

Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados e o mercado de dados – Mercado de dados 1.0 e a licitude da partilha de dados (pessoais) através de serviços de intermediação de dados no âmbito do Regulamento de Governação de Dados, por via do consentimento do titular dos dados – uma imposição de base legal?

PATRÍCIA CARNEIRO¹

Resumo: Partindo do pressuposto que é transversalmente assumida a existência de um mercado de dados pessoais *de facto*, propomo-nos a analisar os desenvolvimentos legislativos que surgem no sentido de regular essa realidade, em especial, o Regulamento de Governação de Dados, que introduz o serviço de intermediação de dados, concretamente, através da partilha de dados. Neste trabalho, limitamos a nossa análise à identificação de uma estrutura, legalmente assumida, de mercado de dados, e, então, ponderamos se o legislador europeu, no Regulamento de Governação de dados, procurou impor o consentimento do titular enquanto fundamento jurídico para partilha dos seus dados pessoais.

Palavras-chave: *Proteção de dados pessoais; mercado de dados; base de licitude; RGPD.*

¹ Pós-Graduação em Direito e Tecnologia da Faculdade de Direito da Universidade Católica – Escola do Porto.

Abstract: Assuming that a data market is a well-established *de facto* reality, our aim is to analyse the legal developments emerged to regulate said market. Specifically, our focus is the Data Governance Act, which introduces, among others, the figure of data intermediation service providers, namely, via a data sharing concept. For purposes of this article, we have limited our analysis to the identification of a legally assumed data market structure, whilst wondering if the European legislator have had the intention of imposing data subjects' consent as a legal basis for sharing their personal data.

Key words: *Data protection; data market; legal basis; GDPR.*

1. Introdução

O tema escolhido parte de um trabalho prévio de investigação por parte da autora, através do qual se pretendeu sobressair a existência de um mercado de dados pessoais não regulado e demonstrar que a sua regulação é uma pretensão assumida do legislador europeu no Regulamento de Governação de Dados², entretanto aprovado.

Nos dias que correm, é patente o cenário em que os grandes operadores de mercado aproveitam a sua posição para obter, valorizar e monetizar dados pessoais, ainda que tal seja feito em prejuízo do direito à proteção de dados do respetivo titular, ou dos seus interesses. Desde logo, é-nos possível observar e registar que o titular de dados pessoais poucas ou nenhuma vantagens económicas retira de um mercado obscuro de dados pessoais. Um mercado não regulado e, conseqüentemente, não monitorizado, camuflado por floreios legais de difícil compreensão, explorado por aqueles grandes operadores através da obtenção e

²Regulamento (UE) 2022/868 do Parlamento Europeu e do Conselho de 30 de maio de 2022 relativo à governação europeia de dados e que altera o Regulamento (UE) 2018/1724 (Regulamento Governação de Dados). OJ L 152, 3.6.2022. Doravante, apenas “Regulamento Governação de Dados”.

monetização em massa de dados pessoais. Por outro lado, aqueles modelos de negócio, não sendo uma novidade, mas, ao invés, uma preocupação crescente³, são conhecidos por potenciar a perda de controlo sobre os dados pessoais, pelo seu titular, e, bem assim, minar a confiança do titular na partilha da sua informação. Esta é, no mais, um problema reconhecido da Comissão Europeia no quadro da estratégia europeia para os dados⁴ e, que, como tal, procurou colmatar com o Regulamento de Governação de Dados.

Neste artigo, procuramos esquematizar o raciocínio por trás das afirmações mencionadas supra, somando-se-lhe o nosso foco na relação entre o Regulamento de Governação de Dados e o Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados⁵. O Regulamento de Governação de Dados, por ser um pilar daquela estratégia europeia de dados, que, cremos, nos permite falar de um mercado 1.0 de dados pessoais, consequência da regulação do mercado instituído de *facto*. A este respeito, procuraremos explorar o conceito de “Personal Data Store” e a sua importância na emergência daquele mercado regulado – chamamos-lhe, “mercado regulado 1.0” –, partindo de uma análise teórica sobre o quadro técnico-jurídico aplicável, até ao desenho e análise de um caso de estudo. Com este caso de estudo, pretendemos não só demonstrar a

³ Veja-se a opinião 9/2016 da Autoridade Europeia para a Proteção de Dados (doravante, “EDPS”): “EDPS Opinion on Personal Information Management Systems Towards more user empowerment in managing and processing personal data” [Em linha]. (20-10-2016) [Consult. 11-03- 2023]. Disponível em WWW: <https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/16-10-20_pims_opinion_en.pdf>. Neste documento, a EDPS, reconhecendo o quadro que descrevemos, em que o titular de dados pessoais tem cada vez menos controlo sobre a sua pegada digital, preconiza a adoção e implementação de um Sistema de Gestão de Informação Pessoal que tem como objetivo primeiro empoderar o titular dotando-o de ferramentas que lhe permitem não só maior controlo sobre os seus dados pessoais, mas, consequentemente, participar ativamente e beneficiar – social e economicamente – da monetização dos seus dados, aumentando o seu grau de confiança na partilha da sua informação com terceiros, e, assim, permitir a concretização dos objetivos europeus direcionados à livre e ágil circulação de dados.

⁴ Com(2020) 66 final.

⁵ Regulamento (EU) 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. OJ L 119, 4.5.2016, pp. 1-88. Doravante, apenas “Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados” ou “RGPD”.

estrutura de mercado regulado existente, reflexo dos recentes avanços legislativos, mas, também, que existem aspetos pouco explorados da formulação legal atual que têm como consequência a criação de uma margem para dúvidas de interpretação capazes de impactar o comércio jurídico e, conseqüentemente, económico.

Neste sentido, entendemos por pertinente atentar na articulação entre aquele Regulamento e o RGPD, por o texto do Regulamento de Governança de Dados, também instituído para aumentar o nível de confiança na partilha de dados pessoais pelo respetivo titular, expor inconsistências com a tutela do direito à proteção de dados pessoais. Como têm vindo a salientar as autoridades de controlo e de supervisão⁶, a necessidade de aumentar os níveis de disponibilização de dados pessoais pelos titulares em prol do Mercado Único Digital⁷, não pode traduzir-se na subversão da tutela de um direito de personalidade universalmente reconhecido – o direito à proteção de dados pessoais⁸. Em particular, sobressaímos as dificuldades de interpretação relacionadas com a garantia do princípio da licitude prevista na alínea a) do n.º 1 do art. 5.º do RGPD, entendendo que o Regulamento de Governança de Dados poderá ter procurado impor o consentimento como fundamento legal⁹ para a partilha de dados pessoais pelo titular ou quem, de uma forma geral, os detém.

⁶ Ainda a respeito da Proposta de Regulamento de Governança de Dados, veja-se, por exemplo, o ponto 19 a p. 8 do documento “EDPB-EDPS Joint Opinion 03/2021 on the Proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on European data governance (Data Governance Act)” [Em Linha]. Disponível em WWW: <https://edpb.europa.eu/system/files/2021-03/edpb-edps_joint_opinion_dga_en.pdf>.

^{Com(2020) 66 final}, p. 8.

⁷ COM(2020) 767 final – SEC(2020) 405 final – SWD(2020) 296 final, p.e., p. 1, pp. 8ss e p. 17.

⁸ Veja-se, ainda, o comentário da Commission Nationale de l’Informatique et des Libertés – “CNIL” ao Regulamento de Governança de Dados, na sua página na Internet: <<https://www.cnil.fr/en/european-strategy-data-cnil-and-its-counterparts-comment-data-governance-act-and-data-act>> [Consult. 11-03-2023]. Dali, resulta a óbvia a preocupação direcionada à supervisão da articulação entre aquele Regulamento e o Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados, de forma a assegurar que este último não é comprometido quanto ao nível de proteção que confere aos titulares de dados pessoais.

⁹ Al. a) do n.º 1 do art. 6.º do RGPD.

2. Um mercado europeu de dados – uma abordagem subtil?

2.1. Enquadramento da emergência de um mercado de dados

A aposta da União Europeia (U.E.) num Mercado Único Digital movido por dados, veio novamente destacada na comunicação da Comissão Europeia sobre a respetiva estratégia europeia que servirá os próximos cinco anos. Daquela comunicação, foi-nos possível depreender a vontade de a U.E. se tornar um “modelo líder” para a sociedade na economia de dados, através da valorização destes bens¹⁰, incluindo, dados pessoais – “Data is the lifeblood of economic development”, é uma das expressões que podemos encontrar naquela Comunicação. A este respeito, para agilizar o enquadramento sobre o Mercado Único Digital, remetemos o leitor para o que havíamos escrito a este respeito:

«Em 2013, a Comissão Europeia estudava já como fazer com que os dados pessoais “funcionassem da melhor forma para a economia digital europeia”. Em maio de 2015, nasce o Mercado Único Digital – ou “Digital Single Market” (“DSM”) –, marcado pela consciência de que “a internet e as tecnologias digitais estão a transformar a nossa vida (...) à medida que se integram mais profundamente em todos os setores da nossa economia e da nossa sociedade”¹¹, a par de renovadas preocupações relacionadas com a proteção de dados pessoais que o legislador sabe não poder descurar e, concretamente, o RGPD.»¹²

Portanto, o propósito de a U.E. se tornar um “modelo líder” não surpreende quando não é novidade que existe, num primeiro momento, um mercado sedimentado e não regulado de dados pessoais, como já tivemos, igualmente, oportunidade de abordar¹³. Nesta senda, apelamos

¹⁰ Com(2020) 66 final, p. 1.

¹¹ COM(2015) 192 final, pp. 420 e 423– onde também se reconhece que “daqui a menos de uma década, a maior parte da atividade económica dependerá de ecossistemas digitais que integrem infraestruturas digitais, hardware e software, aplicações e dados.”.

¹² P. CARNEIRO, Patrícia – “«Coisificação” dos Dados Pessoais no Âmbito das Relações Contratuais» [Em linha]. In: *Privacy and Data Protection Magazine*, 02 (2021), p. 111. Disponível em WWW: <[Revista_Privacy_and_Data_Protection_Magazine_N2.pdf \(europeia.pt\)](#)>.

¹³ P. CARNEIRO, Patrícia – cit., pp. 102ss.

à atenção do leitor para uma análise realizada e que continua a ser atual e ilustrativa de tal mercado de dados pessoais sedimentado, pautado por modelos de negócio assentes na partilha de dados em troca de um preço. Em 2019, vimos o relatório anual de contas da Facebook, Inc. (agora, Meta), relativo ao ano fiscal de 2017, e percebemos que a sua principal fonte de receita foi gerada pela publicidade direcionada aos seus utilizadores por terceiros à sua plataforma¹⁴. Note-se¹⁵:

“(...) entre os anos de 2013-2017 associado a um aumento médio anual de receitas de 47%: de 7,87 para 40,65 mil milhões de dólares americanos, (...) 39,94 mil milhões dessas receitas advêm da publicidade direcionada contratada por terceiros (...)”.

Esta realidade, continua visivelmente inalterável – veja-se o “[i]ncome [s]tatement” da Meta, partilhado no último trimestre de 2022¹⁶.

Tal como a outrora Facebook, agora Meta, este mercado, digital por natureza, subjaz aos prestadores de serviços e fornecimento de conteúdos digitais em geral, e esteve essencialmente relacionado com os modelos de negócio considerados gratuitos, mas que consistiam no fornecimento ativo de dados por parte dos consumidores finais. Este mercado, emergiu a par da chamada revolução 4.0, caracterizada pelo impacto do progresso tecnológico na economia e sociedade em geral, e, em particular, pela facilidade da criação de monopólios de dados motivada pela falta de resposta legal adequada em matéria de proteção de dados pessoais. A Comissão Europeia também o admite quando se refere aos monopólios de informação e à distribuição do poder de

¹⁴ Substantially all of our revenue is currently generated from third parties advertising on Facebook (...) For 2017, 2016, and 2015, advertising accounted for 98%, 97% and 95%, respectively, for our revenue. O relatório anual de contas encontra-se diretamente na página na Internet: < https://s21.q4cdn.com/399680738/files/doc_financials/annual_reports/FB_AR_2017_FINAL.pdf>. [Consult. 28-01-2019]; e, juntamente com os relatórios de contas relativos a anos fiscais precedentes, na página na Meta Investor Relations: [Consult. 28-01-2019]. 14 Idem, Parte II, item 6 – “Selected Financial Data” e item 7 – “Management’s Discussion and Analysis of Financial Condition and Results of Operations”.

¹⁵ P. CARNEIRO, Patrícia – cit., p. 107.

¹⁶ Na página na Internet: < https://s21.q4cdn.com/399680738/files/doc_financials/annual_reports/FB_AR_2017_FINAL.pdf>. [Consult. 11-03-2022].

mercado, no sentido de que são os grandes operadores nesse mercado que, unilateralmente, estipulam as regras e as condições de acesso e uso da informação¹⁷. Pois, que, não obstante a pertinência do Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados no sentido de munir os titulares de dados pessoais de ferramentas que lhe permitem maior controlo sobre os seus dados pessoais, não devemos desconsiderar que o direito à proteção de dados pessoais, no contexto do mercado de dados não regulado, não teve impacto imediato. Pelo contrário, observamos outros ramos do Direito serem chamados à colação para dar resposta à necessidade de tutelar o titular de dados pessoais, como o Direito da Concorrência¹⁸ e o Direito do Consumo¹⁹. Neste seguimento, parece-nos pertinente que, naquela mesma comunicação, a Comissão Europeia tenha manifestando o objetivo de criação de um mercado único de dados e o respetivo modelo de governação²⁰, ciente da necessidade de assumir as rédeas deste novo mercado económico em expansão.

2.2. Sobre o impacto da estratégia europeia de governação nas garantias dos titulares dos dados pessoais

De facto, e como temos vindo a defender, a definição de um modelo de governação de dados que tem em conta o cerne do direito à proteção de dados pessoais, é essencial. Basta refletirmos sobre a origem histórica do direito à proteção de dados pessoais no contexto europeu e o núcleo de posições jurídicas que visa tutelar:

¹⁷ Com(2020) 66 final, p. 8.

¹⁸ Exemplo flagrante é a decisão (Ref.^a B6-22/16) da Autoridade Alemã da Concorrência (Bundeskartellamt), que inicia, oficialmente, a discussão sobre a gratuidade dos serviços prestados pela então Facebook, Inc. e a necessidade de o titular dos dados pessoais fornecer o seu consentimento informado no contexto em apreço.

¹⁹ Sendo referência fulcral a Diretiva (EU) 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 OJ L 136, 22.5.2019, pp. 1-27, que veio reconhecer, explicitamente, no quadro normativo europeu, a atribuição de valor económico aos dados pessoais partilhados pelos consumidores de conteúdos e serviços digitais.

²⁰ Com(2020) 66 final, pp. 4-5.

“Na sua essência repousa um conjunto de posições ativas do titular dos dados, como o direito a conservar informação pessoal longe da invasão de terceiros não autorizados, o direito a definir o âmbito do acesso a essa informação pessoal por terceiros (sejam estas entidades públicas ou privados), o direito a definir e a balizar as condições de tratamento dos seus dados, o direito a conhecer quem tem acesso e em que termos aos seus dados; e, ainda, o direito a manter-se desconhecido pela comunidade. (...) todos os direitos que cabem aos “cidadãos” sobre os seus dados pessoais estão associados a um agregado de princípios que vêm sendo igualmente considerados a respeito do tratamento desses mesmos dados. Estes princípios funcionam como meios e ferramentas legais que visam atribuir o controlo dos dados ao respetivo titular contra, não só o acesso e divulgação indevidos por terceiros, mas, igualmente, a sua centralização, fragmentação ou dissipação de informação.”²¹

É neste sentido também, que a Comissão Europeia, na apresentação da estratégia europeia para os dados suprarreferida, identifica a “governança de dados”²² como sendo um dos problemas que estão a constringer a U.E. de atingir o seu potencial máximo no que diz respeito à economia de dados. Particularizando a necessidade de adoção de estruturas e modelos organizativos que permitam a operacionalização daquilo a que chama de “espaços de dados”^{23 24} em conformidade

²¹ PEREIRA CARNEIRO, Patrícia Filipa (2019) – «“Coisificação” dos Dados Pessoais no Âmbito das Relações Contratuais», Tese de mestrado em Direito. Porto, Faculdade de Direito da Universidade do Porto, pp. 27ss.

²² Com(2020) 66 final, p. 8.

²³ “The spaces will include: (i) the deployment of data-sharing tools and platforms; (ii) the creation of data governance frameworks; (iii) improving the availability, quality and interoperability of data – both in domain-specific settings and across sectors. Funding will also support authorities in the Member States in making high value data sets available for reuse in the different common data spaces” – Com(2020) 66 final, p. 17.

²⁴ Que, na sua globalidade, consistirão no Mercado Único Digital. Cfr. Com(2020) 66 final, pp. 4ss: “(...) where personal as well as non-personal data, including sensitive business data, are secure and businesses also have easy access to an almost infinite amount of high-quality industrial data, boosting growth and creating value, while minimising the human carbon and environmental footprint. It should be a space where EU law can be enforced effectively, and where all data-driven products and services comply with the relevant norms of the EU’s single market.”

com a legislação europeia já em vigor, como o Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados. O Regulamento de Governança de Dados surge nesta sequência, como um pilar daquela estratégia europeia, com o objetivo de criar as condições necessárias ao desenvolvimento de um sistema confiável de partilha de dados²⁵.

Aqui chegados, cumpre-nos assinalar as incongruências que sentimos nas preocupações que a Comissão Europeia tem vindo a partilhar neste contexto e que conduzem as suas ações, entre as quais, o Regulamento de Governança de Dados.

Se é indiscutível que, num primeiro momento, aquelas ações não desfocaram da necessidade de atribuir aos titulares maior controlo sobre os seus dados pessoais²⁶, na sua comunicação sobre a estratégia europeia para os dados, a Comissão Europeia demonstra preocupar-se em atribuir aos negócios maior controlo sobre os “seus dados”²⁷. O que tem como potencial o descurar da necessidade de garantir que um titular de dados pessoais não tem ao seu alcance as ferramentas que lhe permitam o controlo efetivo sobre esses mesmos dados. Este risco torna-se ainda mais prevalente quando se parte de uma ideia utópica de que as organizações irão usar os dados pessoais sob a sua responsabilidade apenas para “fazer o bem”, em prol da economia e da sociedade em geral, enquanto desconsideram interesses próprios. O mesmo vale para as entidades de natureza pública, visto que, ainda que se tenha em boa conta a ideia de um mercado aberto relativamente aos dados criados “com o dinheiro público e em prol do benefício público”²⁸, é perigosa a conceção da “supremacia

²⁵ V. a Página da Comissão Europeia na Internet relativa ao “Data Governance Act”: [Em linha]. 13-07-2022. [Consult. 24-04.2023]. Disponível em WWW: <<https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/policies/data-governance-act>>.

²⁶ Não obstante, como vimos, o Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados ser um elemento-chave nesta afirmação, até enquanto peça integrante de um dos três pilares do Mercado Único Digital – cfr. COM(2015) 192 final; em 2011, Purtova defendia que a Diretiva de Proteção de Dados Pessoais teve como grande objetivo atribuir ao indivíduo (titular de dados pessoais) o controlo sobre os mesmos. Cf. PURTOVA, N. N. – Property rights in personal data: A European perspective. [Em linha]. Oisterwijk: BOXPress BV, 2011, p. 197. [Consult. 04-08-2019].

²⁷ Com(2020) 66 final, p. 2.

²⁸ Com(2020) 66 final, p. 7.

moral do Estado e organizações”²⁹. Especialmente, quando consideramos que os ideais de privacidade começaram a delinear-se face ao impacto do desenvolvimento tecnológico sobre os direitos e liberdades fundamentais do homem, associada à ideia de vigilância da pessoa³⁰. Estas, são apenas algumas das considerações que deverão, em nosso entender, pautar a análise dos vários riscos e desafios associados ao desenvolvimento e implementação de um modelo de mercado de dados pessoais nos diferentes planos do governo de uma sociedade³¹. Também

²⁹ Ainda que o termo tenha sido usado para retratar o cenário em que as organizações privadas e estatais se consideram titulares de um direito a obter a informação relativa a um indivíduo que seja necessária da perspectiva dos interesses públicos prosseguidos, a ideia é a de que a privacidade do indivíduo sempre cederá perante um interesse público superior. V. C. LAUDON, Keneth – Markets and Privacy. NYU: IOMS: Information Systems Working Papers (Topic) (1996), pp. 3ss. Disponível em WWW: <<https://www.semanticscholar.org/paper/Markets-and-privacy-Laudon/b8f5938bb25ac559ac2854c50cf8cf365b09ba04>>.

³⁰ V. p.e.: Ponto 180 da página 41 e no ponto 184 da página 42 do Relatório sobre a 26.^a Comissão sobre os Direitos do Homem conduzida nas Nações Unidas – Commission on Human Rights Report on the twenty-seventh session [Em linha]. Doc. E/4949 E/CN.4/1068 (22-02/26-03-1971) [Consult. 23-07-2021]; CONSELHO EUROPEU – Explanatory Report to the Convention for the protection of individuals with regard to automatic processing of personal data [Em linha]. European Treaty Series. 108, (28-01-1981); e, ASSEMBLEIA PARLAMENTAR – Recommendation 509 (1968): Human Rights and modern scientific and technological developments [Em linha]. Documentos que apoiam a contextualização do Tratado n.º 108 (ou Convenção 108), em vigor desde o ano de 1985, mas, também, iniciativas legislativas prévias, de base em matéria de Direitos Fundamentais, como o direito à proteção da vida privada das pessoas a Declaração Universal dos Direitos do Homem, proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1948, e a Convenção Europeia dos Direitos do Homem, que entrou em vigor em 1953.

³¹ Económico, social, político, legal, ético e moral. Planos que acabam, até, reconhecidos, pelo menos em parte e ainda que indiretamente, pela Comissão Europeia, na estratégia comunicada – Com(2020) 66 final, pp. 6ss. Por exemplo, a respeito dos deságios tecnológicos e, concretamente, da interoperabilidade e qualidade dos dados. Para garantir a valorização dos dados pessoais e a sua comunicação/transferência ágil, é preciso que estejam acessíveis as ferramentas que possibilitem que os “pacotes de informação” circulem dentro do percurso acautelado, nomeadamente, através de um formato estruturado que permita a sua interoperabilidade.

estas são as considerações³² que nos levam a procurar compreender o impacto do modelo de governação preconizado no respetivo Regulamento de Governação de Dados na licitude do tratamento de dados pessoais nos chamados “espaços de dados”, e, assim, nas garantias dos titulares dos dados pessoais, tal como introduzidos no Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados. Porquanto, como veremos, cremos que o Regulamento de Governação de Dados acaba por impor o consentimento enquanto fundamento legal para o tratamento de dados pessoais³³, recordando que o elenco do art. 6.º do Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados não atribuiu prioridade normativa ao consentimento.

³² Juntamente com a análise do procedimento legislativo de base à aprovação do Regulamento Governação de Dados, que evidencia a pobre articulação inicial, do texto da Proposta da Comissão Europeia, com o regime da licitude no tratamento de dados pessoais previsto no Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados, em particular, o consentimento enquanto fundamento de licitude para o tratamento de dados pessoais. Veja-se, o Relatório do Parlamento Europeu sobre a proposta de regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho relativo à governação de dados (Regulamento Governação de Dados) (COM(2020)0767 – C9-0377/2020 – 2020/0340(COD)). Atente-se, por exemplo, nas alterações sugeridas ao considerando (21), a respeito da noção de detentores de dados *versus* titulares de dados, e da consequente necessidade de trabalhar o consentimento enquanto base de licitude – por exemplo, alterações sugeridas ao considerando (38) ou ao art. 2.º, com a introdução do conceito de consentimento. Por outro lado, não obstante a versão em vigor do Regulamento Governação de Dados ser mais madura quanto a esta articulação de regimes, como vimos, a necessidade de garantir a consistência com o Regulamento sobre a Proteção de Dados continua a ser uma preocupação – remetemos novamente o leitor para o comentário da CNIL – cit.

³³ “A presente iniciativa abrange diferentes tipos de intermediários de dados, que tratam de dados tanto pessoais como não pessoais. Por conseguinte, a interação com a legislação em matéria de dados pessoais reveste-se de especial importância. Com o Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados (RGPD) e (...) a UE criou um quadro jurídico sólido e fiável de proteção de dados pessoais que é um modelo para o mundo. (...) A presente proposta (...) [v]isa facilitar a partilha de dados, nomeadamente reforçando a confiança nos intermediários de partilha de dados que se espera venham a ser utilizados nos diferentes espaços de dados. Não tem por objetivo conceder, alterar ou suprimir direitos substanciais de acesso e utilização de dados; (...)” – é o que resulta da p. 1 da exposição de motivos da Proposta de Regulamento de Governação de Dados, COM(2020) 767 final. Ao mesmo tempo, a então proposta e agora Regulamento de Governação de Dados, como vamos ver adiante neste artigo, refere que a categoria de intermediários que foca o seu serviço nos dados pessoais, “(...) prestam assistência às pessoas no exercício dos seus direitos ao abrigo do Regulamento (UE) 2016/679, nomeadamente ajudando-as a gerir o seu consentimento (...)” – sublinhado nosso; bem com, aconselham as “(...) pessoas sobre o consentimento relativo a diferentes utilizações dos seus dados e a realização de verificações do dever de diligência junto dos utilizadores dos dados antes de lhes permitir contactar os respetivos titulares, a fim de evitar práticas fraudulentas.” – considerando (23) daquela Proposta e respetivo Regulamento aprovado, novamente, com sublinhado nosso.

3. A relação entre o Regulamento de Governação de Dados e as “Personal Data Stores” – mercado regulado 1.0

3.1. Introdução ao modelo de governação implementado: as “personal data stores”

Como vimos, bem cedo na conceptualização e desenvolvimento de um Mercado Único Digital, a Comissão Europeia compreendeu a necessidade de salvaguardar que o titular deve estar dotado dos mecanismos adequados a controlar os seus dados pessoais, de forma a aumentar a sua confiança no comércio jurídico, e, assim, contribuir com a partilha dos seus dados pessoais. Ou seja, não são novos os resultados apresentados em 2020 no relatório da avaliação de impacto da Proposta de Regulamento de Governação de Dados, que apontam para o “problema” de o titular não confiar na partilha dos seus dados pessoais³⁴.

Por outro lado, é claro que a pretensão do legislador europeu não é regular massiva e detalhadamente o quadro dentro do qual os grandes operadores no mercado de dados podem atuar³⁵, mas, ao invés, permitir um contexto de “experimentação” ao nível dos quadros regulatórios aplicáveis. Os recentes avanços legislativos que consideramos pertinentes a este respeito, em particular, o Regulamento de Governação de Dados, evidenciam a adoção de um modelo de mercado minimamente estruturado – aquele a que chamamos mercado 1.0.

Em agosto de 2015, foi divulgado um relatório³⁶ sobre “personal data stores” que a Comissão Europeia encomendou à Cambridge Judge Business School. De forma similar aos “PIMS” – “Personal Information

³⁴ COM(2020) 767 final – SEC(2020) 405 final – SWD(2020) 296 final, – cit., pp. 11ss.

³⁵ Com(2020) 66 final, p. 12.

³⁶ Disponível na Página da Internet da Comissão Europeia. Study on Personal Data Stores conducted at the Cambridge University Judge Business School – In Página da Internet da Comissão Europeia [Em linha]. 7-08-2015. [Consult. 27-11-2022]. Disponível em WWW: <<https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/study-personal-data-stores-conducted-cambridge-university-judge-business-school>>.

Management Systems”³⁷, as “personal data stores” surgem enquanto mecanismo viável para aumentar a confiança do consumidor e, consequentemente, o seu envolvimento, no Mercado Único Digital, com o intuito de limitar os constrangimentos à livre circulação de dados entre os Estados-Membros e, nos termos ali vertidos, facilitar uma economia baseada no conhecimento transversal de informação.

O conceito de “personal data stores” diz respeito a uma tecnologia, potencialmente associada a um serviço de computação em nuvem (ou *cloud*), capaz de oferecer aos indivíduos (titulares de dados pessoais), a possibilidade de recolher, armazenar, atualizar, analisar, corrigir e/ou partilhar dados pessoais com as características técnicas necessárias a garantir tanto a gestão como a licitude da informação³⁸, atribuindo aos respetivos titulares maior controlo sobre os seus dados pessoais.

Esta solução³⁹, seria capaz de alterar o paradigma de como os dados das pessoas circulam de forma descontrolada no comércio jurídico, distribuídos em função das forças do mercado, transportando-os dos “silos” de informação sobre a alçada de uma diversidade de entidades⁴⁰, desde os grandes operadores comerciais privados ao setor público, para um modelo em que o titular passaria a ser o centro de toda a gestão da sua informação e respetivo ecossistema. Paralelamente, também as empresas e demais utilizadores da informação do titular dos dados gozariam de um sistema mais transparente, com mais estabilidade do ponto de

³⁷ Em português, Sistemas de Gestão de Informação Pessoal. EDPS Opinion on Personal Information Management Systems Towards more user empowerment in managing and processing personal data – cit.

³⁸ Veja-se no relatório da Cambridge University Judge Business School cit., p. 12.

³⁹ Segundo o referido relatório da Cambridge Judge Business School.

⁴⁰ *Idem*, pp., 4, 11ss. Tem que ver com a monopolização da informação e a descentralização do modelo de governação de dados que se pretendem combater. A ideia máxima, tanto das “personal data stores”, como das PIMS, é a de maximizar a cooperação entre os próprios detentores de dados no sentido de serem transparentes quando à informação de detêm para aumentarem a criação de valor a mesma, passando de um modelo de negócio que tem os detentores de dados como figura central, para um modelo focado no controlo dos dados pessoais pelos seus titulares, que passariam a participar no mercado de monetização dos seus dados pessoais, gerindo e acompanhando os fluxos da sua informação pessoal. Cfr. ainda com os considerandos 27 e 28 do Regulamento de Governação de Dados.

vista do cumprimento das condições de licitude do tratamento, e, até, com maior segurança quanto à qualidade e precisão dos dados usados, que os beneficiaria.

A adoção de um modelo centralizado no titular dos dados pessoais possibilitaria, aos seus titulares, não só o tratamento dos seus dados nos seus termos e nas suas condições, como assim também o fariam no que diz respeito a uma participação ativa no mercado jurídico, atribuindo, diretamente e em função das suas preferências, direitos de utilização sobre os seus dados pessoais. Dando enfoque à perspectiva do interesse público, este modelo poderia, nos termos daquele relatório, ser complementado com um movimento *open data* (de dados abertos) capaz de potenciar as necessidades de desenvolvimento da sociedade e em prol do bem comum – revogando a Diretiva 2003/98/CE, a Diretiva relativa aos dados abertos⁴¹ integrou a estratégia europeia de dados⁴², sem prejuízo dos eventuais riscos acima abordados e que ora não ocupam maiores desenvolvimentos.

Como veremos, foi este o modelo largamente adotado pelo legislador europeu no Regulamento de Governança de Dados proposto em 2020.

3.2. Evidenciação do modelo de governança adotado

Neste Regulamento Governança de Dados, o legislador não deixou de considerar a proposta, da Comissão Europeia, de criação de “espaços comuns europeus de dados específicos (...), que constituirão o quadro concreto de partilha e mutualização de dados (...)”⁴³. Precisamente, por

⁴¹ Diretiva (UE) 2019/1024 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de junho de 2019, relativa aos dados abertos e à reutilização de informações do setor público. OJ L 172, 26.6.2019, p. 56–83.

⁴² “Dados abertos”, nos termos descritos do considerando (16) desta Diretiva, são os “(...) dados em formato aberto que idealmente podem ser utilizados, reutilizados e partilhados de forma livre por qualquer pessoa e para qualquer finalidade (...)”, não obstante a mesma à reutilização de dados pessoais, sem prejuízo da proteção conferida aos titulares dos dados nos termos do RGPD, e em conformidade com o princípio “tão aberto quanto possível, tão fechado quanto necessário” (v. o Considerando (28) da Diretiva relativa aos dados abertos).

⁴³ Cfr. Considerando (2) do Regulamento Governança de Dados.

oposição aos silos que caracterizam o ecossistema de dados atual e que mencionamos na subsecção anterior. É assim que introduzimos alguns dos aspetos integrados no Regulamento de Governança de Dados que nos levam a crer que, neste normativo europeu, existe uma aproximação à ideia de experimentação suprarreferida, de um modelo de mercado de dados a que intitulamos “versão 1.0”. Já que, de facto, este será o primeiro modelo de governança que visa regulamentar o mercado de dados *de facto* que conhecemos. Onde os grandes tecnológicos vingam através do aproveitamento das suas capacidades de criar valor através da informação a que têm acesso. Especialmente, nesta era de *Big Data*⁴⁴, em que a disponibilidade para a Comparem-se as seguintes figuras:

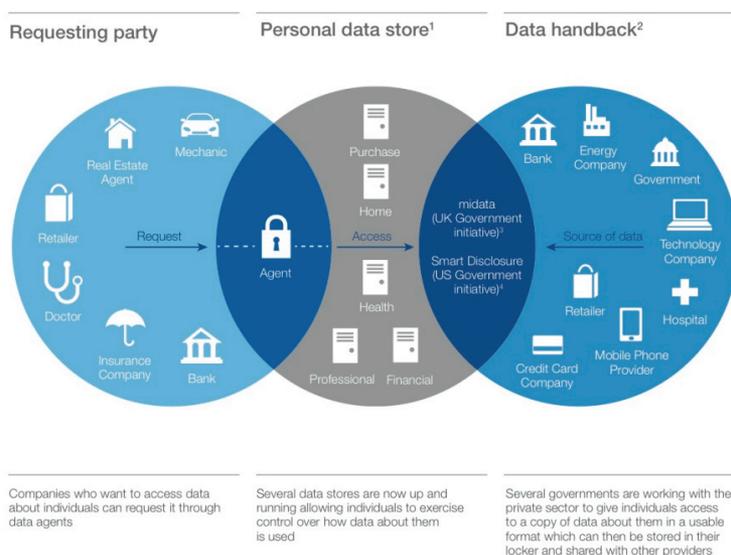


Figura 1 Retirada do relatório da Cambridge Judge Business School “Personal Data Stores”, p. 3

⁴⁴ Sobre o conceito Big Data & Analytics v. CAVANILLAS, José María; CURRY, Edward; WAHLSTER, Wolfgang – New horizons for a data-driven economy: a roadmap for usage and exploitation of Big Data in Europe [Em linha]. Springer Open, 2016. [Consult. 14-01-2019]. p. 31ss.

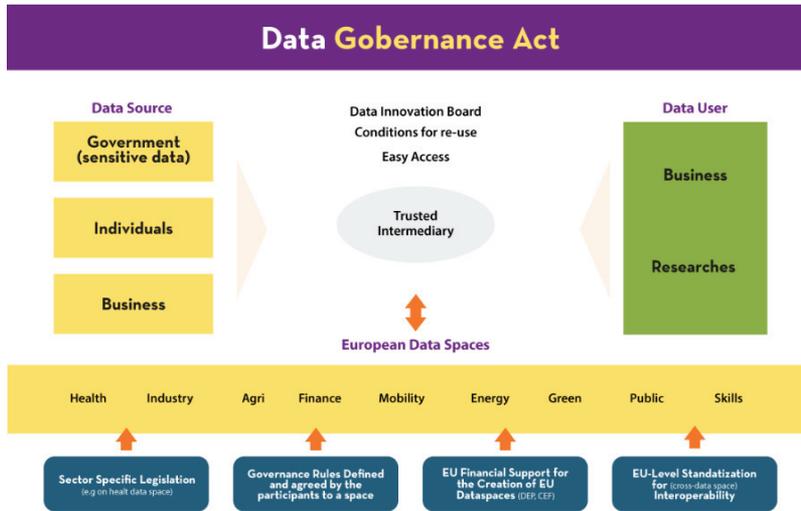


Figura 2 Diagrama criado a partir da Proposta de Regulamento de Governação de Dados, retirada da página na Internet “datos.gob.es” e que se mantém atual no correspondente Regulamento aprovado⁴⁵

Agora, faça-se o exercício de cruzar as figuras de “detentor de dados”, “utilizador de dados”, “titular de dados” e “serviço de intermediação de dados”, introduzidas nas definições do art. 2.º do Regulamento de Governação de Dados. Não é possível desenvolver o desenho e a construção de um tal mercado regulado 1.0? Vejamos:

- Em ambas as figuras temos um elemento central – na Figura 1, este elemento é o “agent”/“data agents”⁴⁶, que é quem gere a “personal data store”; e, na Figura 2, o “trusted intermediary”⁴⁷.

⁴⁵ Disponível na Página da Internet do Secretariado do Estado Espanhol para a Digitalização e Inteligência Artificial do Ministério da Economia e Transformação Digital [Consult. 20-11-2022]. Disponível em WWW: <<https://datos.gob.es/en/blog/impact-assessment-proposal-european-data-governance-regulation>>.

⁴⁶ Na Figura 1 Retirada do relatório da Cambridge Judge Business School “Personal Data Stores”, p. 3.

⁴⁷ Na Figura 2 Diagrama criado a partir da Proposta de Regulamento de Governação de Dados, retirada da página na Internet “datos.gob.es” e que se mantém atual no correspondente Regulamento aprovado.

No Regulamento de Governança de Dados, surge o prestador de serviços de intermediação de dados, que irá funcionar como uma entidade reconhecida e regulada, servindo de agente de confiança na intermediação de relações comerciais que têm como objeto a partilha de dados que pode ocorrer entre titulares ou detentores de dados, e os utilizadores de dados.

- No contexto do serviço de intermediação de dados nos termos do Regulamento de Governança de Dados, a nova figura do “utilizador de dados” passa a titular um direito de tratar os dados que lhe são disponibilizados pela via da intermediação. “Requesting party” e “data user” na figura 1 e na figura 2 acima – respetivamente.
- Os titulares de dados (acrescente-se, pessoais, na aceção do RGPD), que podem fornecer os dados de que são titulares, no âmbito do serviço de intermediação, a utilizadores de dados.⁴⁸
- Quanto à figura do “detentor de dados”, acaba por ser igualmente considerada uma fonte dos dados, que, não sendo titular de dados pessoais, tem um direito de comunicar os mesmos, seja através de concessão de acesso aos mesmos, seja através da sua partilha, a utilizadores de dados.

Assim se introduz a tríade representada nas figuras acima – i.e., “quem disponibiliza os dados”, o “utilizador” e a “fonte de dados”: a fonte de dados objeto do serviço de intermediação de dados, que se pode traduzir na possibilidade de ser o titular dos dados ou um detentor a disponibilizar os dados pessoais, a um utilizador desses dados.

Nesta senda, continuamos em crer⁴⁹ que, a este respeito, Kenneth Laudon, em 1996, mostrou-se visionário, com a sua ideia de criação de

⁴⁸ Em ambas as figuras, Figura 1 Retirada do relatório da Cambridge Judge Business School “Personal Data Stores”, p. 3 e Figura 2, aparecem assumidamente como a fonte dos dados (“source of data”/“data source – respetivamente, e em tradução livre).

⁴⁹ PEREIRA CARNEIRO, Patrícia Filipa (2019) – cit.

um Mercado Nacional de Informação (“*National Information Market*” ou “NIM”)⁵⁰. Com a referência ao “NIM”, Laudon visionava que um modelo de governação de dados pessoais que, entre outros possíveis agentes, contasse com os elementos daquela tríade-chave que mencionamos, permitiria aos titulares dos dados gerir a sua informação de forma mais eficiente dentro do quadro dos seus direitos, e, consequentemente, permitindo maior tutela da sua privacidade. Isto, partindo ainda da premissa de que a privacidade do indivíduo seria salvaguardada se lhe atribuíssemos direitos de propriedade sobre a sua informação pessoal. Aqui chegados, e em clarificação do n.º 2 do art. 17.º do RGPD⁵¹, somamos-lhe a natureza inesgotável dos dados pessoais preconizada pelo Regulamento de Governação de Dados⁵², portanto, passíveis de serem reproduzidos sem afetar o seu caráter de bens jurídicos que derivam da personalidade do indivíduo, ultrapassando, paralelamente, a ideia, de que tais bens estão indisponíveis para circular no comércio⁵³.

⁵⁰ LAUDON, Kenneth C. – cit., pp. 93 e 99ss.

⁵¹ “Quando o responsável pelo tratamento tiver tornado públicos os dados pessoais e for obrigado a apagá-los nos termos do n.º 1, toma as medidas que forem razoáveis, incluindo de caráter técnico, tendo em consideração a tecnologia disponível e os custos da sua aplicação, para informar os responsáveis pelo tratamento efetivo dos dados pessoais de que o titular dos dados lhes solicitou o apagamento das ligações para esses dados pessoais, bem como das cópias ou reproduções dos mesmos.”

⁵² Desde logo, no âmbito da reutilização de dados.

⁵³ V. p.e., JANEČEK, Václav – Ownership of personal data in the Internet of Things. *Computer Law & Security Review* [Em linha], pp. 1039-1052, pp. 5ss. Disponível em WWW: <<https://ssrn.com/abstract=3111047>>. Cfr., p.e., com os considerandos (30) e (31) do Regulamento de Governação de Dados, onde se poderá questionar, inclusive, a existência de um direito à utilização de dados pessoais para fins comerciais não obstante o irrenunciável direito de personalidade à proteção de dados pessoais, a partir da consideração de uma vertente patrimonial daquele direito.

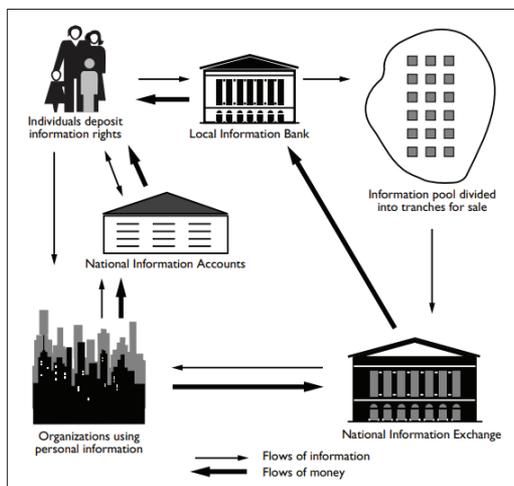


Figura 3 “How a National Information Market Would Work”, do artigo ora referenciado “Markets and Privacy”

Para nós, esta é a principal inovação e reinvenção no/do pensamento jurídico, em que o legislador europeu, ainda que, como temos vindo a apontar, com alguns aspetos menos virtuosos para o direito fundamental à proteção de dados, procurou ultrapassar a ideia de que os dados pessoais são considerados meras “mercadorias de troca”⁵⁴ no âmbito de um mercado de dados. Diríamos, assim, que o legislador assume que a participação, do titular de dados pessoais, no comércio jurídico, não significa uma transmissão de um direito inalienável⁵⁵, pelo contrário, cremos que se trata de maximizar o potencial de um direito

⁵⁴ Cfr. com a posição da EDPS em “Opinion 4/2017 on the Proposal for a Directive on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content”. [Em linha]. (14-03-2017) [Consult. 13-03-2022]), a posição do reiterada pelo Comité Europeu da Proteção de Dados relativamente ao Regulamento Governação de Dados em “Statement 05/2021 on the Data Governance Act in light of the legislative developments”. [Em linha]. (19-05-2021). [Consult. 19-03-2023]; e, mais tarde, em semelhantes moldes, por este Comité e a EDPS na sua opinião conjunta “DPB-EDPS Joint Opinion 2/2022 on the Proposal of the European Parliament and of the Council on harmonised rules on fair access to and use of data (Data Act)” on the Data Act proposal”. [Em linha]. (04-05-2022). [Consult. 19-03-2023].

⁵⁵ Cfr. Considerando (31): “(...) são direitos pessoais do titular dos dados aos quais este não pode renunciar.”

de personalidade. Por exemplo, como acontece com a exploração económica da imagem nos termos do Código Civil^{56 57}.

Usamos o exemplo da exploração económica da imagem porque, de uma forma geral, no contexto da compatibilização entre aquele Regulamento de Governação de Dados e o RGD⁵⁸, está a necessidade de cumprir os requisitos do RGD⁵⁸ – como é o caso da necessidade de assegurar uma base jurídica para a comunicação de dados pessoais⁵⁹. Já de uma forma particular, o Regulamento de Governação de dados⁶⁰ tende em assumir que o consentimento é o fundamento de licitude adequado nos termos da al. a) do n.º 1 do art. 6.º do RGD^{61 62}.

Assim⁶³, recorrendo a um caso de estudo, propomo-nos a averiguar, de entre os vários desafios legais, o subjacente ao fundamento de licitude para a partilha de dados pessoais para efeitos da sua valorização e monetização através de serviços de intermediação de dados pessoais no âmbito do Regulamento de Governação de Dados, em cumprimento do RGD.

⁵⁶ P. CARNEIRO, Patrícia – cit., pp. 124ss.

⁵⁷ Adicionalmente, poderemos considerar que a partilha de dados pessoais no âmbito do Regulamento de Governação de Dados, nem será uma limitação voluntária ao exercício dos seus direitos por via do consentimento, tal como decorre do art.º 81.º do Código Civil e continuando o exemplo da exploração da imagem acima iniciado, quando o próprio legislador admite, como vimos, essa partilha como sendo uma necessidade supra individual – uma necessidade da comunidade europeia.

⁵⁸ Vejam-se os considerandos (6) e (35) do Regulamento de Governação de Dados.

⁵⁹ V., p.e., o considerando (15) do Regulamento de Governação de Dados.

⁶⁰ Na sequência da ideia de “reforçar a capacidade de ação dos titulares, nomeadamente, o controlo que as pessoas exercem sobre os dados que lhe dizem respeito”. Cfr. considerando (30) do Regulamento de Governação de Dados.

⁶¹ “O tratamento só é lícito se e na medida em que se verifique pelo menos uma das seguintes situações: a) O titular dos dados tiver dado o seu consentimento para o tratamento dos seus dados pessoais para uma ou mais finalidades específicas (...)”.

⁶² Cfr., p.e., 2.º par. do considerando (15) e considerando (5); 2.º par. do considerando (26) e considerando (52) – não obstante o exposto no considerando (7) *in fine*: “[e]m geral, no que diz respeito a dados pessoais, o tratamento deve basear-se num ou mais dos fundamentos jurídicos para o tratamento previstos nos artigos 6.º e 9.º do Regulamento (UE) 2016/679.”

⁶³ E tendo presente que a criação de um modelo de mercado de dados pessoais acarreta vários riscos e desafios em diferentes planos do governo de uma sociedade nos termos suprarreferidos.

4. Licitude da partilha de dados (pessoais) através de serviços de intermediação de dados no âmbito do Regulamento de Governação de Dados – caso de estudo

No seguimento do ponto anterior, é aquela tríade – fonte dos dados, prestador de serviços de intermediação de dados e utilizador de dados –, que será alvo do nosso caso de estudo, o qual assume o modelo de partilha de dados que se passará a representar. Cenário:

- Uma organização (utilizador de dados na aceção do Regulamento de Governação de Dados), pretende adquirir informação pessoal que possibilite a identificação de padrões e tendências comportamentais de determinado público-alvo que o permita caracterizar determinada tipologia de clientes seus, titulares dos dados pessoais.
- Para que esta transferência seja possível, um prestador de serviços de intermediação, disponibiliza as ferramentas necessárias à partilha de dados, nomeadamente uma plataforma em linha com uma base de dados alimentada por detentores e utilizadores de dados, na qual cabe ao utilizador de dados identificar as suas necessidades de utilização de dados.

Introduzimos este cenário, na medida em que representa os interesses comerciais dos grandes operadores do mercado *de facto* tal como temos vindo a descrever e como é exemplo o caso da Meta (outrora Facebook). Como vimos, a sua fonte primordial de rendimento é a venda de espaço publicitário direcionado aos interesses dos seus utilizadores. Por outro lado, este cenário tem como objeto a comunicação de informação num modelo de negócio válido no âmbito do Regulamento de Governação de Dados.

Neste caso de estudo, iremos aprofundar em que termos o consentimento enquanto fundamento legal é válido e/ou é o mais adequado, nos termos do RGPD, para o tratamento de dados pessoais no âmbito

do cenário em apreço, considerando, como vimos, que o Regulamento de Governação de Dados parece indiciar uma discriminação positiva do consentimento em detrimento dos demais fundamentos legais previstos nos art. 6.º e 9.º do RGPD. Sendo que, para o efeito, precisaremos analisar a responsabilidade de cada um dos intervenientes na relação de tratamento de dados como a do cenário a utilizar no caso de estudo.

4.1. Pressuposto à verificação das condições de licitude

As condições de licitude deverão ser aferidas em função do respetivo tratamento de dados pessoais, pelo responsável pelo tratamento. Razão pela qual se entende que a identificação do responsável pelo tratamento de dados pessoais no âmbito do Mercado 1.0, deve ser um pressuposto deste caso de estudo.

Para melhor enquadramento, atentemos no art. 6.º do RGPD, que regula a licitude do tratamento e, a título não taxativo, nas seguintes disposições:

- O parágrafo 2, do n.º 3, do art. 6.º do RGPD, relativo à definição de fundamento jurídico específico para os tratamentos do seu n.º 1, alíneas c) e e), integra a seguinte expressão: “(...) ao qual o responsável pelo tratamento está sujeito (...)” – sublinhado nosso. Daqui, decorre que a definição de tal fundamento vincula o responsável pelo tratamento, adiantando o mesmo preceito que o “(...) fundamento jurídico pode prever disposições específicas para adaptar a aplicação das regras do presente regulamento, nomeadamente: as condições gerais de licitude do tratamento pelo responsável pelo seu tratamento (...)” – sublinhado nosso.
- O considerando (50) do RGPD, a respeito das condições de licitude de tratamento de dados posteriores, refere: “para outros fins que não aqueles para os quais os dados pessoais tenham sido inicialmente recolhidos”: “(...) o responsável pelo seu tratamento,

após ter cumprido todos os requisitos para a licitude do tratamento inicial (...)” – sublinhado nosso.

Do exposto, compreendemos que, de entre os vários sujeitos passíveis de serem encontrados no quadro de uma relação de tratamento de dados pessoais, é o poder de determinação das finalidades e dos meios de tratamento de dados pessoais que permite a definição do responsável pelo tratamento de dados pessoais – como se viu, elementos essenciais à identificação do fundamento de licitude que melhor servirá esse mesmo tratamento. Nos termos da alínea 7) do art. 4.º do RGPD, é o responsável pelo tratamento “que, individualmente ou em conjunto com outras [aqui, um responsável conjunto ou corresponsável nos termos do art. 26.º do RGPD], determina as finalidades e os meios de tratamento de dados pessoais” – sublinhado nosso. Pelo que não se poderia dizer, por exemplo, que seria em função do tratamento de dados realizado pelo subcontratante por conta do responsável, na aceção da alínea 8) do art. 4.º do RGPD, que se averiguaria da licitude do tratamento dos dados pessoais⁶⁴.

4.2. Responsabilidade no tratamento de dados pessoais

Não resultando do Regulamento de Governação de Dados, cumpramos, portanto, identificar a responsabilidade de cada um dos intervenientes no tratamento de dados pessoais no âmbito do cenário que consubstancia o nosso caso de estudo.

Face às orientações do Comité Europeu da Proteção de Dados sobre os conceitos de responsável e subcontratante, parece não se verificar a condição de “indissociabilidade” entendida como necessária para que se considere que, entre o detentor de dados e o utilizador dos dados

⁶⁴ Por outro lado, já se poderia considerar que um o “destinatário” de dados pessoais (na aceção da alínea 9) do art. 4.º do RGPD), poderá ser um responsável no tratamento dos dados pessoais que lhe são comunicados no quadro do mercado projetado, cabendo-lhe o cumprimento das respetivas obrigações jurídicas direcionadas às condições de licitude do tratamento de dados.

objeto de intermediação, exista uma relação de corresponsabilidade pelo tratamento de dados pessoais partilhados, desde logo, por tal tratamento não depender da participação nem de um detentor nem de um utilizador de dados específicos:

- (i) o detentor de dados é responsável por garantir que os dados disponibilizados não extravasam os direitos de conceder acesso ou de partilhar dados (quanto ao que nos ocupa, pessoais), portanto;
- (ii) o detentor de dados é responsável pela informação realmente disponibilizada ao utilizador da plataforma de intermediação que pretenda aceder ao “produto” e;
- (iii) o detentor de dados é responsável por criar uma apresentação da informação que tem para comunicar e a ser transmitida através da plataforma do prestador de serviços de intermediação de dados, nomeadamente, se forem registos relativos a um variado número de categorias de titulares de dados pessoais, as respetivas categorias de titulares de dados cuja informação será objeto da comunicação.

Por outro lado, embora o utilizador de dados seja parte na relação estabelecida com o detentor de dados através da plataforma do intermediário de dados, a finalidade subjacente ao tratamento que pretende fazer dos dados pessoais adquiridos será diferente do propósito que levou o detentor a efetuar a comunicação dos dados em questão que, entendemos, ser a de valorização e monetização da informação. A este respeito, a jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia⁶⁵, adotando uma conceptualização ampla, admite que, ainda que as entidades não partilhem da mesma finalidade do tratamento em todas as fases do tratamento, existirá corresponsabilidade se os propósitos das partes em determinadas operações de tratamento dos dados em questão

⁶⁵ Caso C-40/17 do Tribunal de Justiça da União Europeia (Caso “Fashion ID”).

se complementarem ou estiverem intrinsecamente ligados. Por exemplo, através da existência de um benefício comum ou de operações de tratamento de dados subsequentes que reflitam, no quadro global da atividade de tratamento de dados, a participação conjunta das partes na definição da finalidade e dos meios.

No caso de estudo sob análise, o detentor de dados pode ser considerado responsável pelo tratamento no início do ciclo da informação comunicada (desde a recolha dos dados pessoais junto dos seus titulares), e até ao momento prévio à comunicação da mesma através de um intermediário de dados. O que implica, desde logo, que o mesmo responde a condições de licitude próprias no tratamento de dados pessoais que realizar nesse contexto. Relativamente à operação de comunicação dos dados para o seu utilizador, poderá ser considerada realizada em conjunto pelo detentor e o intermediário de dados, respondendo o utilizador enquanto responsável apenas pelo tratamento de dados que realizar desde que teve acesso aos mesmos naquele contexto, para fins próprios. Esta solução parece não coadunar, no entanto, com o exemplo da compra de bases de dados apresentado pela Comissão Europeia no seu sítio *web*⁶⁶. Neste caso, a Comissão Europeia aparenta deixar na responsabilidade de quem vende a base de dados a demonstração de que os mesmos foram recolhidos licitamente⁶⁷, cenário em que o utilizador de dados seria um verdadeiro terceiro na aceção da alínea 10) do art. 4.º do RGPD, e destinatário de dados. A este respeito, diz-nos ainda o Comité Europeu da Proteção de Dados nos elementos supracitados, que importa salientar que a mera existência de um benefício económico mútuo (p.e., comercial) não basta para que, por si só, reflita um cenário de corresponsabilidade.

⁶⁶ Disponível na Página da Internet da Comissão Europeia. [Consult. 27-11-2022]. Disponível em WWW: <https://ec.europa.eu/info/law/law-topic/data-protection/reform/rules-business-and-organisations/legal-grounds-processing-data/can-data-received-third-party-be-used-marketing_pt>.

⁶⁷ Onde se lê: “essa outra organização tem de demonstrar que os dados foram obtidos em conformidade com o Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados e que a sua organização os pode utilizar para fins publicitários”.

Pelo exposto supra, cremos que o facto de o detentor e o utilizador recorrerem a um canal comum de transferência dos dados objeto da relação comercial entre si estabelecida (por exemplo, via de um serviço de intermediação de dados), não justifica que se considere a responsabilidade conjunta das partes, uma vez que a definição da finalidade de valorização e monetização dos dados do detentor de dados pessoais⁶⁸ – assim se compreendendo a mesma –, é independente da vontade do utilizador e dela dissociável.

Em suma, no âmbito do presente caso de estudo, entendemos o detentor e o utilizador de dados pessoais responsáveis, de forma independente, pelo tratamento de dados pessoais objeto da intermediação que se venha a concretizar.

Já a relação estabelecida entre o detentor e o utilizador de dados, e o prestador de serviços de intermediação de dados que disponibiliza e gere a plataforma em linha, apresenta contornos diferentes e, para que este prestador de serviços não seja considerado corresponsável pelo tratamento ou destinatário de dados pessoais, deve o mesmo garantir que não contribui para o tratamento de dados pessoais acima descritos, através da definição de meios e finalidades, influenciando o “se” e “como” o tratamento deveria ocorrer:

- Poderá ser enquadrado como subcontratante na aceção do RGPD caso se considere que não prossegue qualquer finalidade própria no tratamento, tratando os dados pessoais em nome daquelas partes, limitando-se ao fornecimento de meios; e,
- Consequentemente, será considerado responsável pelo tratamento na persecução de uma finalidade própria, nomeadamente, de intermediação de dados, com todos as suas minúcias, como a

⁶⁸ O titular de dados pessoais está naturalmente dotado de poderes de disposição da sua informação pessoal, daí que o “dever fiduciário” do prestador de serviços de intermediação de dados previsto no considerando (33) do Regulamento de Governação de Dados e depois desenvolvido, por exemplo, no art. 12.º, seja de maior pertinência.

segurança da plataforma e da confidencialidade e integridade base de informação sob a sua alçada⁶⁹; ou,

- Poderá ser visto como corresponsável, com cada um dos intervenientes em questão (detentor e utilizador de dados), se apresentar uma vontade convergente com cada um daqueles intervenientes, nomeadamente, com o mesmo propósito do detentor de dados, identificado como “valorização e monetização de dados”.

Concluimos, assim, que, para efeitos do presente artigo, o prestador de serviços de intermediação poderá ser considerado responsável pelo tratamento de dados que realiza no contexto de intermediação de dados e, eventualmente, subcontratante do detentor e utilizador de dados, dependendo da sua participação modelo de intermediação, nomeadamente, do ponto de vista das ferramentas acessórias disponibilizadas para o efeito. Sem mais, não será considerado corresponsável pelo tratamento de dados pessoais, surgindo como um mero “facilitador do negócio” através do fornecimento das ferramentas necessárias ao processo. Pelo que o detentor e o utilizador de dados serão os responsáveis por garantir a licitude do tratamento de dados no âmbito do Mercado 1.0.

4.3. Consentimento do titular dos dados – uma imposição de base legal?

Aqui chegados, resta-nos indagar sobre o fundamento jurídico subjacente à partilha de dados no âmbito de um serviço de intermediação de dados. No RGPD, encontramos no art. 6.º e, em particular, no seu n.º 1, os fundamentos de licitude aplicáveis ao tratamento de dados pessoais que não consubstanciem categorias especiais de dados pessoais nos termos e para os efeitos do art. 9.º do mesmo Regulamento, ou seja,

⁶⁹ Cfr. PAR/2022/99 da Comissão Nacional de Proteção de Dados.

aqueles dados pessoais que, pela sua natureza, se considerem especialmente sensíveis. Para estas categorias especiais de dados, vale uma proibição genérica de tratamento de dados (cf. n.º 1 do art. 9.º do RGPD), devendo o responsável pelo tratamento procurar autorização para o tratamento de tais categorias especiais de dados pessoais nas derrogações explícitas à proibição geral de tratamento previstas no n.º 2 do art. 9.º do RGPD, ou nos normativos nacionais, que poderão estabelecer disposições de proteção de dados específicas, “para dar cumprimento a uma obrigação legal, para o exercício de funções de interesse público ou para o exercício da autoridade pública de que está investido o responsável pelo tratamento”⁷⁰ (veja-se o n.º 3 do art. 9.º do RGPD).

No que a este ensaio diz respeito, focar-nos-emos, como vimos, no consentimento do titular dos dados enquanto base de licitude –alínea a) do n.º 1 do art. 6.º do RGPD)⁷¹. Perante os vários os momentos em que o Regulamento de Governação de Dados refere o consentimento como base legal para o efeito, questionamo-nos sobre uma eventual imposição legal de obtenção do consentimento do titular para o tratamento dos seus dados naquele contexto e, em particular, no do cenário proposto no ponto 3.1 deste trabalho. Por exemplo, no considerando (50) daquele Regulamento, prevê que “[r]egra geral, o altruísmo de dados deverá basear-se no consentimento dos titulares dos dados (...)” – sublinhado nosso; já no art. 25.º do Regulamento de Governação de Dados, o legislador refere a necessidade de utilização de um formulário de consentimento. Por sua vez, e porque não é do nosso interesse imediato pronunciarmo-nos sobre o regime da reutilização de dados para fins de altruísmo, trazemos à colação a alínea m) do art. 12.º do Regulamento de Governação de Dados, onde o legislador assume a obrigatoriedade de o prestador de serviços de intermediação de dados obter o consentimento do titular para o tratamento de dados

⁷⁰ Cfr. com o considerando (51) do RGPD.

⁷¹ “(...) O tratamento só é lícito se e na medida em que se verifique pelo menos uma das seguintes situações: a) O titular dos dados tiver dado o seu consentimento para o tratamento dos seus dados pessoais para uma ou mais finalidades específicas (...)” – sublinhado nosso.

pelos utilizadores dos dados⁷². Desta forma, não existindo qualquer ordem ou primazia de base jurídica no RGPD, deverá considerar-se que estamos perante um conflito de leis tal como prevenido no considerando (4) do Regulamento de Governação de Dados⁷³, ou devemos desconsiderar, por completo, qualquer outro fundamento jurídico, assim como a necessidade de ser o utilizador de dados – como vimos, responsável pelo tratamento –, a assegurar as condições de licitude do tratamento?

Nos termos da alínea b) do n.º 1 do art. 6.º do RGPD, o tratamento de dados pessoais será igualmente lícito se “(...) 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”. E, aqui, o contrato pode, até, ser tripartido, entre os elementos da tríade (fonte dos dados, prestador de serviços de intermediação de dados e utilizador de dados). Assim, para analisarmos, por exemplo, se cada um dos vendedores nos cenários acima descritos poderão fundamentar o tratamento dos dados pessoais no âmbito do mercado projetado num contrato, dever-se-á aferir se aqueles dados pessoais são necessários para a celebração e execução do mesmo. Quanto a esta necessidade, tem-se entendido que deve ser interpretada restritivamente, no sentido de que se verificará uma necessidade de tratamento de dados pessoais para a execução de um contrato se existir uma relação direta e objetiva entre o tratamento de dados pessoais em questão e o propósito da execução do contrato⁷⁴. Ou seja, na medida em que não seja possível a realização ou o cumprimento do contrato entre as partes sem que os dados pessoais do respetivo titular sejam tratados. Sendo que, *ab initio*,

⁷² Curioso é também atentar no relatório da avaliação de impacto ao Regulamento de Governação de Dados – cit. versus uma das principais preocupações do legislador, voltada para a falta de confiança do titular de dados pessoais para a partilha dos seus dados. Naquele relatório, o consentimento é amplamente explorado enquanto meio de obter esta confiança, recorrendo a esquemas estrangeiros, como é o caso japonês plasmado no seu anexo 6, para fundamentar essa crida mais-valia.

⁷³ Como referimos na secção 3, em caso de conflito, deverá aplicar-se o RGPD.

⁷⁴ V. “Guidelines 05/2020 on consent under Regulation 2016/679” emitidas pelo European Data Protection Board, versão 1.1, de 4-05-2020, ponto 30, p. 10.

conseguimos identificar o âmbito de tal contrato: a partilha de dados, “(...) com base em acordos voluntários ou no direito da União ou nacional (...)”⁷⁵; e, não é novidade que, no sistema jurídico português, os bens da personalidade circulem no comércio em benefício do próprio titular ou de terceiros, designadamente, no contexto dos contratos de cedência de exploração de imagem de desportistas⁷⁶⁷⁷.

Isto posto, ressalvamos que do n.º 3 do art. 7.º do RGPD, resulta que “ao avaliar se o consentimento é dado livremente, há que verificar com a máxima atenção se, designadamente, a execução de um contrato, inclusive a prestação de um serviço, está subordinada ao consentimento para o tratamento de dados pessoais que não é necessário para a execução desse contrato”. Ou seja, verificando-se o caso, a licitude tratamento de dados pessoais estaria antes sob a alçada da alínea b) do n.º 1 do art. 6.º do RGPD, e não da alínea a) daquele mesmo preceito, que seria considerada desadequada para o efeito. Isto implica que qualquer pressão⁷⁸ ou influência exercida pelos demais intervenientes no tratamento, sobre o titular, na escolha pela monetização dos seus dados pessoais⁷⁹, não é permitida sob pena de o consentimento obtido do

⁷⁵ Art. 2.º, 10) do Regulamento de Governação de Dados.

⁷⁶ Assim como não é novidade que, os dados pessoais, são suscetíveis de ser objeto de “troca” enquanto contrapartida de um serviço, no quadro dos contratos de consumo de conteúdos e serviços digitais, sendo discutível se não serão verdadeiras contraprestações, do ponto de vista obrigacional da relação negocial estabelecida.

⁷⁷ A este respeito é, no entanto, interessante, lermos a posição da Autoridade de Controlo Irlandesa (Comissão Irlandesa de Proteção de Dados) tal como escortinada pela NOYB a respeito de a Facebook (agora Meta) utilizar o contrato enquanto fundamento de licitude no contexto que nos levou a criar o cenário do caso de estudo, em linha [Consult. 19-03-2023]. Segundo o entendimento daquela Autoridade de Controlo, o serviço de publicidade direcionada em função do comportamento do utilizador não é necessário à abertura da conta na rede social e usufruição da mesma. Disponível em WWW: <<https://noyb.eu/en/breaking-meta-prohibited-use-personal-data-advertising>>.

⁷⁸ Por exemplo, condicionar o fornecimento de um serviço, um serviço de qualidade superior, ou determinada funcionalidade, à autorização do titular direcionada à monetização dos seus dados pessoais, quando o fornecimento dos mesmos é independente do fornecimento do serviço.

⁷⁹ Por exemplo, caso em que o prestador de serviços de intermediação de dados atribuisse um benefício ao titular, como um bônus por cada registo de dados pessoais a partilhar, se o mesmo consentisse em tal valorização e monetização.

titular ser considerado inválido⁸⁰. O mesmo se diga, a respeito das “permissões-imposições legais” que aprecem resultar do Regulamento de Governação de Dados, para o tratamento de dados pessoais no contexto da reutilização^{81 82}. Em última linha, a utilização do consentimento por defeito em detrimento de outros fundamentos de licitude pode criar um efeito adverso face ao mercado de dados projetado pela U.E. Pense-se, por exemplo, no impacto financeiro da abordagem do Regulamento de Governação de Dados na atribuição de controlo, ao titular, sobre os seus dados pessoais, em especial, para efeitos da sua participação no mercado de dados e extração de valor dos seus dados pessoais. Considerar-se-á o n.º 4 do art. 6.º do RGPD justificação suficiente para a reutilização dos dados pessoais do seu titular, como opção aparentemente introduzida no considerando (15) do Regulamento de Governação de Dados?

5. Conclusão

Dúvidas não nos restam quanto à paulatina criação estruturada de um mercado interno (europeu) digital que não exclua⁸³ a “partilha e a mutualização”⁸⁴ de dados pessoais, em prol de uma economia digital

⁸⁰ Seria curioso também conceber o caso em que o utilizador dos dados fosse uma entidade pública, cenário em que a validade do consentimento seria contestável, pois que uma entidade pública, face ao desequilíbrio de poderes entre as partes, dificilmente poderia contar com o consentimento do titular.

⁸¹ Cfr. como a considerando (15) in fine.

⁸² Perguntamo-nos se esta imposição visa o preenchimento dos critérios do n.º 3 do art. 6.º do RGPD.

⁸³ Cfr. Considerando (6) do Regulamento de Governação de Dados: “(...) No entanto, determinadas categorias de dados, como os dados comerciais confidenciais, os dados que estão sujeitos a confidencialidade estatística e os dados protegidos por direitos de propriedade intelectual de terceiros, incluindo segredos comerciais e dados pessoais, que se encontram em bases de dados públicas, muitas vezes não são disponibilizados, nem sequer para atividades de investigação ou de inovação de interesse público, apesar dessa disponibilidade ser possível nos termos do direito da União aplicável, em particular do Regulamento (UE) 2016/679 e das Diretivas 2002/58/CE e (UE) 2016/680 (...)” – sublinhado nosso.

⁸⁴ Considerando (2) do Regulamento de Governação de Dados.

européia, cuja base é a criação de uma cadeia de valor associada aos dados em geral.

É este o contexto do Regulamento de Governança de Dados, que surge da análise da aplicação de sistemas que visam a adoção de modelo centralizado no titular dos dados pessoais para sua participação ativa no mercado de dados, como é o caso das “Personal Data Stores”. Entre os aspetos principais destes modelos, está a alteração de paradigma relativamente ao modo como os dados das pessoas circulam no comércio jurídico, transportando-os dos “silos” de informação que caracterizam os grandes operadores económicos, para um modelo em que o titular passaria a ser o centro de toda a gestão da sua informação e respetivo ecossistema.

Várias questões estão ainda por tratar a este respeito, e a definição das condições de licitude para a intermediação e partilha de dados no âmbito de um Mercado de dados 1.0 é apenas uma delas, e, sempre dependerá, pelo menos, de 2 (dois) pontos: i) da concretização contextual dos cenários de “valorização e monetização de dados pessoais” – finalidade para o tratamento de dados pessoais no caso de estudo em análise e que, é também uma possibilidade de entre várias; ii) da identificação da responsabilidade dos intervenientes no tratamento de dados. Só assim conseguiremos identificar qual dos fundamentos previstos no art. 6.º do RGPD, e das autorizações para o tratamento de categorias especiais de dados listadas no art. 9.º do RGPD, poderia comportar menor risco para os titulares de dados pessoais no mercado de dados projetado⁸⁵.

Entendemos a ideia principal do legislador quando, no Regulamento de Governança de Dados, parece impor a utilização do consentimento do titular enquanto fundamento legal, que é a de assegurar que o titular dos dados pessoais tem o controlo efetivo sobre a escolha direcionada ao tratamento dos seus dados pessoais⁸⁶.

⁸⁵ Riscos legais/sancionatórios, financeiros, e até de imagem/reputação do responsável pelo tratamento de dados tal como descrito mencionados acima.

⁸⁶ V. “Guidelines 05/2020 on consent under Regulation 2016/679” – cit., ponto 3, p. 5.

Em todo o caso, este não é o único fundamento jurídico previsto no RGPD e, como tivemos oportunidade de referir, não existe uma ordem para a sua seleção. Ademais, é perigosa a falta de clareza introduzida pelo Regulamento de Governança de Dados, quanto à sua articulação com o RGPD. Embora, ali, o legislador faça essencialmente sobressair a necessidade de recolha do consentimento, estipulando, até, um modelo de formulário de recolha de consentimento⁸⁷; continua a fazer alusão, pontualmente e em paralelo, a outros conceitos que criam alguma margem de dúvida a respeito do fundamento de licitude preconizado. Por exemplo, quando se refere a negociação dos termos e condições do tratamento de dados⁸⁸; ou, à possibilidade de os dados recolhidos serem reutilizados sem tal consentimento⁸⁹.

Daí termos introduzido a celebração de um contrato ou a relação pré contratual enquanto fundamento jurídico viável para o tratamento de dados sob análise. Acima de tudo, enquanto fundamento a invocar pelo utilizador de dados, especialmente, se este conseguir demonstrar que: a) o mesmo foi celebrado com o titular dos dados pessoais tratados, embora por via da intermediação; b) o contrato é válido nos termos da legislação aplicável; e, c) os dados pessoais tratados são objetivamente necessários à execução do contrato – portanto, essa necessidade não decorrerá meramente de uma condição contratual aposta no contrato⁹⁰.

Concluimos, portanto, que o Regulamento de Governança de Dados cria uma situação de desconforto no que diz respeito à sua

⁸⁷ Art. 25.º do Regulamento de Governança de Dados.

⁸⁸ Al. 15) do art. 2.º do Regulamento de Governança de Dados.

⁸⁹ Considerando (15) in fine.

⁹⁰ Neste sentido, v. o parecer do “Parecer 06/2014 sobre o conceito de interesses legítimos do responsável pelo tratamento dos dados na aceção do art. 7.º da Diretiva 95/46/CE” adotado pelo Grupo de Trabalho do Artigo 29.º para a proteção de dados em 9 de abril de 2014 (WP217): “A disposição deve ser interpretada de forma estrita e não abrange as situações nas quais o tratamento não seja verdadeiramente necessário para a execução de um contrato, mas sim imposto unilateralmente à pessoa em causa pelo responsável pelo tratamento.” Acrescentando: “A disposição deve ser interpretada de forma estrita e não abrange as situações nas quais o tratamento não seja verdadeiramente necessário para a execução de um contrato, mas sim imposto unilateralmente à pessoa em causa pelo responsável pelo tratamento” – cf. p. 26.

articulação com o RGPD, sendo necessária reformulação no seu texto, sob pena de cairmos em interpretações diversas e prejudiciais do ponto de vista da proteção de dados pessoais, nomeadamente, potenciando tratamentos diferenciados dos titulares dos dados pessoais enquanto “fontes de dados” no Mercado de dados 1.0.

Não é claro se o legislador, no Regulamento de Governação de Dados, pretendia estipular o consentimento como fundamento de licitude para o tratamento de dados pessoais no contexto do modelo de governação que instituiu. E, ainda que tivesse sido, tal sempre teria de ser analisado do ponto de vista do princípio da licitude estipulado na al. a) do n.º 1 do art. 5.º do RGPD. Desde logo, a respeito da compatibilização daquela imposição legal com o preceituado nos n.ºs 3 e 4 do art. 6.º do RGPD.

Como vemos as coisas, o consentimento não é o único fundamento legal, nos termos do RGPD, passível de ser invocado neste contexto.

Por fim, não obstante o esforço de rever o texto do Regulamento de Governação de Dados em função das críticas que lhe foram tecidas no âmbito do seu processo legislativo, criticamos a leviandade com que o legislador desconsiderou o RGPD no Regulamento de Governação de Dados, o que era ainda mais evidente no texto da sua proposta.

Parece-nos, pois, evidente, a necessidade de maior desenvolvimento sobre o tema, começando pela fiscalização das estruturas de mercado entretanto criadas.