obscura, não permitindo ao comum cidadão compreender o alcance do mesmo e as consequências para os seus direitos fundamentais, bem como os direitos fundamentais dos membros da sua família.

10. Por essa razão, para a proteção destes cidadãos, o legislador europeu criou um regime de proteção dos dados pessoais que acautele os seus direitos fundamentais, regime que a Diretiva 2019/2161 especificamente ressalva, ao determinar no final do considerando 33 que *«[q]ualquer tratamento de dados pessoais deverá respeitar o disposto no Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho»*. Note-se que este é o considerando em que se afirma que o *«âmbito de aplicação da Diretiva 2011/83/UE 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»*.

11. Donde se retira que a Diretiva 2019/2161 não pretende criar um regime excecional ou especial relativamente ao regime do RGPD, antes reclama uma leitura e a aplicação articuladas dos dois diplomas de Direito da União. De outro modo, uma previsão que visa reforçar os direitos dos cidadãos, no contexto de relações contratuais, ao estender um regime jurídico para proteção dos consumidores, estaria a retirar-lhes a proteção garantida pelo RGPD.

12. Recordar-se que, de acordo com o RGPD, no contexto de uma relação contratual o tratamento de dados pessoais está legitimado quando estes sejam estritamente necessários para efeito da celebração e execução do contrato ou se a lei impuser a sua recolha e conservação (cf. alíneas *b*) e *c*) do n.º 1 do artigo 6.º do RGPD). Mesmo assim estes fundamentos não são suficientes para legitimar o tratamento de dados pessoais especiais, que são os enunciados no n.º 1 do artigo 9.º do RGPD – onde se contam, entre outros, os dados relativos à saúde, orientação sexual, convicções filosóficas, políticas, religiosas. Logo se concluindo, portanto, que para estes dados pessoais especiais o contrato em si mesmo não basta. Mas também para outros dados pessoais,

não abrangidos pelo n.º 1 do artigo 9.º do RGPD, a legitimação do seu tratamento tem de ser encontrada noutra sede¹.

13. Pelo que a construção jurídica de os dados pessoais serem contraprestação de uma prestação contratual logo empeça nos citados preceitos do RGPD. Isso mesmo é reforçado pelo disposto no n.º 4 do artigo 7.º do RGPD, como de seguida se explicará. E, por isso, o artigo 4.º da Diretiva 2019/2161 não acolhe ou consagra, explícita ou expressamente, a monetização dos dados pessoais, apenas admite que o consumidor forneça dados pessoais ao fornecedor dos conteúdos digitais ou dos serviços digitais.

ii. A articulação entre a Diretiva 2019/2161 e o RGPD

14. Importa, por isso, enquadrar a *ratio* subjacente à Diretiva 2019/2161 nas disposições do RGPD, para garantir que a finalidade por ela visada seja ainda atingida, mas sem desproteção dos titulares dos dados pessoais, sobretudo sem desproteção da autonomia de decisão sobre os seus dados pessoais (*i.e.*, sem desproteção do seu direito fundamental à autodeterminação informativa ou informacional).

15. Precisamente, assentando na autonomia individual, o RGPD reconhece que o consentimento do titular dos dados legitime o tratamento dos seus dados quando não sejam necessários à execução do contrato, também quanto aos dados pessoais especiais (cf. alínea *a*) do n.º 1 do artigo 6.º e alínea *a*) do n.º 2 do artigo 9.º do RGPD).

16. Portanto, se os dados pessoais que o prestador ou fornecedor pretende tratar no âmbito da relação contratual não são necessários à execução do contrato, o fornecimento ou a recolha desses dados não pode integrar as cláusulas contratuais². Dependendo antes de um consentimento específico do titular dos dados pessoais³.

17. Só que o RGPD exige um conjunto de condições ou requisitos demonstrativos da existência daquela mesma autonomia individual. Assim, essa manifestação de vontade do titular tem de cumprir certos requisitos, sob pena da sua irrelevância jurídica ou nulidade: tem de ser uma manifestação de vontade informada, específica, inequívoca e livre (cf. alínea 11) do artigo 4.º do RGPD), devendo ainda ser explícita quando em causa estejam os dados especiais.

¹ Sobre os fundamentos de licitude dos tratamentos de dados pessoais no contexto dos serviços em linha, v. as Diretrizes do Comité Europeu para a Proteção de Dados n.º 2/2019 v. 2.0, de 8 de outubro de 2019, acessível em https://edpb.europa.eu/our-work-tools/our-documents/guidelines/guidelines-2019-processing-personal-data-under-article-61b_pt

² Cf. pontos 19 a 21 da Diretriz do Comité Europeu para a Proteção de Dados n.º 2/2019.

³ Vejam-se, especialmente, os exemplos de finalidades do tratamento de dados pessoais que não cabem na finalidade estrita de execução do contrato de prestação de serviço em linha, máxime nos pontos 48-56, na Diretriz do Comité Europeu para a Proteção de Dados n.º 2/2019.

18. Destaca-se, aqui, o requisito da liberdade da manifestação de vontade do titular dos dados.

19. O consentimento pressupõe, pois, a liberdade dessa manifestação de vontade, exigindo-se, por regra, que haja uma alternativa para que se possa afirmar esse atributo do consentimento, em especial no contexto de relações contratuais em que os titulares dos dados se apresentem numa posição de vulnerabilidade – que é o que, tipicamente, sucede quando os prestadores dos serviços digitais ou os conteúdos digitais oferecidos no mercado não deem alternativa, ou dando-a, essa corresponda à exigência de um preço manifestamente desproporcionado.

20. Se o fornecedor de um serviço solicita dados pessoais do titular dos dados como condição de prestação do serviço, não se vê que liberdade exista na ação do titular dos dados, pelo condicionamento decorrente da necessidade da prestação do serviço. Por outras palavras, o consentimento só é juridicamente relevante quando *«o ato de dar ou recusar o consentimento não produza quaisquer consequências negativas»*⁴, pelo que *«[n]ão se deverá considerar que o consentimento foi dado de livre vontade se o titular dos dados não dispuser de uma escolha verdadeira ou livre ou não puder recusar nem retirar o consentimento sem ser prejudicado»*⁵.

21. É esse o sentido do disposto no n.º 4 do artigo 7.º do RGPD. Não se nega a possibilidade de um consumidor consentir no tratamento de dados pessoais não necessários à execução de um contrato de prestação de serviços digitais ou de aquisição de conteúdos digitais, mas exige-se que, *«[a]o avaliar se o consentimento é dado livremente, [se verifique] 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»*.

22. Há, portanto, que garantir que o consentimento quanto ao tratamento de dados pessoais não corresponda a uma mera formalidade vazia de conteúdo, por, na verdade, não restar autonomia ao consumidor senão subordinar-se à exigência do prestador de serviços (ou fornecedor dos conteúdos digitais) de fornecimento dos seus dados pessoais como condição para a prestação do serviço.

23. Importa, por isso, que o novo n.º 2 do artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 24/2014, introduzido pelo Projeto de Lei, seja lido em articulação com o disposto na alínea 11) do artigo 4.º e no n.º 4 do artigo 7.º do RGPD, recomendando a CNPD que nesse novo número se refira explicitamente que o fornecimento dos dados pessoais

⁴ Cf. Diretrizes sobre o consentimento no RGPD, revistas e aprovadas em 10 de abril de 2018 pelo Grupo de Trabalho do Artigo 29, e assumidas pelo Comité Europeu de Proteção de Dados em 25 de maio de 2018, disponíveis em http://ec.europa.eu/newsroom/article29/item-detail.cfm?item_id=623051

⁵ Cf. considerando 42 do RGPD, aqui trazido à colação por reforçar o disposto no n.º 1 e no n.º 4 do artigo 7.º do mesmo diploma.

ou a declaração de autovinculação ao seu fornecimento ocorre nos termos (ou em conformidade) com o RGPD (ou com a legislação de proteção de dados pessoais).

24. Reitera-se, é esse o sentido da Diretiva que aqui se visa transpor, como o revela a parte final do seu considerando 33: o reforço da proteção dos consumidores numa aplicação integrada e congruente do Direito da União.

25. E esta é a única forma de garantir que aquela norma não ponha em crise o artigo 35.º da CRP, que consagra o direito fundamental à autodeterminação informativa ou informacional, visando, tal como o artigo 8.º da Carta, garantir e promover a dignidade da pessoa humana, na medida em que este direito serve de garantia fundamental do respeito pela vida privada, da liberdade e do livre desenvolvimento da personalidade, bem como do direito à não discriminação.

III. Conclusão

26. Com os fundamentos supra expostos, relativamente às alterações introduzidas, pelo artigo 10.º do Projeto de Decreto-Lei, que introduz o novo n.º 2 do artigo 2.º no Decreto-Lei n.º 24/2014, a CNPD entende que este preceito não legitima, *per se*, o fornecimento dos dados pessoais como contraprestação contratual do fornecimento de conteúdos digitais ou de prestação de serviços digitais.

27. Apenas reconhece a possibilidade de o titular dos dados fornecer ou consentir no fornecimento dos seus dados pessoais não necessários à execução do contrato (ou não exigidos por lei), o que depende da verificação em concreto das condições impostas pelo RGPD para se afirmar a relevância desse consentimento, desde logo, a liberdade da manifestação dessa vontade.

28. Assim, o novo n.º 2 do artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 24/2014, introduzido pelo Projeto de Lei, tem de ser lido em articulação com o disposto na alínea 11) do artigo 4.º e no n.º 4 do artigo 7.º do RGPD, recomendando a CNPD que nele se refira explicitamente que o fornecimento dos dados pessoais ou a declaração de autovinculação ao seu fornecimento ocorre nos termos do RGPD ou da legislação de proteção de dados pessoais.

Lisboa, 23 de novembro de 2021



Filipa Calvão (Presidente)