

“*Consent or Pay*” – novo capítulo na saga dos dados pessoais como contraprestação nos contratos de fornecimento de conteúdos e serviços digitais

MARTIM FARINHA¹

Resumo: Depois da Meta ter sido efetivamente proibida de utilizar a cumprimento do contrato e os interesses legítimos como base de licitude do tratamento de dados para diversas finalidades, incluindo publicidade personalizada, e da decisão do TJUE no caso C-252/21 a confirmar esta interpretação, esta anunciou que iria passar a basear o tratamento no consentimento dos titulares de dados. No entanto, a Meta acabou por implementar um modelo de “Pay or Consent”, em que os titulares de dados têm duas opções: fornecer o seu consentimento a estes tratamentos de dados ou aceitar o pagamento de uma mensalidade. No seguimento deste anúncio, organizações não governamentais (ONG) como a NOYB apresentaram várias queixas quanto à validade do consentimento e à violação de direitos fundamentais a autoridades de controlo nacionais, que por sua vez remeteram ao Comité Europeu de Proteção de Dados (EDPB), enquanto um consórcio liderado pela BEUC apresentaram queixas com base em violações do Direito do Consumo. O presente texto pretende enquadrar as questões levantadas pela adoção destes modelos contratuais, relembrando parte do debate que ocorreu quanto à compatibilidade da solução adotada na Diretiva 2019/770 (DCD) dos contratos de fornecimento de conteúdos e serviços digitais com o Regulamento 2016/679 (RGPD), quanto aos dados

¹ Professor Convidado e Doutorando na NOVA School of Law, Knowledge Lawyer na Vieira de Almeida & Associados. Master in Law and Technology, NOVA School of Law. Investigador no NOVA Consumer Lab, Observatório para a Proteção de Dados Pessoais, WhatNext.Law e CEDIS I&D. ORCID: 0000-0002-3183-0774, SSRN <https://ssrn.com/author=4096365>

As opiniões e posições deste texto são apenas do autor.

personais como contraprestação, de forma a compreender os antecedentes, e as principais falhas e críticas da decisão do EDPB na Opinião 08/2024².

Palavras-chave: Proteção de Dados; Regulamento Geral de Proteção de Dados Pessoais; Dados como Contraprestação; Direito do Consumo; Cookie Walls; Paywalls; Consentimento; Meta; Facebook; Privacidade, Consentir or Pagar.

Abstract: After Meta was effectively banned from using performance of contract and legitimate interests as the basis for lawful data processing for various purposes, including personalised advertising, and the CJEU ruling in case C-252/21 confirming this interpretation, it announced that it would be basing processing on the consent of data subjects. However, Meta ended up implementing a “Pay or Consent” model, in which data subjects have two options: provide their consent to this data processing or accept payment of a monthly fee (€12.99 for access to one of the social networks, with an additional €8 for the other). Following this announcement, non-governmental organizations such as NGOs such as NOYB lodged several complaints about the validity of consent and the violation of fundamental rights with national supervisory authorities, which in turn referred them to the European Data Protection Board (EDPB), while a consortium lead by BEUC also submitted complaints on the basis of violations of EU Consumer Law. This text aims to frame the issues raised by the adoption of these contractual models, recalling part of the debate that took place regarding the compatibility of the solution adopted in Directive 2019/770 (DCD) for contracts for the supply of digital content and services with Regulation 2016/679 (GDPR), regarding personal data as consideration, in order to understand possible directions of the EDPB’s decision.

² O principal objetivo deste texto foi prever o sentido de decisão deste órgão. Atendendo a que decisão foi publicada posteriormente, este é apenas sumariamente criticada.

Keywords: Data Protection; General Data Protection Regulation; Data as Counter-Performance; Consumer Law; Cookie Walls; Paywalls; Consent; Meta; Facebook; Privacy, Consent or Pay.

1. Introdução – Uma notificação estranha no Facebook e no Instagram

Para o típico utilizador das redes sociais Facebook e Instagram, da Meta Inc., o mês de outubro de 2023 pode ter sido um mês “normal” como tantos outros. Para uma minoria, ligeiramente mais informada, até pode ocorrer uma conversa de café: “olha, vi nas notícias, acho que o Instagram vai passar a ser pago”³. Estas conversas eventualmente esmoreciam devido à falta de certeza sobre os detalhes, desconfiança na veracidade do “rumor” ou simples indiferença.

No entanto, já em novembro, estas conversas foram retomadas, agora com muito mais participação. Isto porque, no início deste mês, todos os utilizadores destas redes sociais⁴, receberam uma notificação bastante “estranha”, em cada um dos serviços. “Estranha”, não porque parecesse um caso de *phishing*, pela apresentação ou linguagem, mas pela “persistência” da mesma e do conteúdo da mensagem.

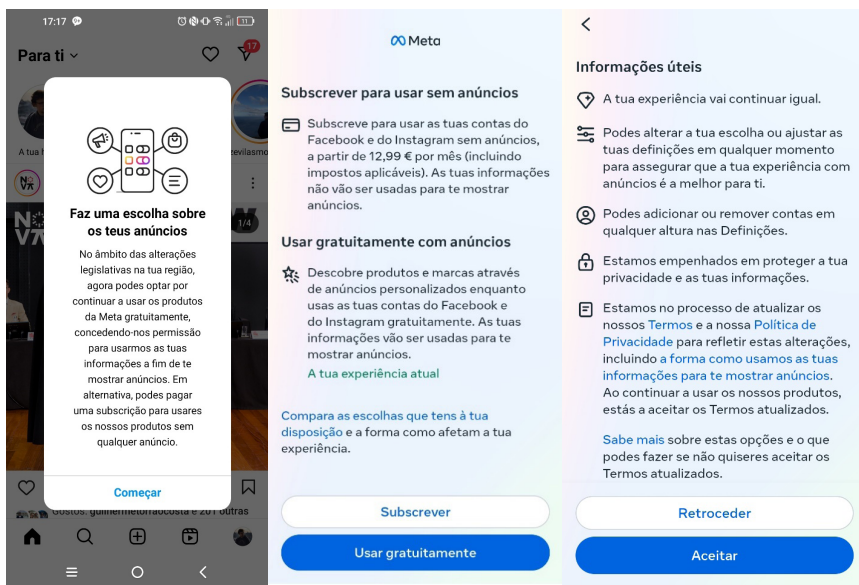
A notificação, que ativamente interrompia a visualização do *feed* de ambas as aplicações, referia que “No âmbito de alterações legislativas na tua região, agora podes optar por continuar a usar os produtos da

³ Expresso, “Se quiser Facebook e Instagram sem anúncios, prepare-se para pagar pelo menos 10 euros”, Expresso, 03/10/2023, disponível em https://expresso.pt/economia/economia_tecnologia/2023-10-03-Se-quiser-Facebook-e-Instagram-sem-anuncios-prepare-se-para-pagar-pelo-menos-10-euros-36060c2c

Sam Schechner, “Meta Plans to Charge \$14 a Month for Ad-Free Instagram or Facebook” Wall Street Journal, 03/10/2023, disponível em <https://www.wsj.com/tech/meta-floats-charging-14-a-month-for-ad-free-instagram-or-facebook-5dbaf4d5> (consultados em 29/02/2024)

⁴ Exame Informática, “Facebook e Instagram vão ter modalidade paga, sem anúncios” Visão, Exame Informática, 31/10/2023, disponível em <https://visao.pt/exameinformatica/noticias-ei/mercados/2023-10-31-facebook-e-instagram-vao-ter-modalidade-paga-sem-anuncios/> (consultado em 29/02/2024)

Meta gratuitamente, concedendo-nos permissão para usarmos as tuas informações a fim de te mostrar anúncios. Em alternativa, podes pagar uma subscrição para usares os nossos produtos sem qualquer anúncio”⁵.



Esta notificação não podia ser fechada para continuar a utilizar a aplicação, era mesmo preciso clicar em “Começar”, passando para uma interface da Meta, “Centro das Contas”, onde a escolha teria de ser feita. Em Portugal e no resto da UE, EEE e na Suíça, todos os utilizadores foram assim obrigados a escolher entre pagar (“Pay”) 12,99€ por mês ou o dar o consentimento (“Okay”) ao tratamento de dados pessoais.

A ideia de passar a pagar uma mensalidade com um valor substancial pelo Facebook e ou o Instagram, que sempre foram “gratuitos”, causou choque e controvérsia⁶.

5

⁶ Blake Montgomery, “Is Meta’s ad-free service just another way to make people pay for privacy?”, *The Guardian*, December 2023, [Is Meta’s ad-free service just another way to make people pay for privacy? | Technology | The Guardian](#)

No entanto, embora estas mensagens tenham causado algum burburinho e confusão, a realidade é que poucos utilizadores devem ter lido completamente todas as mensagens, e a maioria dos que leu rapidamente as deve ter esquecido, após terem dado o consentimento ao tratamento de dados. Uma vez fechada a notificação que obstruía o ecrã e passada a “novidade” e o choque dos 13€ arredondados, o assunto “morreu”.

Porém, para uma ínfima minoria de pessoas que insiste em estudar estas matérias (profissionais, ativistas, académicos, advogados, encarregados de proteção de dados, entre outros) este tema continuou. E continuou com bastante pujança porque não se tratou de um incidente isolado, que até pode ter aberto alguns telejornais e servido como pergunta em jogos de *trivia* obscuros. Estas notificações e aquilo que efetivamente implicam são apenas o mais recente capítulo de uma autêntica saga que já tem vários anos: o tratamento de dados pessoais como contraprestação em contratos (tipicamente de consumo) de fornecimento de conteúdos e serviços digitais.

Esta questão implica um debate sobre a natureza do direito fundamental à proteção dos dados: se este pode ser “comodificado”, até que ponto é que os dados pessoais podem ser tratados como um ativo económico, se os titulares de dados podem “pagar” com os seus dados, e se o consentimento para o tratamento de dados nestes casos pode ser considerado válido, compatível com as normas e princípios do Regulamento Geral de Proteção de Dados (RGPD)⁷.

⁷Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016, relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados e que revoga a Diretiva 95/46/CE (Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados), disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32016R0679&qid=1709311878874>

A admissibilidade dos dados como contraprestação já tinha sido muito discutida entre 2015-2022⁸⁻⁹, devido aos procedimentos legislativos (e aos subsequentemente procedimentos de transposição) de duas diretivas de direito consumo, a Diretiva 2019/770, dos contratos de fornecimento de conteúdos e serviços digitais (DCD) e da Diretiva 2019/2161, de modernização do direito de consumo (Diretiva Omnibus). Neste debate, a doutrina foi gradualmente pendendo para a sua permissibilidade, pela admissibilidade das soluções adoptadas. O assunto foi, de certa forma, esmorecendo/pacificando-se com as transposições.

No entanto, como vemos, este assunto afinal não se encontrava assim tão fechado.

Após ter sofrido uma série de derrotas frente à autoridade de controlo (DPA – *Data Protection Authorities*) irlandesa¹⁰⁻¹¹,

⁸ O autor já apresentou e defendeu várias das posições defendidas neste texto em obras anteriores, entre as quais destaca Martim Farinha, “Os limites da Proteção dos Consumidores no regime do Tratamento de Dados Pessoais como Contraprestação na Diretiva (UE) 2019/770”, Jorge Morais Carvalho, Inês Crispim, Maria Miguel Oliveira da Silva, Martim Farinha, *Diretivas 2019/770 e 2019/771 e Decreto-Lei n.º 84/2021 – Compra e Venda, Fornecimento de Conteúdos e Serviços Digitais, Conformidade, Sustentabilidade e Dados Pessoais*, Almedina 2022, pp. 143-187.

⁹ Sobre o tema de dados como contraprestação e a DCD, a doutrina portuguesa já explorou bastante este tema, essencialmente concordando pela admissibilidade deste mecanismo. Jorge Morais Carvalho, *Manual de Direito do Consumo*, Almedina 8.ª edição 2022, pp. 94-100. Também do NOVA Consumer Lab, analisando a proteção dos consumidores, Matilde Ortins de Bettencourt, “A proteção do consumidor em contratos digitais: análise dos contratos celebrados com dados como contraprestação”, *Anuário do NOVA Consumer Lab Ano 3- 2021*, pp.387 e ss. Com uma posição bastante diferente, sobre a admissibilidade da base de licitude de execução do contrato para o tratamento de dados pessoais além dos estritamente necessários do art. 6.º n.º1 al. b) do RGPD, Rui Gordete Almeida, “Os dados pessoais como contraprestação nos contratos de consumo – a necessidade para a execução do contrato como fundamento de licitude do tratamento”, *RED – Revista Electrónica do Direito*, Vol. 21 N.º 2, 2023. Concordando com várias das posições assumidas pelo autor deste texto, Matilde Bettencourt e Jorge Morais Carvalho, Maria Cunha Pinto, “Dados Pessoais Como Objeto Mediato de Negócios Jurídicos Onerosos”, *Revista da Ordem dos Advogados ROA III/IV 2022* pp. 607-646.

¹⁰ EDPB, “Binding Decision 4/2022 on the dispute submitted by the Irish SA on Meta Platforms Ireland Limited and its Instagram service (Art. 65 GDPR)”, Janeiro 2023, disponível em https://www.edpb.europa.eu/our-work-tools/our-documents/binding-decision-board-art-65/binding-decision-42022-dispute-submitted_en

¹¹ Data Protection Commission, “Data Protection Commission announces conclusion of two inquiries into Meta Ireland”, Janeiro 2023, disponível em <https://www.dataprotection.ie/en/news-media/data-protection-commission-announces-conclusion-two-inquiries-meta-ireland>

norueguesa¹²⁻¹³, ao Comité Europeu de Proteção de Dados (doravante, “EDPB”, de *European Data Protection Board*) e ao Bundeskartellamt (autoridade da concorrência federal na Alemanha) no Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE)¹⁴, a Meta viu-se proibida de utilizar a execução do contrato e os interesses legítimos como base de licitude para o tratamento de dados. “Forçada” a utilizar o consentimento (e talvez inspirada num *obiter dictum* do TJUE no caso C-251/22), a Meta introduziu o mecanismo referido acima e reabriu este grande debate, com a equiparação nua e crua do consentimento aos 12,99€.

Rapidamente, ainda em novembro de 2023, várias organizações não governamentais (ONG), da qual destacamos a NOYB, apresentaram queixas junto de diversas autoridades de controlo, enquanto outras organizações, como a BEUC¹⁵⁻¹⁶, com o apoio de um grande consórcio de associações de defesa dos direitos de consumidores, apresentaram queixas similares junto da Rede de Cooperação das Autoridades de Defesa dos Consumidores – tudo isto, de forma a combater esta prática, cunhada de “Pay or Okay”¹⁷ ou “Consent or Pay”.

No final de janeiro de 2024, a autoridade de controlo norueguesa, *Datatilsynet*, colocou um pedido, em conjunto com a autoridade de

¹² Datatilsynet, “Temporary ban on behavioural advertising on Facebook and Instagram”, julho 2023, disponível em <https://www.datatilsynet.no/en/news/aktuelle-nyheter-2023/temporary-ban-of-behavioural-advertising-on-facebook-and-instagram/>

¹³ Datatilsynet, “The Norwegian Data Protection Authority’s decision against Meta is extended to the EU/EEA and made permanent”, novembro 2023, disponível em <https://www.datatilsynet.no/en/news/aktuelle-nyheter-2023/the-norwegian-data-protection-authoritys-decision-against-meta-is-extended-to-the-eueea-and-made-permanent/>

¹⁴ C-252/21 Meta Platforms Inc. v. Bundeskartellamt, ECLI:EU:C:2023:537 <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=275125&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=249028>

¹⁵ BEUC, “Choose to lose with Meta”, disponível em <https://www.beuc.eu/choose-to-lose-with-meta>

¹⁶ BEUC, “An assessment of Meta’s new paid-subscription model from a consumer law perspective”, novembro 2023, disponível em <https://www.beuc.eu/reports/assessment-metas-new-paid-subscription-model-consumer-law-perspective>

¹⁷ NOYB, “noyb files GDPR complaint against Meta over ‘Pay or Okay’”, NOYB, 28/11/2023, disponível em <https://noyb.eu/en/noyb-files-gdpr-complaint-against-meta-over-pay-or-okay>

controlo dos Países Baixos e a autoridade de controlo de Hamburgo, ao EDPB para emitir um parecer sobre estas práticas¹⁸.

Com este item na agenda do EDPB – tendo sido discutido no passado dia 13 de fevereiro¹⁹ – existiam muitas expectativas em volta desta matéria. Como a autoridade norueguesa referiu, existe uma encruzilhada “*this is a huge fork in the road. Is data protection a fundamental right for everyone, or is it a luxury reserved for the wealthy?*”.

O EDPB ficou então de votar e emitir um parecer final sobre o pedido da autoridade norueguesa nas reuniões seguintes. Ainda nesta reunião de fevereiro, foi ainda reconhecida a necessidade de linhas de orientação com um âmbito mais alargado, que vá além do contexto destas grandes plataformas online²⁰⁻²¹, tendo este item ficado para setembro-outubro.

Adicionalmente, a Comissão Europeia, com base no art. 74(2) do Regulamento dos Serviços Digitais²², requereu no início de março à Meta o fornecimento de informações sobre várias matérias, incluindo quanto ao modelo de *pay or consent* (“*Subscription for no Ads options*”) adotado no Facebook e Instagram²³. No Reino Unido, a ICO (*Information*

¹⁸ Datatilsynet, “Request for an EDPB opinion on “consent or pay”, 2024, disponível em <https://www.datatilsynet.no/en/news/aktuelle-nyheter-2024/request-for-an-edpb-opinion-on-consent-or-pay/>

¹⁹ EDPB, “Agenda 90th EDPB meeting 13 February 2024”, 2024, disponível em https://www.edpb.europa.eu/system/files/2024-02/20240213pleni.2.agenda_public.pdf

²⁰ EDPB, “EDPB clarifies notion of main establishment and calls on EU legislators to make sure CSAM Regulation respects rights to privacy and data protection”, 14 de fevereiro 2024, disponível em https://www.edpb.europa.eu/news/news/2024/edpb-clarifies-notion-main-establishment-and-calls-eu-legislators-make-sure-csam_en

²¹ EDPB, “Final 90th Plenary meeting 13 February 2024, in person”, 14 de fevereiro 2024, disponível em https://www.edpb.europa.eu/system/files/2024-03/20240213finalminutes90thplenarymeeting_public.pdf

²² 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).

²³ Comissão Europeia, “Commission sends request for information to Meta under the Digital Services Act”, 1 de março de 2024, disponível em <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/news/commission-sends-request-information-meta-under-digital-services-act-1>

Commissioner’s Office) lançou uma consulta pública sobre este tema²⁴.

Finalmente, após muita antecipação e bastante especulação, o EDPB na sua reunião de abril acordou a sua posição e publica a “Opinion 08/2024 on Valid Consent in the Context of Consent or Pay Models Implemented by Large Online Platforms”²⁵ a 17 de abril. As conclusões do documento suscitaram reações muitas distintas.

Este artigo pretende enquadrar os leitores nas principais questões a ser debatidas, e sugerir possíveis posições futuras. Sendo este um tema de grande “sobreposição” e encontro entre o direito da proteção de dados, o direito dos contratos, e o direito do consumo, exige uma abordagem completa multidisciplinar.

Para tal, vamos começar por: a) em primeiro lugar, iremos brevemente introduzir a questão do tratamento dos dados pessoais terem um valor económico que impede a classificação de certas relações jurídicas (como o fornecimento de conteúdos e serviços digitais), como contratos gratuitos; b) de seguida, vamos enquadrar como o Legislador Europeu procurou abordar esta questão através da Diretiva 2019/770²⁶, dos conteúdos e serviços digitais (DCD) e da Diretiva 2019/2161²⁷, da Modernização do Direito do Consumo (Diretiva *Omnibus*), procurando enquadrar este fenómeno de forma a permitir a aplicação do Direito do Consumo Europeu em conformidade com o RGPD; c) vamos aferir como é que é feita a articulação entre estes instrumentos e o RGPD,

²⁴ ICO, “Call for views on “consent or pay” business models”, março 2024, disponível em <https://ico.org.uk/about-the-ico/ico-and-stakeholder-consultations/call-for-views-on-consent-or-pay-business-models/>

²⁵ EDPB, “Opinion 08/2024 on Valid Consent in the Context of Consent or Pay Models Implemented by Large Online Platforms, 17 abril 2024, disponível em: https://www.edpb.europa.eu/system/files/2024-04/edpb_opinion_202408_consentorpay_en.pdf

²⁶ 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, disponível em [Diretiva – 2019/770 – PT – EUR-Lex \(europa.eu\)](https://eur-lex.europa.eu/legislation-summary/summary/2019/770)

²⁷ Diretiva (UE) 2019/2161 do Parlamento Europeu e do Conselho de 27 de novembro de 2019 que altera a Diretiva 93/13/CEE do Conselho e as Diretivas 98/6/CE, 2005/29/CE e 2011/83/UE do Parlamento Europeu e do Conselho a fim de assegurar uma melhor aplicação e a modernização das regras da União em matéria de defesa dos consumidores, disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32019L2161&qid=1709311806227>

em especial quanto à questão do consentimento. Quanto a este, a decisão recente do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) em julho de 2023 no caso C-251/22 Meta Inc., tem especial importância devido a um *obiter dictum* que aparenta ter aberto as portas ao mecanismo do “*Consent or Pay*”; d) depois deste enquadramento, apresentamos as queixas que foram realizadas pelas ONG e iremos refletir sobre as previsões feitas sobre a decisão do EDPB, contrastando com o resultado final da *Opinion 08/2024*.

2. Não são contratos gratuitos: a importância económica dos dados pessoais

Falar da importância económica dos dados pessoais em 2024 é o equivalente a “bater na mesma tecla”²⁸.

Este é um assunto gasto e fechado depois de uma década de controvérsias, escândalos, documentários na Netflix, reportagens, audiências de reguladores e comissões de inquérito em ambos os lados do Atlântico, envolvendo os principais atores da revolução digital os GAMTA (Google, Amazon, META, Twitter e Apple) e as suas contrapartes chinesas (Tiktok e Alibaba).

A percepção pública nunca esteve tão consciente e informada sobre o “capitalismo de vigilância”²⁹, os modelos de negócio das plataformas online e a importância económica dos dados pessoais dos utilizadores. O lançamento do ChatGPT e a corrida subsequente para a criação de melhores LLMs (*large language models*) e ferramentas de inteligência artificial generativa (GenAI), exacerbou ainda mais o interesse e

²⁸ Já defendido anteriormente em parte em Martim Farinha, “Os limites da Proteção dos Consumidores no regime do Tratamento de Dados Pessoais como Contraprestação (...)” Almedina 2022, pp. 143-146.

²⁹ Shoshana Zuboff, “The Age of Surveillance Capitalism: The Fight for a Human Future at the New Frontier of Power”, 2019, Profile Books Ltd., ISBN:9781781256855.

preocupação da sociedade no seu todo em relação à forma como os seus dados pessoais podem estar a ser utilizados³⁰.

Desta forma, os utilizadores sabem que o facto de muitos serviços digitais (redes sociais, plataformas online, videojogos, etc.) não requererem um pagamento de uma quantia monetária não significa que estes serviços sejam “verdadeiramente gratuitos”. O tratamento dos dados pessoais estava a ser utilizado para diversas finalidades comerciais, seja para treinar algoritmos ou a criação de perfis detalhados para publicidade personalizada.

Ainda assim, como acontece frequentemente com inovações disruptivas³¹, quando estes modelos de contratação surgiram e posteriormente se tornaram omnipresentes, durante a primeira metade da década de 2010, o Direito não estava preparado para dar resposta a este novo problema³². Durante este período, devido à ausência de uma base legal clara, subsistiram bastantes dúvidas sobre o carácter gratuito ou oneroso destes negócios jurídicos. Como esta incerteza favorecia a primeira posição, os consumidores-titulares de dados foram prejudicados, dado que isto impedia a aplicabilidade de grande parte do Direito do Consumo. Em muitas jurisdições, que não reconhecem os contratos sem “*consideration*”, a conclusão pelo carácter gratuito era assim “fatal”.

Felizmente, como já sabemos, o paradigma mudou, em especial na União Europeia.

A proteção dos consumidores e dos seus dados pessoais foi elevada a uma das principais prioridades do Legislador Europeu, como se

³⁰ Ver Comissão Europeia, “Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões Uma estratégia europeia para os dados”, COM(2020) 66 final.

³¹ Só na última década, tecnologias disruptivas como Blockchain e Inteligência Artificial Generativa, têm levantado grandes desafios e forçado o legisladores em todo o mundo a repensar modelos regulatórios.

³² C. Langhanke e M. Schmidt-Kessel, “Consumer Data as Consideration”, *Journal of European Consumer and Market Law*, 2015, pp. 218 e segs.

pode observar pela estratégia do Mercado Único Digital de 2015³³, no “*New Deal for Consumers*” de 2018³⁴ e na Década Digital de 2020³⁵.

Destas agendas legislativas resultaram a DCD e a Diretiva *Omnibus*, que reconhecem expressamente o papel dos dados pessoais dos consumidores na contratação e asseguram a aplicabilidade das normas do Direito de Consumo Europeu a estes modelos de negócios, no qual não há lugar a um pagamento em quantias monetárias³⁶.

Entretanto, ainda antes destes diplomas se tornarem aplicáveis, surgiu mais um caso que sedimentou a irreversibilidade desta questão.

Se durante muitos anos a página inicial do Facebook tinha o seu slogan “*It’s free and always will be*”, este teve de ser retirado, tendo inclusive sido aplicada uma coima de cinco milhões de euros à Facebook em Itália³⁷ em 2021, por o *slogan* constituir uma prática comercial desleal³⁸,

³³ 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.

³⁴ Comissão Europeia, “*Novo Acordo para os Consumidores*”, 2018, disponível com todas as propostas, diretivas revistas, linhas de orientação e outros documentos em: https://ec.europa.eu/info/law/law-topic/consumer-protection-law/review-eu-consumer-law-new-deal-consumers_pt

³⁵ Comissão Europeia, “*Uma Europa preparada para a Era Digital*”, 2020 disponível em: https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age_pt

³⁶ A Diretiva *Omnibus* vem também permitir a aplicabilidade da Diretiva 2011/83/EU, ver Comissão Europeia, “*Commission Notice Guidance on the interpretation and application of Directive 2011/83/EU of the European Parliament and of the Council on consumer rights*” 2021, pp. 17 a 19.

³⁷ Ver a Decisão n.º 2631/21 Consiglio di Stato, que pode ser consultada em: Giuseppe Casano “*Si può fare commercio di dati personali?* [Consiglio di Stato, sentenza 29 marzo 2021 n. 2631]”, 2021, em <https://dirittodiinternet.it/si-puo-fare-commercio-di-dati-personali-consiglio-di-sato-sentenza-29-marzo-2021-n-2631/> Para uma análise do acórdão, ver Donato Maria Matera, “*Personal Data as Counter-performance and Consumer Protection. An Unfair Commercial Practices Italian Decision*”, NOVA Consumer Lab, 2021, em <https://novaconsumerlab.nova-law.unl.pt/personal-data-as-counter-performance-and-consumer-protection-an-unfair-commercial-practices-italian-decision/>

³⁸ A querela que subsistia sobre a gratuidade desses serviços já não se coloca nível europeu, sendo essas práticas comerciais consideradas desleais. Ver Comissão Europeia, “*Commission Notice, Guidance on the interpretation and application of Directive 2005/29/EC of the European Parliament and of the Council concerning unfair business-to-consumer commercial practices in the internal market*” 2021, pp. 22 a 23, 82 a 84. Disponível: https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/c_2021_9320_1_ucpd-guidance_en.pdf

à luz da lei nacional que transpunha a Diretiva das Práticas Comerciais Desleais, Diretiva 2005/29/CE³⁹.

No entanto, como referimos, a aprovação final e transposição pelos Estados-Membros da DCD e da Diretiva *Omnibus* não puseram fim ao debate jurídico sobre a (im)possibilidade de dados pessoais constituírem contraprestações contratuais. Embora a doutrina europeia tenha assumido uma posição mais recetiva na adoção desta noção⁴⁰ e o debate tenha minguado, como vemos com as alegações feitas quanto ao “Pay and Consent” ainda subsistem alguns dúvidas (especialmente junto de certos stakeholders), quanto a uma possível colisão e incompatibilidade entre o Direito da Proteção de Dados e o Direito da Privacidade e o Direito das Obrigações e o Direito dos Contratos.

Estas dúvidas centram-se na própria validade da contratualização/comoditização do tratamento dos dados pessoais enquanto possível violação de direitos fundamentais (o que implicaria que estes contratos seriam contrários à ordem pública), e em especial, quanto compatibilidade entre a solução adotada na DCD e Diretiva *Omnibus* com o RGPD, em especial quanto à validade do consentimento.

³⁹ Diretiva 2005/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de Maio de 2005, relativa às práticas comerciais desleais das empresas face aos consumidores no mercado interno e que altera a Directiva 84/450/CEE do Conselho, as Directivas 97/7/CE, 98/27/CE e 2002/65/CE e o Regulamento (CE) n.º 2006/2004 («directiva relativa às práticas comerciais desleais»), disponível em [Diretiva – 2005/29 – PT – EUR-Lex \(europa.eu\)](#)

⁴⁰ Axel Metzger, “Data as Counter-Performance: What Rights and Duties do Parties Have?”, 8 *JIPITEC* 2, 2017; Giuseppe Versaci, “Personal Data and Contract Law: Challenges and Concerns about the Economic Exploitation of the Right to Data Protection”, *ERCL*, Vol. 14(4) 2018; PHILIPP HACKER, “Regulating the Economic Impact of Data as Counter-Performance: From the Illegality Doctrine to the Unfair Contract Terms Directive”, disponível no SSRN 2019; Madalena Narciso, “‘Gratuitous’ Digital Content Contracts in EU Consumer Law.”, *EuCML* 6.5 (2017); Jorge Morais Carvalho e Martim Farinha, “Goods with Digital Elements, Digital Content and Digital Services in Directives 2019/770 and 2019/771”, *Revista de Direito e Tecnologia*, Vol. 2 (2020), No. 2, 257-270.

3. O mecanismo de aplicabilidade da Diretiva 2019/770 e da Diretiva 2019/2161

3.1 Os procedimentos legislativos destas diretivas

A DCD e a sua “irmã”, a Diretiva 2019/771 da compra e venda de bens de consumo⁴¹, foram propostas no final de 2015 num contexto muito particular⁴².

No âmbito da recém-lançada Estratégia do Mercado Único Digital⁴³, a Comissão delineou entre as suas prioridades legislativas a necessidade de harmonizar as normas do comércio eletrónico no espaço europeu, de forma a melhorar a proteção dos consumidores e facilitar o seu acesso a conteúdos e serviços digitais.

Neste sentido, decidiu aproveitar as melhores partes⁴⁴ do CESL (sigla inglesa da proposta um Regulamento relativo a um direito europeu comum da compra e venda)⁴⁵, uma tentativa anterior de promover

⁴¹ 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

⁴² Sobre este procedimento legislativo, ver Martim Farinha, “Os limites da Proteção dos Consumidores no regime do Tratamento de Dados Pessoais como Contraprestação (...)”, Almedina 2022, pp. 147-154. Jorge Morais Carvalho, Martim Farinha, Tecnología, “Plataformas Digitales y Derecho del Consumo: Evolución Legislativa Reciente en la Unión Europea”. In *Aportaciones Jurídicas a la Economía de Plataformas*, Editorial Aranzadi.2023. 1 ed., pp. 35-53.

⁴³ 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.

⁴⁴ É notável que o considerando 18 da proposta do CESL, publicada em outubro de 2011, já mencionava a questão de “os conteúdos digitais são muitas vezes fornecidos Os conteúdos digitais são muitas vezes fornecidos não a troco de um preço, mas combinados com outros bens ou serviços pagos, incluindo contrapartidas não pecuniárias, como o acesso a dados pessoais, ou gratuitos, no contexto de estratégias de marketing (...) Atendendo a esta estrutura específica do mercado (...) a possibilidade de aplicar o direito europeu comum da compra e venda não deve estar dependente do pagamento de um preço pelos conteúdos digitais em causa.

⁴⁵ Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho relativo a um direito europeu comum da compra e venda COM/2011/0635 final. Este instrumento incluía já várias normas sobre contratos cujo objeto fosse o fornecimento de conteúdos digitais. SCHULZE (ed.), “*Common European Sales Law – Commentary*”, Nomos 2012. M. Loo, “The regulation of digital content B2C contracts in CESL”, *EuCML* 2014.

um “código civil europeu”⁴⁶, para “montar” estas duas diretivas de Direito de Consumo.

Ao optar por este caminho, a Comissão assumiu uma postura bastante mais pragmática, que lhe permitia contornar vários obstáculos. Ao focar o âmbito no Direito do Consumo conseguia circundar a resistência levantada pelo carácter muito distintivo das culturas jurídicas nacionais em matéria de Direito dos Contratos, e o formato escolhido, diretivas, ainda que de máxima harmonização, permitia desbloquear as negociações ao conferir alguma margem de discricionariedade na transposição aos Estados-Membros.

O RGPD ainda não tinha sido aprovado⁴⁷ mas as questões relacionadas com a proteção dos dados pessoais já estavam bem destacadas pela Comissão. Entre estas, destacamos a problemática dos contratos que não contemplam o pagamento de uma quantia monetária, mas a permissão pelo consumidor para o tratamento de dados pessoais, bastante patente no próprio texto da proposta da DCD⁴⁸ e na Análise de Impacto da mesma⁴⁹.

A proposta da DCD incluía assim no seu art. 3.º parágrafos 1 e 4 (cuja interpretação seria complementada pelos considerandos 13, 14 e 15) um mecanismo que permita a aplicação das normas da Diretiva (com algumas adaptações) aos contratos em que “a contrapartida consiste em dados pessoais”.

Esta norma que estendia o âmbito objetivo da DCD para os casos em que os dados fossem ativamente fornecidos pelos consumidores, estabelecia como principais exceções os casos em que os dados

⁴⁶ O CESL tratava-se de um instrumento meramente optativo para regular os contratos entre privados focado essencialmente no Direito das Obrigações.

⁴⁷ Só aconteceria mais tarde, maio de 2016.

⁴⁸ Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho sobre certos aspetos relativos aos contratos de fornecimento de conteúdos digitais COM(2015) 634 final.

⁴⁹ Commission Staff Working Document, *Impact Assessment Accompanying the document Proposals for Directives of the European Parliament and of the Council (1) on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content and (2) on certain aspects concerning contracts for the online and other distance sales of goods* {COM(2015) 634 final}, pp. 10, 31, 33, 39.

personais fossem apenas os estritamente necessários à execução do contrato e ou ao cumprimento de obrigações legais que recaíssem sobre o profissional. Foi deixado de fora também os dados que fossem automaticamente recolhidos pelo profissional, como os endereços IP e metadados recolhidos através de *cookies*⁵⁰.

3.2 As críticas à comodificação de Direitos Fundamentais na DCD e da Diretiva Omnibus

Esta formulação dos artigos na proposta da Comissão, que equiparava de forma “crua” a permissão do tratamento dos dados pessoais ao pagamento do preço⁵¹, foi bastante controversa. Com a aprovação do RGPD uns meses depois, o procedimento legislativo da DCD tornou-se bastante conturbado, tendo a redação destes preceitos em específico suscitado bastante críticas de vários *stakeholders*, seja de ONGs,⁵² de *Think tanks*⁵³, da Academia⁵⁴ e de outras próprias instituições europeias⁵⁵. Estes afirmavam que a equiparação do tratamento de dados pessoais ao pagamento de um preço monetário poderia resultar na

⁵⁰ Axel Metzger, *Data as Counter-Performance: What Rights and Duties do Parties Have?*, 8 (2017) *JIPITEC* 2; L. Drechsler, “Data as Counter-Performance: A New Way Forward or a Step Back for the Fundamental Right of Data Protection?”, 2018, pp. 2 a 4.

⁵¹ As críticas também se focaram na limitação do escopo apenas aos dados que fossem ativamente fornecidos pelos consumidores, deixando de lado os dados que fossem recolhidos “passivamente”.

⁵² Proposal for a Directive on Contracts for the Supply of Digital Content BEUC preliminary position, BEUC 2016.

⁵³ European Law Institute (ELI), *Statement of the European Law Institute on The European Commission’s Proposed Directive on The Supply of Digital Content to Consumers*, Com (2015) 634 Final.

⁵⁴ Rafał Mańko e Shara Monteleone, ‘Contracts for the Supply of Digital Content and Personal Data Protection’ (2017) <http://bit.ly/2URMM9W>; Madalena Narciso, “Dados Pessoais como Contraprestação em Contratos de Consumo – Breve Reflexão”, *Anuário NOVA Consumer Lab Ano 1 – 2019*, p. 143; J. Metzger et al., ‘Data-Related Aspects of the Digital Content Directive’, *Journal of Intellectual Property, Information Technology and Electronic Commerce Law* Vol.9 2018, pp. 93 e segs.

⁵⁵ EDPS, “Opinion 4/2017 on the Proposal for a Directive on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content, EDPS 2017, disponível em https://www.edps.europa.eu/sites/default/files/publication/17-03-14_opinion_digital_content_en.pdf

comodificação, na mercantilização expressa de um direito fundamental⁵⁶.

Entre os principais críticos destacamos a Autoridade Europeia de Proteção de Dados (EDPS), que foi especialmente veemente nesta questão, opondo-se à formulação na proposta da DCD no seu parecer 4/2017, e posteriormente também sobre a proposta da Diretiva *Omnibus*, lançada em 2018, no “Novo Acordo para os Consumidores”, com o seu parecer 8/2018⁵⁷.

O EDPS referiu que, ainda que fosse meritória a extensão de aplicabilidade de ambas as Diretivas para permitir enquadrar estes falsos serviços grátis, que tal não deveria ser alcançado ao equiparar os dados pessoais ao pagamento de um preço. Na sua defesa dos dados pessoais enquanto um direito fundamental, à luz do Direito da UE e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH), o EDPS apontou que, ainda que haja um mercado para o tráfico de órgão humanos, o Direito Europeu não pode legitimar tais práticas, regulando-as.

Além destas considerações o EDPS apontou falhas também à ausência de uma clara definição de contraprestação e contrapartida, as dificuldades que surgem com o exercício do direito de resolução e o direito de restituição do preço (como é que se calcula o valor económicos dos dados pessoais a ser restituído ao consumidor), a falta de compreensão pelos consumidores sobre as políticas de privacidade, que por sua vez eram pouco transparentes.

O EDPS efetuou ainda uma análise das bases legais de tratamento de dados e dos direitos dos titulares no contexto nestes contratos. Concordou com o WP29 (atual EDPB) que, em alguns casos, a utilização de operações de tratamento com base em interesses legítimos do responsável ou de terceiros, como a colocação de publicidade

⁵⁶ Ver Martim Farinha, “Os limites da Proteção dos Consumidores no regime do Tratamento de Dados Pessoais como Contraprestação (...)”, Almedina 2022, pp. 149-155.

⁵⁷ EDPS, “Opinion 8/2018 on the legislative package ‘A New Deal for Consumers’”, 2018, disponível em https://www.edps.europa.eu/sites/default/files/publication/18-10-05_opinion_consumer_law_en.pdf

personalizada, poderia ser admissível. Ainda assim, expressou várias dúvidas sobre esta possibilidade, assim como a utilização do consentimento, especialmente no que se refere à exigência deste ser livre.

Esta posição do EDPS, assumindo uma posição praticamente proibitiva de qualquer exploração económica dos dados pessoais, decorrente do seu carácter como direito fundamental, não foi completamente bem recebida pela doutrina⁵⁸.

3.3 A letra final do art. 3.º na DCD – “contrapartida” é palavra proibida e o tratamento de dados pessoais é uma contraprestação *sui generis*

No seguimento destas intervenções, o art. 3.º-1 e os considerandos 24, 25, 32 e 37 a 40 da DCD são o resultado final de muita negociação e vários compromissos⁵⁹ assumidos para apaziguar as preocupações do EDPS e dos seus apoiantes⁶⁰.

Para assegurar que a aplicabilidade da DCD se mantém sempre compatível com a proteção do direito fundamental do direito à proteção de dados, é reiterado, repetidamente, a primazia do RGPD e das suas normas⁶¹.

Todas as menções expressas a “dados como contraprestação”, “contrapartida” e qualquer elemento indicador de um sinalagma ou

⁵⁸ Guisepppe Versaci, “Personal Data and Contract Law: Challenges and Concerns about the Economic Exploitation of the Right to Data Protection”, *ERCL*, Vol. 14(4) 2018, pp. 382 a 391.

⁵⁹ Ver Martim Farinha, “Os limites da Proteção dos Consumidores no regime do Tratamento de Dados Pessoais como Contraprestação (...)”, Almedina 2022, pp. 154-158.

^R. Manko e S. Monteleone, “Contracts for the Supply of digital content and personal data protection”, EPRS Briefing PE 603.929, 2017; Parlamento Europeu, “Report on the proposal for a directive of the European Parliament and the Council on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content (First Reading) – General Approach”, 2017.

⁶⁰ Dado que a Diretiva Omnibus, aprovada em dezembro do mesmo ano segue a mesma formulação à letra, centraremos a nossa abordagem na DCD.

⁶¹ Qualquer tentativa de mencionar o princípio *lex posterior derogat legi priori*, em relação à DCD sobre o RGPD é completamente inútil nestes termos.

troca recíproca entre profissional e consumidor foram, essencialmente, “purgadas” do texto⁶²⁻⁶³.

Há uma separação clara entre a noção de preço e pagamento⁶⁴ face à aplicabilidade da DCD aos contratos em que o “consumidor faculta ou se compromete a facultar dados pessoais”.

Nos considerandos, em especial o 24, encontramos expressamente o que está apenas “nas entrelinhas” dos artigos, isto é, a proibição de chamar a uma contrapartida, contrapartida.

O texto reconhece que há conteúdos e serviços digitais que são fornecidos em “situações em que o consumidor não paga um preço, mas faculta dados”, que estes modelos de negócio já são uma “parte considerável do mercado”, que “Embora (...) a proteção dos dados pessoais” seja um direito fundamental e os dados pessoais não possam ser considerados um “produto de base”, a DCD deverá aplica-se para assegurar que os consumidores são protegidos nestes contratos.

O “embora” é particularmente revelador. Os dados pessoais não podem ser considerados com um ativo económico, mas nos casos em que “são”, por serem uma condição de acesso a conteúdos e serviços, então, as normas da DCD, de contratos de consumo, devem aplicar-se. “Contraprestação” é assim tratada como “A-PALAVRA-QUE-NÃO-PODE-SER-PRONUNCIADA”, como refere José Antonio Castillo Parrilla⁶⁵. Funcionalmente é uma contrapartida, que não pode ser reconhecida expressamente como tal.

⁶² Madalena Narciso, Dados Pessoais como Contraprestação em Contratos de Consumo – Breve Reflexão, *Anuário NOVA Consumer Lab Ano 1 – 2019*, pp. 143. Sein e Spindler, ‘The new Directive on Contracts for the Supply of Digital Content and Digital Services – Scope of Application and Trader’s Obligation to Supply – Part 1’ (2019) 3 *ERCL* 257–279, p. 263.

⁶³ Zohar Efroni, “Location Data as Contractual Counter-Performance: A Consumer Perspective on Recent EU Legislation”, pp. 257–283, pp. 275 e seguintes, in M. Finck et al. (eds.), *Smart Urban Mobility*, 2020, MPI Studies on Intellectual Property and Competition Law 29, https://doi.org/10.1007/978-3-662-61920-9_13.

⁶⁴ (no art. 2.º-7 e considerando 23).

⁶⁵ Numa referência acutilante ao nome utilizado pelos mágicos que temiam o terrível Voldmort dos livros do Harry Potter, em José Antonio Castillo Parrilla “‘A-PALAVRA-QUE-NÃO-PODE-SER-PRONUNCIADA’ – Pagar Com Dados Pessoais Em Portugal E Em Espanha”, junho 2023, NOVA Consumer Blog, <https://novaconsumerlab.novalaw.unl.pt/a-palavra-que-nao-pode-ser-pronunciada-pagar-com-dados-pessoais-em-portugal-e-em-espanha/>

A DCD indica que os Estados-Membros usufruem de bastante discricionariedade para estenderem o Art. 3.º-1 a outros casos na transposição para os seus ordenamentos jurídicos, desde a inclusão da recolha de metadados⁶⁶, os casos em que o consumidor seja exposto a anúncios como condição de acesso a conteúdos e serviços digitais antes de celebrar qualquer contrato e, de forma mais notória, quais os efeitos para o contrato quando o consumidor-titular de dados retire o seu consentimento.

Acresce que, se analisarmos o art. 3.º-1, percebemos que o seu âmbito de aplicação é já por si, bastante extenso.

Em primeiro lugar, aplica-se apenas a contratos, deixando a sua concretização normativa, definição e as matérias de formação, validade, nulidade e efeitos para o direito nacional. Em contraste, ignora quaisquer tipologias contratuais (nacionais, regionais, etc.), focando-se no objeto. Aplica-se a todos os contratos em que haja o fornecimento de conteúdos e serviços digitais e sejam tratados dados pessoais do consumidor-titular de dados, ou este se comprometa a facultá-los⁶⁷.

Esta exclusão dos contratos é especialmente relevante para o caso paradigmático da navegação online em que o consumidor-titular de dados esteja meramente exposto a anúncios publicitários, e do tratamento de metadados, geralmente obtidos por cookies. Estes casos são geralmente deixado para o possível campo de aplicação da Diretiva da Privacidade Eletrónica (“*e-Privacy Directive*”⁶⁸), exceto nos casos em que o direito nacional do Estado Membro considerar que se encontra celebrado um contrato entre as partes. O Legislador Europeu não

⁶⁶ Zohar Efroni, “Location Data as Contractual Counter-Performance: A Consumer Perspective on Recent EU Legislation”, pp. 257–283, p. 276, in M. FINCK et al. (eds.), *Smart Urban Mobility*, 2020, MPI Studies on Intellectual Property and Competition Law 29, https://doi.org/10.1007/978-3-662-61920-9_13

⁶⁷ Dirk Staudenmayer, “Article 3”, pp. 69 e segs. In Reiner Schulze e Dirk Staudenmayer, *EU Digital Law Article-by-Article Commentary*, Nomos 2020.

⁶⁸ 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.

pretendeu expandir a DCD a estas situações (que no fundo seria impor a sua aplicabilidade na quase totalidade das atividades online)⁶⁹.

Existem apenas duas exceções em que não se aplica: as operações de tratamento de dados que tenham como finalidade exclusiva o fornecimento dos conteúdos e serviços em conformidade com a diretiva e ou no cumprimento de requisitos legais em que o profissional-responsável do tratamento está sujeito. O alcance deste preceito é assim conceptualmente definido por uma delimitação negativa, resultando num âmbito de aplicação bastante amplo⁷⁰.

O enunciado desta norma permite ainda outro resultado: se o responsável pelo tratamento violar o RGPD, seja porque o tratamento não foi transparente, por não ter sido devidamente comunicado ao titular dos dados e ou este não tiver uma base de licitude válida, a DCD é ainda assim aplicável.

Desta forma, caso o responsável pelo tratamento indicasse incorretamente que o tratamento de dados era necessário para a execução do contrato (art. 6.º n.º 1 alínea b RGPD), a DCD seria ainda aplicável⁷¹. O titular de dados, enquanto consumidor, beneficia assim da proteção simultânea do RGPD e da DCD, e o profissional-responsável pelo tratamento não beneficia de violar o primeiro para impedir a aplicação do segundo.

Quanto às duas exceções exclusivas do art. 3.º n.º 1 DCD, defendemos que estas devem ser interpretadas com referência a duas bases de licitude do tratamento do art. 6.º RGPD⁷², devido aos princípios subjacentes à sua redação.

⁶⁹ Sein e Spindler, ‘The new Directive on Contracts for the Supply of Digital Content and Digital Services – Scope of Application and Trader’s Obligation to Supply – Part 1’ (2019) 3 *ERCL* 257–279, p. 263.

⁷⁰ O número 4 do mesmo artigo contém um elenco taxativos de serviços digitais que estão excluídos do âmbito material da DCD.

⁷¹ Axel Metzger, ‘A Market Model for Personal Data: State of Play under the New Directive on Digital Content and Digital Services’, In “*Data as Counter-Performance – Contract Law 2.0?*”, pp. 33 e 34.

⁷² Discordando da nossa posição, Dirk Staudenmayer, ‘Article 3’, p. 72 e segs. In Reiner Schulze e Dirk Staudenmayer, *EU Digital Law Article-by-Article Commentary*, Nomos 2020.

Quando os tratamentos de dados sejam exclusivamente para assegurar que os serviços e conteúdos digitais sejam fornecidos em conformidade com a DCD, somos remetidos para o cumprimento das obrigações contratuais no art. 6.º n.º 1 alínea b) RGPD. Embora haja algumas divergências que possam indicar que o preceito da DCD vai muito além da mera execução das obrigações contratuais, substancialmente não existem grandes diferenças – como o considerando 25 da DCD aponta (e os trabalhos preparatórios confirmam)⁷³, o princípio determinante é a necessidade, complementado pela minimização dos dados e de limitação de finalidades, isto é, o tratamento ser indispensável, essencial para assegurar o fornecimento⁷⁴ ao consumidor.

Esta exceção só se aplica aos tratamentos de dados necessários ao cumprimento pontual das obrigações, quando outros meios menos intrusivos não sejam possíveis.

A outra exceção aplica-se no leque limitado de circunstâncias em que o profissional está sujeito a claras obrigações legais⁷⁵, fruto do direito nacional ou europeu, que obrigam a realizar estes tratamentos de dados. Aqui a equiparação ao art. 6.º n.º 1 alínea c) RGPD é inevitável.

Após esta análise, é aparente que “sobram” poucas bases de licitude em que a DCD (e a Diretiva Omnibus) sejam aplicáveis para os

⁷³ Houve tentativas de assegurar que esta exceção poderia ter um intuito muito mais extensivo, incluindo tratamentos de dados com a finalidade de “melhorar o serviço”, que extravasavam o critério da necessidade para o cumprimento, aproximando-se mais dos interesses legítimos, porém foram rejeitados. Esta discussão pode ser observada na “Amendment 83” do Parlamento Europeu, *Relatório sobre a proposta de diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho sobre certos aspetos relativos aos contratos de fornecimento de conteúdos digitais* (COM(2015)0634 – C8-0394/2015 – 2015/0287(COD))”, Comissão do Mercado Interno e da Proteção dos Consumidores, Comissão dos Assuntos Jurídicos, Relatores: Evelynne Gebhardt, Axel Voss A/2017/0375, p. 54. Sobre este procedimento, recomendamos a consulta de Sein e Spindler, ‘The new Directive on Contracts for the Supply of Digital Content and Digital Services – Scope of Application and Trader’s Obligation to Supply – Part 1’ (2019) 3 *ERCL* 257–279, p. 264, nota de rodapé 28.

⁷⁴ Zohar Efroni, “Gaps and Opportunities: The Rudimentary Protection to ‘Data-Paying Consumers’ under New EU Consumer Protection Law” *Weizenbaum Series 4 Working Paper*, 2020, p. 9 e 10.

⁷⁵ Como exemplos, há obrigações de “know-your-customer” aplicáveis a plataformas online e prestadores de serviços de pagamento.

tratamentos de dados pessoais realizados no contexto de contratos de fornecimento de conteúdos e serviços digitais: os interesses legítimos do responsável e o consentimento do titular (este último analisaremos em seguida).

Para os consumidores, a aplicabilidade das normas destas diretivas permite que tenham “acesso” a diversas normas em matéria de deveres de informação, cláusulas⁷⁶ e práticas abusivas⁷⁷, conformidade com o contrato, os direitos decorrentes da violação deste (com algumas adaptações quanto ao preço) o direito de resolução (especialmente relevante quanto aos dados não pessoais), que de outra forma não teriam.

As normas de direito do consumo, veem assim complementar a proteção conferida pelo RGPD. Como referido, a DCD faz diversas remissões para o RGPD, assegura a primazia deste, os direitos dos titulares podem ser livremente exercidos sem afetar as disposições da DCD, os princípios do RGPD podem ser considerados como parte dos requisitos subjetivos ou objetivos da conformidade do contrato, e as considerações sobre o consentimento são remetidas, também, para o RGPD.

Quanto aos efeitos no contrato da retirada do consentimento pelo titular, são deixados para os Estados Membros densificarem ou não, segundo o considerando 40.

Neste ponto é imperativo afirmar que DCD não alterou ou afetou os princípios de proteção de dados, mesmo quando poderia existir um interesse de *policy* na proteção dos consumidores-titulares de dados.

Uma possibilidade que foi muito debatida durante o procedimento legislativo da DCD, que o próprio EDPS colocou, foi que o exercício do direito de resolução do contrato pelo consumidor (em caso de falta

⁷⁶ Apenas as normas referentes ao controlo da transparência das cláusulas contratuais seriam aplicáveis. Ver M. Loos and J. Luzak, “Wanted: a Bigger Stick. On Unfair Terms in Consumer Contracts with Online Service Providers”, *Journal of Consumer Policy*, 2016, p. 67. Madalena Narciso, “‘Gratuitous’ Digital Content Contracts”, 2017, pp. 203. C-226/12 Constructora Principado ECLI:EU:2014:10, para. 25.

⁷⁷ Art. 5.º-1-c) e 6.º-1-e) Diretiva 2011/83/UE, e Madalena Narciso, “‘Gratuitous’ Digital Content Contracts”, 2017, pp. 201 e 202.

de conformidade ou a realização de uma alteração com impacto negativo no serviço digital) deveria criar na esfera jurídica do profissional uma obrigação de restituição do valor económico gerado pelos dados do consumidor. Esta construção, que implicaria a verdadeira cristalização no expoente máximo da mercantilização dos dados pessoais, foi desde cedo afastada⁷⁸.

4. A compatibilidade da lógica contratual com o consentimento no RGPD

4.1 A contestação da visão proibitiva dos dados como contraprestação

No âmbito da discussão em torno do art. 3.º n.º 1 do DCD, houve vários opositores da visão “ortodoxa” do EDPS, que apontaram diversos contra-argumentos e falhas na fundamentação⁷⁹⁻⁸⁰.

Primeiramente, a exploração económica⁸¹ de dados pessoais não é proibida pelo Direito Europeu, pelos Tratados, pela Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFUE)⁸² ou pela jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE).

⁷⁸ Esta ideia também esbarrava frontalmente em problemas práticos, como a metodologia do cálculo do valor, sendo que muito provavelmente também iria apenas resultar na devolução de quantias praticamente irrisórias para a grande maioria dos consumidores-titulares. Phillip Hacker, “Regulating the Economic Impact of Data as Counterperformance: From the Illegality Doctrine to the Unfair Contract Terms Directive”, pp. 46 a 76, *Data as Counter-Performance – Contract Law 2.0?*, Nomos 2020.

⁷⁹ Guisepppe Versaci, “Personal Data and Contract Law: Challenges and Concerns about the Economic Exploitation of the Right to Data Protection”, *ERCL*, Vol. 14(4) 2018, pp. 382 a 391.

⁸⁰ Concordando com as posições de Versaci e Hacker, ver Martim Farinha, “Os limites da Proteção dos Consumidores no regime do Tratamento de Dados Pessoais como Contraprestação (...)”, *Almedina* 2022, pp. 163-170.

⁸¹ M.J. Radin, “Market-Inalienability”, *Harvard Law Review*, 1987, pp. 1849 a 1937.

⁸² Se compararmos a letra do Art. 8 e a Art. 3(2), *a contrario*, é identificável uma aparente distinção entre os regimes de exploração económica dos direitos de personalidade corpóreos e incorpóreos, proibindo expressamente os primeiros, e não se pronunciando sobre os segundos.

O RGPD não tem como objetivo proibir a exploração económica dos dados, mas sim assegurar um maior e melhor nível de proteção dos mesmos, de assegurar a segurança jurídica e principalmente de devolver o controlo dos dados aos seus titulares⁸³. Os direitos estabelecidos (informação, acesso, portabilidade, apagamento, oposição e retirada de consentimento), permitem que os titulares autorizem essa exploração económica de seus dados pessoais sem renunciar a esses direitos, mas sim expressando sua autodeterminação.

É necessário salientar a natureza da proteção de dados pessoais como direito de personalidade⁸⁴, reconhecida por grande parte da doutrina, “na medida que protege um bem de personalidade”⁸⁵.

Esta é especialmente relevante, uma vez que as tradições jurídicas dos Estados-Membros da União Europeia permitem a exploração económica dos direitos de personalidade, desde que estejam em conformidade com as normas estatutárias que restringem a autonomia privada e a liberdade contratual das partes, em benefício do titular (que proíbem sempre a transmissão e a atribuição destes)⁸⁶.

⁸³ Encontramos estas ideias logo nos primeiros considerandos do RGPD. Do 1.º ao 14.º encontramos enunciados vários dos objetivos dos RGPD, incluindo o “empoderamento” do titular dos dados, assegurar a circulação dos dados no mercado interno, desbloqueando o seu valor económico e assegurando a proteção equilibrada dos direitos fundamentais dos cidadãos.

⁸⁴ Sobre a relação do direito da proteção de dados com os direitos de personalidade, em especial no ordenamento jurídico português, ver A. Barreto Menezes Cordeiro, “Direitos de personalidade e dados pessoais: o que sobra para o Código Civil?”, *RDC I (2023)*, 1, pp. 45-63. Sobre a história dos direitos de personalidade: António Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito civil*, IV, 5.ª ed., com colaboração de A. Barreto Menezes Cordeiro, Almedina: Coimbra (2019), pp. 45 e ss.

⁸⁵ Alexandre de Sousa Pinheiro, *Privacy e protecção de dados pessoais: a construção dogmática do direito à identidade informacional*, Almedina 2015, pp. 777. Mafalda Miranda Barbosa, “Proteção de Dados e Direitos de Personalidade: Uma Relação de Interioridade Constitutiva. Os Beneficiários da Proteção e a Responsabilidade Civil”, *AB Instantia Revista do Instituto do Conhecimento AB*, 2017.

⁸⁶ Guisepp Versaci, 2018, pp. 386 a 388. Sobre a limitação convencional dos direitos de personalidade e os limites da autonomia privada no direito português, ver Pedro Pais de Vasconcelos, *Teoria Geral do Direito Civil*, 7.ª ed. Almedina 2014, pp. 48 e seguintes. O art. 81.º-2 do Código Civil, estabelece a livre revogabilidade destes negócios jurídicos pelo titular, sendo que a obrigação de indemnizar refere-se apenas aos “prejuízos causados às legítimas expectativas da outra parte”.

Os princípios que regem a exploração económica dos direitos de personalidade são a especificidade e determinabilidade do consentimento do titular, a interpretação restritiva do objeto do contrato em benefício do titular, e a revogabilidade do consentimento (ainda que em certos ordenamentos jurídicos, esta tenha de ser fundamentada e o seu exercício possa implicar que titular esteja sujeito à condição de indemnizar a contraparte por danos causados⁸⁷).

Esta posição, que permite a exploração económica dos dados pessoais⁸⁸ enquanto direitos de personalidade, não permite a restrição do exercício dos direitos dos titulares através de renúncia destes mesmos direitos, como parece sugerir o EDPS. Não são mutuamente exclusivas⁸⁹. Estes direitos são garantidos por normas imperativas, que levam à invalidade das cláusulas contratuais que estipulem esse tipo de renúncias. Além disso, o RGPD, pelo efeito do primado, implica a inaplicabilidade de quaisquer normas de direito nacional que entrem em conflito com os direitos plasmados RGPD.

Se tomarmos como exemplo o ordenamento português, como um dos casos em que normas nacionais impõem ao titular o dever de indemnizar, (o art. 81.º n.º 2 do Código Civil), vemos este confronto facilmente resolvido. O consentimento pode ser livremente retirado pelo titular pois o RGPD tem primazia sobre o Código. Adicionalmente, dificilmente a retirada pelo tratamento conseguiria preencher o requisito da violação das legítimas expectativas, seja quanto à prova e quantificação dos prejuízos causados, face à letra crua do considerando 42 RGPD sobre o

⁸⁷ G. Resta, “The New Frontiers of Personality Rights and the Problem of Commodification: European and Comparative Perspectives”, *Tulane European & Civil Law Forum*, 2011, pp. 62 a 65; T. Gisclard, “Limitations of Autonomy of the Will in Conventions of Exploitation of Personality Rights”, *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, 2014, pp. 22 e seguintes.

⁸⁸ Sobre a exploração económica dos dados pelos titulares, numa visão de Direitos Reais, ver N. Purtova, “Property rights in personal data: A European Perspective”, The Hague: Kluwer Law International 2011; V. Bergelson, “It’s Personal But is it Mine? Toward Property Rights in Personal Information”, *University of California Davis Law Review*, 2003, p. 379-451.

⁸⁹ J. Metzger, ‘Data-Related Aspects of the Digital Content Directive’, *JIPITEC* Vol.9 2018, pp. 93 e segs.;

RGPD (“não puder recusar nem retirar o consentimento sem ser prejudicado”). Aqui a questão vai muito além de “perda de qualidade do serviço” ou perder acesso ao serviço, é literalmente causar danos económicos diretos na esfera jurídica do titular de dados pelo exercício do direito.

4.2 O consentimento livre no RGPD

Entre as críticas do EDPS no âmbito dos procedimentos legislativos da DCD e da Diretiva Omnibus⁹⁰, a questão que foi recorrentemente colocada como obstáculo, que também é imperativa para considerar a admissibilidade dos modelos “*pay or consent*”, é a questão do consentimento como base de licitude, art. 6.º n.1 aliena a RGPD.

O consentimento é definido no art. 4.º n.º 11, devendo ser obtido de acordo com os requisitos do art. 7.º, interpretados com auxílio dos considerandos 32, 38, 40, 42, 43. Temos ainda de considerar a jurisprudência do TJUE, que ao longo dos anos teceu em várias decisões sobre o mesm⁹¹o (sendo que vários aspetos do consentimento no RGPD resultam da codificação de precedentes sobre o mesmo na anterior Diretiva 95/46/CE).

O consentimento é uma manifestação de vontade livre, específica, informada e explícita, pela qual o titular de dados aceita, mediante uma declaração ou ato positivo inequívoco, que os seus dados pessoais sejam objeto de tratamento⁹²⁻⁹³.

⁹⁰ Ver Axel Metzger, “Data as Counter-Performance: What Rights and Duties (...)”, 2017, p. 5.

⁹¹ C-61/19, Orange Romania SA, ECLI:EU:C:2020:901, C673/17, Planet49, EU:C:2019:801, C-129/21 Proximus EU:C:2022:833, C-252/21 Meta Platforms, entre outros.

⁹² Kuner et al., “*The EU General Data Protection Regulation (GDPR)*” Oxford University Press 2020, p. 181; EDPB, “*Diretrizes 05/2020 relativas ao consentimento na aceção do Regulamento 2016/679 Versão 1.1*”, Comité Europeu para a Proteção de Dados (EDPB), 2020, pp. 7 e seguintes, e WP29, “*Orientações do Grupo de Trabalho do Artigo 29.º relativas ao consentimento na aceção do Regulamento (UE) 2016/679*”, WP29, rev. 01, 2018, p. 5.

⁹³ Marco Botta and Danielle da Costa Leite Borge, “User Consent at the Interface of the DMA and the GDPR. A Privacysetting Solution to Ensure Compliance with ART. 5(2) DMA”, European University Institute Robert Schuman Centre for Advanced Studies Centre for a Digital Society Working Paper.

Para o consentimento ser válido, tem de ser informado, o titular tem de estar plenamente informado de modo inteligível, de acordo com todos os deveres de informação do art. 13.º. Tem de ter fácil acesso a todas as informações relevantes, desde os dados tratados, finalidades, duração do armazenamento, medidas de segurança, etc.

O consentimento nunca poderá ser considerado válido se for “obtido” através do silêncio, omissão e opções pré-validadas⁹⁴. Deve resultar do preenchimento ativo dessa opção pelo titular, e, no contexto de relações contratuais, recolhido separadamente à aceitação do contrato.

O busílis da questão coloca-se quanto ao elemento “livre” do consentimento. Este deve resultar de uma verdadeira escolha do titular, em que este não tenha sido coagido ou pressionado a aceitar. Para este ser livre, não importa apenas o momento em que é obtido, da manifestação da vontade: o consentimento deve poder ser livremente retirado. O titular não pode ser pressionado a “manter” o consentimento, não deve ser ameaçado de consequências futuras, não pode ficar preso.

Este elemento é decomposto em em quatro subelementos: desequilíbrio de poder, condicionalidade, granularidade e prejuízos⁹⁵.

Quanto ao desequilíbrio de poder, segundo o considerando 43, esta avaliação passa geralmente por analisar o contexto da relação entre titular e responsável, para compreender se existe um desnível entre as suas posições, que implique a restrição da liberdade de escolha do titular. Este subelemento pode ser colocado em causa quando se verifica uma dependência jurídico-económica, institucional ou hierárquica, associada ou não a um temor reverencial, quando existe a perceção do titular de ser prejudicado pela sua escolha⁹⁶.

⁹⁴ C-61/19, Orange Romania SA, ECLI:EU:C:2020:901, para. 35 a 40. C673/17, Planet49, EU:C:2019:801, para. 74. EDPB, “*Diretrizes 05/2020 relativas ao consentimento na aceção do Regulamento 2016/679 Versão 1.1*”, Comité Europeu para a Proteção de Dados (EDPB), 2020, pp. 7 e seguintes. Alexandre Sousa Pinheiro e vários, “*Comentário ao Regulamento Geral de Proteção de Dados*”, Almedina 2018, p. 170.

⁹⁵ EDPB, “*Diretrizes 05/2020 (...)*”, 2020, pp. 7 e seguintes.

⁹⁶ Kuner et al., “*The EU General Data Protection Regulation (GDPR)*” 2019, p. 182.

O subelemento da condicionalidade, que encontramos patente no art. 7.º n.º 4 e no considerando 43, indica que o consentimento não será livre se este estiver “associado”, “agregado” ou “subjugado” à aceitação da proposta contratual. Parte significativa das críticas à noção dos dados como contraprestação partia deste elemento: a letra do art. 7.º n.º 4 seria incompatível e proibiria este tipo de mecanismos e esquemas.

No entanto, se analisarmos atentamente o art. 7.º n.º 4, não vamos encontrar uma proibição, mas antes uma presunção.

Segundo o EDPB, esta presunção de invalidade do consentimento visa impedir que a finalidade do tratamento dos dados esteja assim forçosamente “agregada” (ou mesmo camuflada) à execução de um contrato ou prestação do serviço. O titular não pode ser obrigado a concordar com o tratamento dos dados além do necessário nestes termos, pois isto corresponderia, funcionalmente, a uma espécie de “fusão” de duas bases de licitude do tratamento distintas, o contrato e o consentimento⁹⁷.

Nos casos excepcionais em que a condicionalidade não implicasse a invalidade do consentimento, o responsável ficaria com um dever de escrutínio e cuidado especial (“com a máxima atenção”) de assegurar a viabilidade deste, ficando ainda com o ónus da prova de demonstrar o cumprimento deste requisito⁹⁸.

O EDPB teorizou uma possibilidade válida para a concretização deste preceito. O consentimento para o tratamento de dados para outros fins que não o cumprimento do contrato seria válido se o mesmo responsável dessa a escolha ao titular entre esta opção e outra, um serviço equivalente, que não requer estes tratamentos de dados. No entanto, tal já não se verificaria se o serviço equivalente fosse oferecido por outro responsável, pois não seria verdadeiramente equivalente, estando dependente de outros agentes no mercado⁹⁹.

⁹⁷ EDPB, “*Diretrizes 05/2020 relativas ao consentimento na aceção do Regulamento 2016/679*”, 2020, pp. 11 e 12.

⁹⁸ EDPB, “*Diretrizes 05/2020 (...)*”, 2020, pp. 12 e 13.

⁹⁹ EDPB, “*Diretrizes 05/2020 (...)*”, 2020, p. 13.

O TJUE já se pronunciou sobre alguns pontos deste raciocínio. No caso *StWL Städtische Werke Lauf* (C-102/20)¹⁰⁰, o tribunal confirmou que o consentimento para o tratamento de dados para fins complementares ao contrato (nomeadamente, o envio de publicidade), era válido, ao existir a opção como alternativa de aceder ao mesmo serviço, mediante o pagamento de uma quantia monetária. No caso *Planet49* (C-673/17), o advogado-geral reafirmou a necessidade de separar os atos de aceitação do contrato da obtenção do consentimento, e que o segundo deveria ser apresentado com igual importância, que não deve ser considerado como meramente complementar do primeiro¹⁰¹.

Quanto ao subelemento da granularidade, o consentimento deve abranger todas as atividades de tratamento com o mesmo objetivo, sendo que se houver múltiplas finalidades complementares, o titular dos dados deve ter a opção de consentir ou recusar separadamente cada uma¹⁰².

Quanto ao subelemento dos prejuízos, o titular dos dados deve poder retirar livremente o consentimento, sem sofrer quaisquer prejuízos, sem lhe implicar prejuízo¹⁰³.

É neste contexto, que o EDPB tem defendido uma interpretação bastante restritiva do conceito de consentimento livre¹⁰⁴, quando aos subelementos da condicionalidade e dos prejuízos (neste último, qualquer perda de qualidade devida à retirada do consentimento (quanto mais a interrupção do serviço) implicará a invalidade deste. Na acessão deste órgão, o art. 7.º n.º 4 do RGPD praticamente contém uma proibição expressa da noção de dados como contrapartida, quando os dados

¹⁰⁰ C-102/20, *StWL Städtische Werke Lauf*, ECLI:EU:C:2021:954, para. 58 e 59. A opinião do Advogado-Geral Jean De La Tour, vai no mesmo sentido, não levantando dúvidas à possibilidade do uso do consentimento como base de licitude para a exibição de publicidade, enquanto condição da gratuidade do serviço de email. Conclusões AG C-102/20, ECLI:EU:C:2021:518, para. 64 e 65.

¹⁰¹ Conclusões AG C-673/17, *Planet49*, para. 66, 68 e 99.

¹⁰² Conforme descrito nos considerandos 43 e 32.

¹⁰³ Considerando 42.

¹⁰⁴ EDPB, “*Diretrizes 05/2020 (...)*”, 2020, p. 14 e 15.

pessoais tratados para finalidades que não sejam necessárias à execução do contrato se baseiem no consentimento do titular¹⁰⁵.

A nossa posição¹⁰⁶ tem sido bastante contrária a esta noção, o art. 7.º n.º 4 não consagra uma proibição expressa, mas antes um ónus, um especial dever do responsável pelo tratamento de dados e dos tribunais de (“com o máximo de atenção”) de assegurar que o consentimento do titular é verdadeiramente voluntário quando enquadrado numa relação contratual¹⁰⁷.

É assim necessário realizar sempre uma análise casuística de vários indicadores para ponderar a existência de possíveis restrições à liberdade do titular em consentir. Entre os possíveis indicadores destacamos a existência de serviços equivalentes fornecidos pelo mesmo prestador sem o tratamento de dados, serviços equivalentes de concorrentes (especial destaque para o estrutura do mercado, grau de equivalência e facilidade n migração/portabilidade), se o serviço em causa é essencial ou dispensável, se é recreacional e lazer ou profissional¹⁰⁸, o tipo de dados pessoais tratados, as finalidades, especialmente ao tipo de dados tratados (em especial quanto às categorias especiais do art. 9.º RGPD), a criação e extensão dos perfis criados, a sujeição a decisões individuais automatizadas, a partilha de dados com terceiros, transferência de dados para países terceiros.

Para esta análise, especialmente quando à análise do subelemento do desequilíbrio entre as partes¹⁰⁹, é especialmente útil¹¹⁰ recorrer a

¹⁰⁵ Madalena Narciso, “Dados Pessoais como Contraprestação em Contratos de Consumo – Breve Reflexão”, 2019, p. 145 e 146.

¹⁰⁶ Martim Farinha, “Os limites da Proteção dos Consumidores no regime do Tratamento de Dados Pessoais como Contraprestação (...)” Jorge Morais Carvalho et al., *Diretivas 2019/770 e 2019/771 e Decreto-Lei n.º 84/2024 (...)*, Almedina 2022, pp. 143-187.

¹⁰⁷ A. Metzger, “Data as Counter-Performance: What Rights (...)”, *JIPITEC* Vol. 8(2) 2017, p. 4.

¹⁰⁸ A. Metzger, “Data as Counter-Performance: What Rights (...)”, *JIPITEC* Vol. 8(2) 2017, p. 4 para. 12.

¹⁰⁹ Guiseppa Versaci, “Personal Data and Contract Law: Challenges and Concerns about Economic Exploitation of the Right to Data Protection”, *ERCL* Vol. 14(4) 2018, 374-393, pp. 389 e 390.

¹¹⁰ (mesmo quando não diretamente aplicáveis por o titular de dados não se tratar de um consumidor).

noções de carácter abusivo¹¹¹, desleal, enganador, intrusivo, presentes no *acquis* de Direito do Consumo Europeu, na Diretiva das Práticas Comerciais Desleais¹¹², Diretiva das Cláusulas Contratuais Abusivas¹¹³ e na Diretiva dos Direitos dos Consumidores¹¹⁴.

Quanto à retirada do consentimento e a questão dos prejuízos causados, no âmbito da transposição da DCD colocaram-se vários desafios sobre esta matéria nas transposições. No contexto contratual, poderá o profissional-responsável pelo tratamento, considerando a exceção de não cumprimento, não cumprir com a sua prestação, interrompendo o fornecimento dos conteúdos e serviços digitais? Poderá resolver o contrato? Como alternativa, poderá exigir o pagamento de um preço e ou exigir uma indemnização ao consumidor-titular de dados?

Como referimos anteriormente (na secção dos direitos de personalidade), à luz do RGPD é patente que qualquer norma que atribua responsabilidade civil ao titular de dados pelo exercício do direito de retirada do consentimento será considerada incompatível com o RGPD e inaplicável. De igual forma, qualquer tentativa de associar a retirada do consentimento a uma cobrança automática de um valor pecuniário não aceite expressamente pelo titular deverá ser inadmissível.

A *contrario*, já nos parece admissível que a retirada do consentimento possa resultar na interrupção do acesso a conteúdos e serviços digitais, ou que estes passem para uma versão alternativa com menos

¹¹¹ Sobre a utilização da Diretiva das Cláusulas Contratuais Desleais como limite aos abusos dos dados pessoais como contraprestação, ver Phillip Hacker, “Regulating the Economic Impact of Data as Counterperformance: From the Illegality Doctrine to the Unfair Contract Terms Directive”, p. 61, In Sebastian Lohsse, Reiner Schulze, Dirk Staudenmayer, “*Data as Counter-Performance – Contract Law 2.0?*”, Nomos 2020.

¹¹² Diretiva 2005/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de Maio de 2005, relativa às práticas comerciais desleais das empresas face aos consumidores no mercado interno e que altera a Diretiva 84/450/CEE do Conselho, as Diretivas 97/7/CE, 98/27/CE e 2002/65/CE e o Regulamento (CE) n.º 2006/2004 («directiva relativa às práticas comerciais desleais»)

¹¹³ Diretiva 93/13/CEE do Conselho, de 5 de Abril de 1993, relativa às cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores

¹¹⁴ Directiva 2011/83/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de Outubro de 2011, relativa aos direitos dos consumidores, que 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

qualidade, perdendo funcionalidades e características. Seria assim, uma verdadeira versão “gratuita”.

Ambas estas soluções foram admitidas (titular não pode ser castigado mas pode ver o seu acesso cortado) e consagradas na transposição. Esta parece ser a solução adotada expressamente em Espanha (onde a palavra contraprestação é mesmo utilizada)¹¹⁵⁻¹¹⁶, Estónia¹¹⁷, Lituânia¹¹⁸, Países Baixos e Alemanha¹¹⁹, enquanto outros Estados-Membros preferiram o silêncio (como Portugal¹²⁰, Itália¹²¹- e França) onde o resultado prático da interseção das normas do RGPD com o Direito das Obrigações resulta no tratamento dos dados pessoais ser tratado como uma contraprestação *sui generis*.

4.2.1 A decisão do TJUE no caso C-252/21 Meta Platforms

Recentemente, o TJUE veio a reforçar parte do nosso entendimento, com a decisão no caso C-252/21 Meta Platforms. Neste caso, que representou a interseção entre o Direito da Concorrência com o

¹¹⁵ Sergio Cámara Lapuente, “Un primer balance de las novedades del RDL 7/2021, de 27 de abril, para la defensa de los consumidores en el suministro de contenidos y servicios digitales”, *Diariolaley* 2021. José Antonio Castillo Parrilla, “Los datos personales como contraprestación en la reforma del TRLGDCU”, *La Ley Mercantil*, julio-agosto 2021, No. 82, 1 de jul. de 2021, Editorial Wolters Kluwer.

¹¹⁶ Esther Arroyo Amayuelas, “The Implementation of the EU Directives 2019/770 and 2019/771 in Spain”, *EuCML* Vol. 11(2) 2022 pp. 35-40, v. p. 36 e 37.

¹¹⁷ Irene Kull, “Transposition Of The Digital Content Directive (EU) 2019/770 Into Estonian Legal System”, *JIPITEC* 12, 2021, pp. 249 e segs., v. pp. 254 a 256.

¹¹⁸ Laurynas Didžiulis, “EU Digital Content Directive And Evolution Of Lithuanian Contract Law”, *JIPITEC* 12, 2021, p. 260 e segs., v. p. 268, para. 42.

¹¹⁹ M. Loo, “The (Proposed) Transposition of the Digital Content Directive in the Netherlands”, *JIPITEC* 12, 2021, pp. 229 e segs.

¹²⁰ No Decreto-Lei 84/2021, ver Jorge Morais Carvalho, *Manual de Direito do Consumo*, 2022.

¹²¹ Alberto De Franceschi, “Italian Consumer Law after the Transposition of Directives (EU) 2019/770 and 2019/771”, *Journal of European Consumer and Market Law*, Vol. 11(2) 2022, pp. 72-76.

^v Ordonnance n° 2021-1247 du 29 septembre 2021 relative à la garantie légale de conformité pour les biens, les contenus numériques et les services numériques, disponível em <https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000044125847>.

Direito da Proteção de Dados¹²², o Tribunal foi confrontado com várias questões sobre a cooperação de autoridades de controlo e autoridades da concorrência, o mercado relevante para efeitos jusconcorrenciais de vários dos serviços da Meta, a possibilidade de uma violação do RGPD poder constituir também um abuso de posição dominante, a natureza das bases de licitude de tratamento utilizadas pela Meta e a prática de “juntar” os dados pessoais dos diferentes serviços da Meta e de serviços de terceiros como condição de acesso aos serviços da Meta.

Ao analisar as questões da admissibilidade dos tratamentos de dados efetuados pela Meta para várias funcionalidades, incluindo a publicidade personalizada, o TJUE metodicamente considerou (e descartou) várias bases de licitude além do consentimento: os dados serem necessários para a execução do contrato¹²³, serem necessários para efeito dos interesses legítimos prosseguidos pelo responsável pelo tratamento¹²⁴, cumprimento de obrigações jurídicas¹²⁵, necessário para a defesa de interesses vitais do titular dos dados¹²⁶ e necessário ao exercício de funções de interesse público¹²⁷.

Quanto ao consentimento, o TJUE seguiu em parte a posição do Advogado-Geral Rantos na sua opinião¹²⁸, em que a posição dominante

¹²² Analisando a interação entre estas duas áreas do Direito na decisão do TJUE, ver Inge Graef, “Meta platforms: How the CJEU leaves competition and data protection authorities with an assignment”, *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 2023, Vol. 30(3) 325–334. Or Brook e Magali Eben, “Another Missed Opportunity? Case C-252/21 Meta Platforms V. Bundeskartellamt and the Relationship between EU Competition Law and National Laws”, *Journal of European Competition Law & Practice*, 2023, [Another Missed Opportunity? Case C-252/21 Meta Platforms V. Bundeskartellamt and the Relationship between EU Competition Law and National Laws \(gla.ac.uk\)](#)

¹²³ Concluiu que não são estritamente necessários, parágrafos 98-99 e 101-104.

¹²⁴ Os interesses e direitos fundamentais dos consumidores suplantam estes interesses e não é expectável a extensão do tratamento para os consumidores, mesmo que o serviço seja gratuito, para. 117–118, nem para “melhorar o serviço”, para. 122-123.

¹²⁵ A cooperação com autoridades só se coloca em situações específicas e não está relacionada com a atividade económica da Meta, para. 124.

¹²⁶ Não é válido, para. 137.

¹²⁷ Nesta base, o TJUE duvidou seriamente dos motivos apresentados e da sua admissibilidade, deixando ao tribunal nacional a verificação no caso concreto, para. 132-133.

¹²⁸ Opinion of Advocate General Rantos in Case C-252/21 Meta Platforms v. Bundeskartellamt, para. 75.

da Meta no mercado afeta seriamente a possibilidade do consentimento ser livre, ao criar um desequilíbrio manifesto (considerando 43 RGPD) entre o titular de dados e o responsável pelo tratamento¹²⁹. Segundo o TJUE, será muito difícil o consentimento nestes casos cumprir com as exigências do art. 7.º n.º 4 do RGPD¹³⁰ devido à possibilidade de o responsável impor requisitos que não são estritamente necessários para a execução do contrato.

Devido à extensão e amplitude do tratamento de dados e o seu impacto significativo nos utilizadores do Facebook, o TJUE apontou que seria mais adequado se os titulares de dados tiverem a possibilidade de consentir separadamente a várias operações específicas de tratamento de dados (sejam estes dados recolhidos dentro da rede social Facebook e ou fora do Facebook, de outros serviços da Meta e de terceiros), sem que a recusa em prestar este(s) consentimento(s) constitua uma renúncia ao acesso à rede social. No âmbito do processo contratual, para usufruírem desta liberdade de poder recusar consentir a estas operações de tratamento específicas, deve ser dada a possibilidade dos titulares de dados de optar por 1) uma alternativa equivalente, 2) não acompanhada destas operações de tratamento de dados, 3) que pode ser mediante o pagamento de uma “remuneração adequada”¹³¹.

Sem esta possibilidade, o consentimento para o tratamento de dados fora do Facebook não pode ser considerado válido¹³².

Com estes dois parágrafos, 150 e 151, o TJUE propõe diretamente à Meta a adoção de um modelo de “*pay or consent*” de forma a assegurar que o consentimento seja livre. Este “*obiter dictum*” confirma as nossas posições anteriormente defendidas, solidificando assim estes 3 critérios cumulativos para a opção paga.

O TJUE não teceu este juízo em relação a um responsável pelo tratamento qualquer, em relação a um simples serviço digital, mas em

¹²⁹ Ver para. 147-148 da decisão.

¹³⁰ Ver para. 149 da decisão.

¹³¹ Ver os para. 150 e 151.

¹³² Ver para. 151.

relação a uma das maiores empresas e a um dos serviços mais influentes no mundo e no mercado único digital europeu (sendo que questões de concorrência foram até consideradas no mesmo caso). A Meta já tinha sido designada em abril¹³³ pela Comissão Europeia como fornecedora de plataformas em linha de muito grande dimensão (“*Very Large Online Platform – VLOPs*”) para efeitos do Regulamento dos Serviços Digitais¹³⁴. Uns meses depois da decisão, para surpresa de absolutamente ninguém, a Meta foi também designada como controlador de acesso (*Gatekeeper*)¹³⁵ e os seus serviços como serviços essenciais de plataforma (*core services*)¹³⁶ no âmbito do Regulamento dos Mercados Digitais¹³⁷.

A fasquia não podia ter sido colocada mais alta. O TJUE com esta decisão admitiu que modelos de “*consent or pay*” que sigam os critérios indicados (o que nos parece que seja o problema da Meta em concreto), serão admissíveis, mesmo para os casos dos fornecedores privados de serviços digitais de maior dimensão possível, onde o desequilíbrio entre titular de dados e responsável pelo tratamento dificilmente poderia ser maior.

¹³³ Comissão Europeia, “Digital Services Act: Commission designates first set of Very Large Online Platforms and Search Engines”, 25 abril 2023, disponível em https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_23_2413 e <https://ec.europa.eu/newsroom/dae/redirection/document/101005>

¹³⁴ 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)

¹³⁵ Comissão Europeia, “Digital Markets Act: Commission designates six gatekeepers”, 6 setembro 2023, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_23_4328 e https://digital-markets-act.ec.europa.eu/gatekeepers_en

¹³⁶ Para ver as decisões, disponível em https://ec.europa.eu/competition/digital_markets_act/cases/202346/DMA_100044_138.pdf

¹³⁷ Regulamento (UE) 2022/1925 do Parlamento Europeu e do Conselho de 14 de setembro de 2022 relativo à disputabilidade e equidade dos mercados no setor digital e que altera as Diretivas (UE) 2019/1937 e (UE) 2020/1828 (Regulamento dos Mercados Digitais)

5. O escrutínio do modelo “*Pay or Okay*” ou “*Consent or Pay*”

5.1 O caso *Meta*

E assim chegamos ao momento mais recente desta saga: as queixas das ONG às autoridades de controlo nos vários Estados-Membros e a consulta do EDPB.

A NOYB (“*Non-of-your-business*”)¹³⁸ é a ONG focada nos direitos digitais e privacidade que mais reclamações e ações judiciais tem colocado contra a Facebook/Meta, desafiando repetidas vezes a validade e legitimidade do seu modelo de negócio.

Se analisarmos o historial das ações entre ambos, conseguimos traçar um fio condutor de diferentes “testes” à validade da utilização de diferentes bases de licitude do tratamento de dados pessoais, desde o consentimento “dissimulado”, interesses legítimos e a necessidade para a execução do contrato.

Logo na entrada em vigor do RGPD, em maio de 2018, a NOYB apresentou uma queixa à autoridade de controlo austríaca contra o alegado consentimento “forçado” que o Facebook impunha (“*take it or leave it*”) aos seus utilizadores para a publicidade personalizada^{139,140}. O Facebook tinha alterado os seus termos e condições de forma a poder afirmar que este tratamento de dados era necessário para o cumprimento do contrato, tentando usar assim o art. 6.º n.º 1 alínea b) para a publicidade personalizada.

No seguimento desta queixa, o processo arrastou-se durante vários anos, conhecendo várias reviravoltas. A autoridade de controlo irlandesa (que demorou mais de 4 anos a investigar o caso) apresentou um

¹³⁸ Para mais informações sobre a NOYB, consulte as FAQs no seu site: <https://noyb.eu/en/faqs>

¹³⁹ NOYB, “noyb.eu filed complaints over “forced consent” against Google, Instagram, WhatsApp and Facebook”, 25 maio 2018, disponível em <https://noyb.eu/en/noybeu-filed-complaints-over-forced-consent-against-google-instagram-whatsapp-and-facebook>

¹⁴⁰ A reclamação da NOYB em questão está disponível em <https://noyb.eu/sites/default/files/2020-05/complaint-facebook.pdf>

projeto de decisão inicialmente favorável à Facebook, mas o procedimento foi remetido para o EDPB. Entretanto foram publicadas as Diretrizes 2/2019 do EDPB sobre os limites do art. 6.º n.º 1 alínea b) como base de licitude de tratamento no contexto dos serviços digitais.

Em dezembro de 2022, quanto à disputa submetida pela autoridade irlandesa e a Meta, o EDPB proferiu duas decisões vinculativas¹⁴¹⁻¹⁴² ao abrigo do art. 65.º, confirmando o sentido das queixas, que o art. 6.º n.º 1 alínea b) não seria uma base de licitude válida para os serviços. A Meta ficou assim permanentemente banida de continuar com esta prática. A subsequente decisão da autoridade irlandesa¹⁴³ foi assim vista como uma vitória (mas não completa para a NOYB¹⁴⁴⁻¹⁴⁵).

Durante o ano de 2023, a Meta anuncia uma nova tática, mudar a base de licitude da execução do contrato para os interesses legítimos¹⁴⁶⁻¹⁴⁷. Porém, esta decisão não sobreviveu muito tempo. Além

¹⁴¹ EDPB, “Binding Decision 3/2022 on the dispute submitted by the Irish SA on Meta Platforms Ireland Limited and its Facebook service (Art. 65 GDPR)”, disponível em https://www.edpb.europa.eu/system/files/2023-01/edpb_bindingdecision_202203_ie_sa_meta_facebookservice_redacted_en.pdf

¹⁴² EDPB, “Binding Decision 4/2022 on the dispute submitted by the Irish SA on Meta Platforms Ireland Limited and its Instagram service (Art. 65 GDPR)”, disponível em: [edpb_binding_decision_202204_ie_sa_meta_instagramservice_redacted_en.pdf](https://www.edpb.europa.eu/system/files/2023-01/edpb_bindingdecision_202204_ie_sa_meta_instagramservice_redacted_en.pdf) (europa.eu)

¹⁴³ Data Protection Commission, Decision Facebook 3 1st day of December 2022 https://noyb.eu/sites/default/files/2023-01/DPCDecision_Facebook.pdf

¹⁴⁴ NOYB, “BREAKING: Meta prohibited from use of personal data for advertising”, Janeiro 2023, disponível em <https://noyb.eu/en/breaking-meta-prohibited-use-personal-data-advertising>

¹⁴⁵ NOYB, “Meta Advertising Ban – Decision Published”, Janeiro 2023, disponível <https://noyb.eu/en/meta-advertising-ban-decision-published>

¹⁴⁶ Natasha Lomas, “Meta tries to keep denying EU users a free choice over tracking – but change is coming”, março 2023, disponível em https://techcrunch.com/2023/03/30/meta-facebook-gdpr-ads-tracking/?guccounter=1&guce_referrer=aHR0cHM6Ly93d3cuZ29vZ2x-LLmNvbS8&guce_referrer_sig=AQAAABtULgAOtUhh7QmkN7Mb2_k2C1UB4PGMrXiqXCawuAP3J-tlxat18FGxYg3YQccVtbBO8mkbice5iRrQx4gBsGEUVgWgZh4Kkl0Yu-nlászXSz5XdaB2Z_n3ma7h3I_jyCmUNSXDPBFpQXOvDJR2cJCHCH7hi0mo-TcT8SNdSL6g

¹⁴⁷“(…) for the purpose of serving behavioural advertisements in Europe (….) we are changing the legal basis that we use (….) from ‘Contractual Necessity’ to ‘Legitimate Interests’” in Meta, “How Meta Uses Legal Bases for Processing Ads in the EU”, versão de 30 de março 2023, posteriormente alterada. A consulta é possível utilizando a wayback machine, com a hiperligação: <https://about.fb.com/news/2023/01/how-meta-uses-legal-bases-for-processing-ads-in-the-eu/>

da decisão C-252/21 do TJUE, que já abordámos, em outubro o EDPB emite uma decisão vinculativa urgente (01/2023)¹⁴⁸ a pedido da autoridade de controlo norueguesa, declarando que as operações de tratamento de dados para a publicidade personalizada não se podiam basear nos interesses legítimos art. 6.º n.º 1 alínea f) nem na execução do contrato, alínea b). Esta combinação veio a colocar o modelo da Meta numa verdadeira encruzilhada.

É neste ponto que a Meta admite assim, finalmente, mudar a sua base de licitude para o consentimento¹⁴⁹. No entanto, como sabemos, há um *caveat*...

Como foi explicado na introdução, a Meta decidiu adotar um modelo de “*Consent or Pay*” ou “*Pay or Okay*”, de permitir aos utilizadores-titulares de dados a possibilidade de optar entre conferirem o consentimento ou efetuarem pagamentos mensais monetários de forma a manterem o acesso aos serviços.

Como referido na introdução, a NOYB apresentou a sua queixa, atacando o modelo empregue pela Meta, como sendo uma forma de iludir o RGPD. A NOYB refere que o consentimento ao *tracking* e à publicidade personalizada não pode ser considerado livre quando, para ambos os serviços da Meta, a alternativa tem um custo que por titular pode chegar aos 251,88€ por ano. Segunda a NOYB, estes valores contrastam de forma com os relatórios de contas da Meta, que, para os seus acionistas, estima que o valor gerado mensalmente pela publicidade por utilizador seja de 16,79 dólares americanos na Europa¹⁵⁰.

Adicionalmente, a NOYB afirma que vários estudos indicam que embora apenas uma pequena maioria queira publicidade personalizada,

¹⁴⁸ EDPB, “Urgent Binding Decision 01/2023 requested by the Norwegian SA for the ordering of final measures regarding Meta Platforms Ireland Ltd (Art. 66(2) GDPR)”, outubro 2023, https://www.edpb.europa.eu/system/files/2023-12/edpb_urgentbindingdecision_202301_no_metaplatformsireland_en_0.pdf

¹⁴⁹ Dan Milmo, “Meta to ask EU users’ permission to show targeted advertising”, Agosto 2023, disponível em <https://www.theguardian.com/technology/2023/aug/02/meta-to-ask-eu-users-permission-to-show-targeted-advertising-facebook-instagram>

¹⁵⁰ NOYB, “noyb files GDPR complaint against Meta over “Pay or Okay””, novembro 2023, disponível em <https://noyb.eu/en/noyb-files-gdpr-complaint-against-meta-over-pay-or-okay>

cerca de 99,9% dos titulares aceitam esta opção quando confrontados com o pagamento de um custo de 1,99€.

Finalmente, a NOYB afirma que, caso a Meta tenha sucesso, outros prestadores de serviços (como o Tiktok) inevitavelmente vão seguir o exemplo. O efeito de múltiplas aplicações a pedirem o pagamento de subscrições mensais pode resultar em despesas de vários milhares de euros por indivíduo. Para as famílias, o custo pode chegar aos 35,000€ anuais, o que é, naturalmente, um preço absolutamente proibitivo para um direito fundamental. A privacidade torna-se num privilégio dos ricos¹⁵¹.

Depois desta, a NOYB ainda apresentou mais uma queixa já em 2024, afirmando que o sistema da Meta cria dificuldades no procedimento de retirada do consentimento, devido não só ao facto de que são obrigados a passar para a opção paga, como têm de passar por múltiplas páginas e pop-ups até o conseguirem, em clara violação do art. 7.º n.º 3 RGPD¹⁵². Esta queixa, digamos, é significativamente mais direta e *straightforward* que a primeira, seja praticamente incontornável para a Meta.

A BEUC, na sua queixa, optou por uma estratégia assente no Direito do Consumo Europeu¹⁵³, recorrendo à Diretiva das Cláusulas Contratuais Abusivas e à Diretiva das Práticas Comerciais Desleais. Na sua queixa, a BEUC (e o consórcio de associações de defesa dos direitos dos consumidores que representa) alega que o mecanismo de bloquear parcialmente o uso do Facebook e do Instagram até que os utilizadores tenham selecionado uma das opções, constitui uma prática comercial agressiva. Através da persistência e da criação de uma sensação de urgência, a Meta força os consumidores a tomar uma decisão

¹⁵¹ NOYB, “noyb files GDPR complaint against Meta over “Pay or Okay””, novembro 2023.

¹⁵² NOYB, “Meta ignores the users’ right to easily withdraw consent”, Janeiro 2023.

¹⁵³ BEUC, “Choose to lose with Meta – An assessment of Meta’s new paid-subscription model from a consumer law perspective”, novembro 2023, disponível em https://www.beuc.eu/sites/default/files/publications/BEUC-X-2023-156_Annex_Legal%20assessment_Choose_to_lose_with_Meta_Legal_analysis.pdf

que pode ir contra a sua vontade, sem lhes sequer possibilitar tempo de reflexão¹⁵⁴.

A Meta fornece informações incompletas e enganosas aos consumidores que não lhes permitem fazer uma escolha informada. A empresa apresenta ainda a escolha como sendo entre uma opção paga e uma opção “gratuita”, mas esta última opção não é realmente gratuita, pois os consumidores acabam por pagar à Meta com os seus dados pessoais.

Finalmente, devido ao enorme poder que a Meta detém no mercado e devido ao *network effect* das redes sociais, os consumidores não têm verdadeira uma escolha, já que deixar esses serviços resultaria na perda de todos os seus contatos e interações construídas ao longo dos anos. O valor elevado da subscrição “sem anúncios” é desencorajador para os consumidores, o que significa que não têm realmente uma escolha livre.

5.2 Outros casos anteriores de *Consent or Pay*, *Cookie Walls* e *Paywalls*

Este tipo de modelos não é novo, tendo até se popularizado bastante durante o verão de 2023, especialmente na Alemanha. Um dos maiores sites de notícias *tech*, o *heise.de*, adotou precisamente este modelo, enquanto na Áustria, outro site de notícias, o *derStandard.at*, fez o mesmo.

Em ambos os casos, a prática foi considerada ilícita.

No caso *derStandard*, a cookie banner que bloqueava o acesso aos conteúdos exigia o consentimento para simultaneamente publicidade personalizada e *data sharing* (com cerca de 125 entidades terceiras) ou o pagamento de uma mensalidade, que poderia resultar em 96 € anuais. A prática foi considerada ilícita a 29 de abril 2023 pela autoridade

¹⁵⁴ BEUC, “Consumer groups file complaint against Meta’s unfair pay-or-consent model”, novembro2023, disponível em <https://www.beuc.eu/press-releases/consumer-groups-file-complaint-against-metas-unfair-pay-or-consent-model>

controlo austríaca, devido à falta de granularidade do consentimento, e, portanto, sujeita a uma coima¹⁵⁵⁻¹⁵⁶.

No caso heise.de também era utilizado um modelo “*pay or consent*” através da sua *cookie banner*, que tratava dados pessoais para múltiplas funcionalidades além da publicidade, incluindo a partilha de dados com terceiros. A autoridade de controlo da Baixa Saxónia (*Lower Saxony*) conclui que houve múltiplas violações do RGPD, desde o tratamento de dados com a instalação de cookies se iniciar imediatamente assim que o utilizador visitava o site pela primeira vez, incumprimento de deveres de informação, *dark patterns* na obtenção do consentimento que não respeitava a granularidade, etc. O custo da opção paga não foi considerado como um fator nesta decisão¹⁵⁷.

O caso dinarmaquês do GulogGratis, em que autoridade de controlo considerou que o modelo de “*consent or pay*” do *marketplace* GulogGratis era parcialmente válido. O consentimento era recolhido para o tratamento de dados com a finalidade de publicidade pessoalidade e fins estatísticos. Apenas a recolha de dados para fins estatísticos é que foi considerada problemática por não estar devidamente justificada/não ser necessária e o consentimento não cumprir com a granularidade quanto a esta finalidade¹⁵⁸⁻¹⁵⁹.

A Conferência das Autoridades Independentes de Controlo da Proteção de Dados da Alemanha (“*Konferenz der unabhängigen Datenschutzaufsichtsbehörden*” que inclui todas as autoridades de controlo dos vários *Länder*) publicou linhas de orientação em março de 2023 que permitem, em teoria, a validade de um modelo em que haja a

¹⁵⁵ Uma análise da decisão está disponível no GDPRhub, “DSB (Austria) – 2023-0.174.027”, disponível [https://gdprhub.eu/index.php?title=DSB_\(Austria\)_-_2023-0.174.027](https://gdprhub.eu/index.php?title=DSB_(Austria)_-_2023-0.174.027)

¹⁵⁶ A decisão original, em alemão, disponível em https://noyb.eu/sites/default/files/2023-04/Standard_Bescheid_geschw%C3%A4rzt.pdf

¹⁵⁷ Decisão original em alemão, disponível em https://noyb.eu/sites/default/files/2023-07/11VerwarnungPurAboModellfinalgeschwrtztp_Redacted.pdf

¹⁵⁸ Resumo da decisão no GDPRhub disponível em [https://gdprhub.eu/index.php?title=Datatilsynet_\(Denmark\)_-_2021-31-4871](https://gdprhub.eu/index.php?title=Datatilsynet_(Denmark)_-_2021-31-4871)

¹⁵⁹ Versão original em dinarmaquês disponível em <https://www.datatilsynet.dk/afgoerelser/afgoerelser/2023/feb/gul-og-gratis-brug-af-cookie-walls>

opção de pagamento de uma subscrição mensal em alternativa ao pagamento¹⁶⁰. Segundo este documento, os modelos serão admissíveis se

- a) Ambas as opções entre o serviço pago ou com consentimento forem alternativas equivalentes.
- b) O custo for o standard do mercado.
- c) No caso de serem efetuadas múltiplas operações de tratamento de dados com finalidades substancialmente distintas, os requisitos do consentimento (segundo as Diretrizes 05/2020 do EDPB), têm de ser respeitados, nomeadamente a granularidade. Os titulares de dados não podem ser obrigados a fornecer o seu consentimento a um “*bundle*”, devem ter a opção de consentir de forma separada consoante as finalidades (modelo de *opt-in*).

Em França, encontramos um entendimento similar após uma tentativa de proibição de cookie walls pela CNIL¹⁶¹. Na sequência de uma ação proposta por parte de associações da indústria, especialmente editores de imprensa e de meios de comunicação, o Conseil d’État emitiu uma decisão em 19 de junho de 2020¹⁶² que determinou que a CNIL não poderia impor esta proibição total. O tribunal enfatizou que a obtenção de consentimento gratuito para o processamento de dados deve ser avaliada caso a caso, considerando diversas situações e contextos.

Como resultado, a CNIL reviu as suas diretrizes de cookies em setembro de 2020¹⁶³, admitindo que a validade das *cookies walls* ou

¹⁶⁰ “Beschluss der Konferenz der unabhängigen Datenschutzaufsichtsbehörden des Bundes und der Länder vom 22. März 2023 Bewertung von Pur-Abo-Modellen auf Websites” março 2023, disponível em: https://www.datenschutzkonferenz-online.de/media/pm/DSK_Beschluss_Bewertung_von_Pur-Abo-Modellen_auf_Websites.pdf

¹⁶¹ Deliberation no. 2019-093 of 4 July 2019 adopting guidelines on the application of Article 82 of the amended Act of 6 January 1978 to read and write operations on a user’s terminal (in particular “cookies and other tracers”)

¹⁶² Décision n° 434684 du Conseil d’Etat du 19 juin 2020, 10ème et 9ème Chambres réunies <https://www.conseil-etat.fr/fr/arianeweb/CE/decision/2020-06-19/434684>

¹⁶³ Deliberation no. 2020-091 of 17 September 2020 adopting guidelines on the application of Article 82 of the amended Act of 6 January 1978 to read and write operations on a user’s terminal (in particular “cookies and other tracers”) and repealing deliberation no. 2019-093 of 4 July 2019

paywalls em relação ao requisito de liberdade de consentimento. Este deve ser avaliado caso a caso, atendendo aos seguintes critérios:

- a) Oferecer uma alternativa justa à aceitação de cookies;
- b) Fornecer um serviço equivalente pelo mesmo prestador;
- c) Definir um preço razoável para as alternativas;
- d) Limitar os propósitos dos cookies apenas aos que são justificados.

Em relação a *cookie walls*, as autoridades de controlo de Espanha¹⁶⁴ e Itália¹⁶⁵ também têm seguido esta tendência decisória, com linhas de orientação e diretrizes similares.

5.3 As previsões na antecipação da *Opinion 8/2024* do EDPB

Atendendo às posições que defendemos anteriormente quanto aos dados como contraprestação na DCD e na Diretiva *Omnibus*, é do nosso entendimento que é possível, em teoria e (com algumas dificuldades) na prática, utilizar o consentimento como base de licitude que condiciona o acesso a conteúdos e serviços digitais. A análise deverá sempre ser feita de forma casuística, atendendo (“com a máxima atenção”) à justificação apresentada para cada tratamento de dados e a sua finalidade, e permitindo a granularidade do consentimento. Certos tratamentos de dados serão considerados mais ou menos “abusivos” ou excessivos, consoante o contexto de cada serviço digital.

Esta construção e raciocínio são, naturalmente, aplicáveis aos modelos de *consent or pay*, sejam eles baseados em *cookie walls* ou *paywalls*. As objeções que são frequentemente colocadas à

¹⁶⁴ AEPD, Guía sobre el uso de las cookies, 2024, disponível em <https://www.aepd.es/guias/guia-cookies.pdf> Depois da publicação da *Opinion 8/2024* do EDPB, a AEPD alterou este guia, mas ainda é possível encontrar a versão que permite a utilização de modelos *pay or consent* utilizando a wayback machine e consultando versões do webiste de fevereiro de 2024. Como exemplo, ver <http://web.archive.org/web/20240213234318/https://www.aepd.es/guias/guia-cookies.pdf>

¹⁶⁵ Garante, “Guidelines on the use of cookies and other tracking tools – 10 June 2021”, 2021, disponível em <https://www.garanteprivacy.it/home/docweb/-/docweb-display/docweb/9677876#english>

admissibilidade destes modelos focam-se em erros, falhas e abusos dos casos concretos – por exemplo, no caso concreto da Meta, levantam-se sérias dúvidas quanto ao preço (até que ponto é que será “remuneração adequada”), a forma como as informações são apresentadas e o consentimento recolhido (poderão constituir uma prática comercial desleal pelo uso de “grátis” e o carácter abusivo, intrusivo e agressivo) e as dificuldades práticas na retirada do consentimento.

Devido a isto, consideramos que a ação coordenada pela Comissão, liderada pela Direção-Geral da Concorrência, do Consumo e da Repressão da Fraude da França, levada a cabo no seguimento das queixas apresentadas pela BEUC e o seu consórcio¹⁶⁶, com base nas violações do Direito Europeu do Consumo, eram a abordagem mais “forte” e com melhores possibilidades de sucesso.

Ainda assim, mesmo considerando a tendência decisória em proteção de dados até abril 2024¹⁶⁷, das autoridades de controlo à jurisprudência do TJUE, as principais previsões (com que alinhávamos) apontavam para que o resultado mais provável fosse que o EDPB adoptasse uma posição bastante mais conservadora, que colocasse mais ênfase nos requisitos e salientasse o carácter excecional da admissibilidade do consentimento nestes casos, possivelmente propondo alternativas.

Estas previsões atendiam ao facto da decisão se focar nas práticas no contexto das plataformas online de muito grande dimensão (e mesmo *gatekeepers*), referindo que o mais provável era que o EDPB apontasse várias problemas, que na prática poderiam colocar constituir entraves de tal forma que o resultado fosse que estes modelos não sejam tendencialmente admissíveis – abrindo a porta, no entanto que outros prestadores de serviços possam implementar este modelo, seguindo as recomendações redobradas.

¹⁶⁶ Comissão Europeia, Commission coordinates action by national consumer protection authorities against Meta on ‘pay or consent’ model”, 22 julho 2024, disponível em https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_24_3862

¹⁶⁷ Como analisámos na secção anterior.

Caso o EDPB opte por uma postura excessivamente mais “puritana”, em que feche de tal forma a “porta” a inviabilizar de todo modelos “*consent or pay*” em plataformas de muito grande dimensão como a Meta (seja por pressões políticas ou quaisquer outras motivações dos seus membros), é necessário lembrar que tal orientação entra em choque direto com a jurisprudência do TJUE em C-252/21. Uma decisão nesta linha teria várias implicações.

Devido à diversidade de previsões e as grandes implicações das mesmas, nas vésperas da decisão houve um “turbilhão” de apelos de ambos os lados¹⁶⁸.

5.4 A Opinion 08/2024 on Valid Consent

O EDPB emitiu a sua decisão sobre os modelos “Consent or Pay” em 17 de abril de 2024. Quando comparado com as previsões feitas até aí, o EDPB foi bastante mais longe que o esperado.

A decisão é bastante extensa, em 42 páginas e aborda diversas questões e matérias que requerem, por sua vez, uma análise muito aprofundada. Neste espaço vamos apenas apontar as principais questões¹⁶⁹.

O EDPB concluiu que, na generalidade dos casos em que os utilizadores de grandes plataformas sejam apenas confrontados com uma escolha binária entre consentirem a publicidade personalizada e pagarem uma mensalidade, que o consentimento não seria válido.

¹⁶⁸ Ver as cartas da IAB Europe, a defender a admissibilidade dos modelos, e do lado oposto, da aliança liderada pela EDRI: <https://iabeuropa.eu/wp-content/uploads/20240319-Letter-to-EDPB-upcoming-opinion-and-guidelines-on-the-consent-or-pay-model.pdf> e <https://edri.org/wp-content/uploads/2024/04/NGOs-Letter-Pay-or-Consent-April-2024.pdf>

¹⁶⁹ Para mais análises ver Arthur Cox, “White Paper Critical Analysis Of The European Data Protection Board’s Opinion 08/2024 On Consent Or Pay Models” [1719315867013 \(licdn.com\)](https://www.licdn.com), José Antonio Castillo Parrilla, Jorge Morais Carvalho, “‘Pay or ok’. Pagar con datos personales tras la Directiva 2019/770: una visión comparada entre España y Portugal” RED Revista Electrónica de Direito 2024, Vol. 34 (2), DOI 10.24840/2182-9845_2024-0002_0007. Peter Craddock, Op-Ed: A critical analysis of the EDPB’s “Pay or Consent” Opinion”, em <https://www.linkedin.com/pulse/op-ed-critical-analysis-edpbs-pay-consent-opinion-peter-craddock-obl3e/>

Para sustentar esta conclusão, o EDPB navega sobre as principais questões relevantes para o consentimento. Este deve respeitar todos os requisitos do RGPD, sublinhando o princípio da responsabilidade, da necessidade, proporcionalidade, limitação de finalidades, minimização de dados e lealdade.

Além dos requisitos da informação, granularidade e especificidade, foca-se bastante no consentimento ser livre e de analisar o impacto do desequilíbrio de poder entre o responsável pelo tratamento e os titulares. Aqui destaca a posição de mercado da plataforma, o network effect, a dependência do serviço (por exemplo, para fins profissionais) e o público-alvo.

Os titulares não são assim capazes de realizar uma escolha genuína e livre, pois se não aceitarem consentir ao tratamento de dados para a publicidade personalizada, podem sofrer prejuízos, seja pela perda de acesso ao serviço de que estão dependentes, ou pelos custos financeiros da opção paga.

Com base nestas considerações, o EDPB fecha a porta à admissibilidade da escolha binária entre consentimento e pagamento. No entanto, a decisão acrescenta ainda uma série de recomendações que poderiam “salvar” o consentimento, permitindo que este possa ser válido.

Além de medidas como reforçar a transparência e compreensão das operações de tratamento, facilitar a retirada do consentimento (e a possibilidade de implementar um modelo em que este tenha de ser renovável!), e assegurar a granularidade ao invés da agregação de tratamentos distintos, o EDPB foca uma parte considerável da decisão numa proposta extraordinariamente inovadora: uma terceira alternativa equivalente gratuita, sem tratamento de dados para publicidade personalizada (“*Free Alternative Without Behavioural Advertising*” também conhecida como FAWBA).

Segundo o EDPB, para os responsáveis pelo tratamento que prestam serviços que tratam dados para personalidade personalizada assegurarem que os titulares de dados conseguem fazer uma escolha genuína e livre, devem também oferecer esta alternativa equivalente que seja verdadeiramente gratuita, FAWBA, em que haja bastante menos ou

nenhum tratamento de dados pessoais. Neste modelo, a publicidade não pode ser personalizada, só pode ser contextual, geral ou baseada em tópicos escolhidos previamente pelo titular de uma lista. Só com esta opção adicional é que se consegue assegurar a liberdade de escolha (“a real choice”) do titular.

5.5 Principais críticas à decisão do EDPB

Embora vários celebrassem a decisão do EDPB, como a NOYB (que ainda assim considerou que a decisão podia ter sido assertiva), rapidamente começaram a surgir muitas críticas sobre a decisão do EDPB devido a várias partes da decisão.

Em primeiro lugar, o EDPB cunha um novo conceito, extremamente inovador para o Direito Europeu, o de grandes plataformas em linha (“*large online platforms*”). Embora tenha sido chamar a pronunciar-se sobre o modelo da Meta, o EDPB decide expandir o escopo da sua decisão. Além das plataformas de muito grande dimensão (VLOPs) do DSA e dos controladores de acesso do DMA, o EDPB decide que a decisão também se deve aplicar a outras plataformas que, embora não cumpram os requisitos do art. 33.º DSA, se encaixem neste novo conceito de grande plataforma. Segundo o EDPB, é necessário uma análise casuística que considere a presença (indicativa) de elementos como: tem um grande número de titulares de dados, se tem uma posição considerável no mercado relevante, se realiza operações de tratamento de grande escala, a sua escala geográfica, entre outros.

O EDPB cria assim um novo conceito de “VLOP” para o RGPD, com uma definição pouco clara, elástica e adaptável a um grande volume de casos, que ultrapassam muito o caso da Meta, e cria bastante incerteza jurídica.

O EDPB já tinha comunicado anteriormente em fevereiro que iria preparar guidelines para serviços de menor dimensão das grandes plataformas, que utilizassem este modelo. Ao visitar este comunicado, compreendemos que a utilização de “grandes plataformas” não se referia apenas aos serviços equivalentes à Meta, mas a um universo muito

maior. A fronteira entre os serviços que caem na *Opinion 8/2024* e as futuras guidelines é incerta e difusa.

A criação desta categoria não encontra base jurídica em na ordem jurídica, não está no RGPD, no DSA, no DMA, no Data Act ou Data Governance Act, etc., e afasta-se da prática decisória das autoridades de controlo e do TJUE.

A decisão põe severamente em causa a aplicação harmoniosa entre o RGPD e DCD, assim como a Diretiva Omnibus, ignora a aplicação da Diretiva da Privacidade, e é diretamente incompatível com várias decisões do TJUE, em especial o acórdão C-252/21. O EDPB gasta uma parte considerável da sua decisão a “tentar reescrever-reinterpretar-corriger” esta decisão.

A proposta da FAWBA deve ser destacada como o ponto mais frágil e absolutamente criticável da decisão. Em momento nenhum o TJUE afirmou que esta “terceira” alternativa era necessária, tendo antes sido bastante claro quanto à admissibilidade de um única alternativa equivalente ao consentimento que fosse paga.

Ao exigir esta “terceira” alternativa equivalente para que as outras (consentimento e pagamento) sejam admissíveis, o EDPB não está apenas explicitamente a violar o precedente do TJUE, está também a violar as suas competências e a separação dos poderes.

Esta postura do EDPB e das suas autoridades de controlo pode ser vista como uma verdadeira tentativa destes reguladores/supervisores de tentarem legislar, sem competência para tal, de forma a procurar “corrigir” a orientação do TJUE.

Ora, o RGPD não proíbe a publicidade personalizada (se devia, ou não, devido aos seus múltiplos efeitos nocivos para a sociedade, é toda outra questão) nem o modelo de negócio subjacente. O EDPB e os seus membros não têm competência, um mandato democrático, para decidir tal matéria¹⁷⁰.

¹⁷⁰ Assumindo veemente esta posição e altamente crítico de posições de “overreach” das autoridades de controlo, Martin Nettesheim, “GDPR Overreach? The Challenges of Regulating Pay-or-Consent Models through Data Protection Law”, *VerfBlog*, 2024/4/15, <https://verfassungsblog.de/gdpr-overreach/>; DOI: 10.59704/de7ffdf30b45f1.

Mas exigir FAWBA é uma proibição do modelo de publicidade personalizada? Sim, consubstancia o mesmo resultado. Dado que não podem condicionar o acesso ao serviço com o requisito do consentimento para estas operações de tratamento só por si, nem com alternativa paga adicional, os prestadores dos serviços ficam obrigados a garantir que o serviço tem de ser prestado de forma gratuita, com a qualidade equivalente ao serviço pago.

Na prática, uma esmagadora maioria dos consumidores irão optar¹⁷¹ pela opção gratuita, sem qualquer prejuízo. Ora, isto irá implicar o fim do modelo de negócio destes serviços. De um prisma contratual, quase que será possível apontar que os titulares de dados poderão se encontrar numa posição de enriquecimento sem causa: vão usufruir de serviços sem terem realizado qualquer contrapartida¹⁷².

Este aspecto terá mais efeitos que, de forma, poderão acabar a afetar negativamente os titulares de dados. A exigência da FAWBA pode implicar que estes prestadores mudem para um modelo com uma única opção: o pagamento monetário. De repente, milhões de titulares de dados deixarão de ter acesso aos serviços digitais que pretendem usufruir porque a versão com publicidade personalizada sem pagamento deixou de estar disponível. Foram negativamente afetados. para o bem deles. Porque não eram capazes de prestar o consentimento de forma admissível.

Mesmo admitindo que algumas destas “grandes plataformas” realizem a transição para um modelo gratuito, será que são capazes de sobreviver a isso? Estarão dispostas a isso? E porquê?

Estas questões apontam para dois temas. Em primeiro, a crítica mais frágil da decisão, que o EDPB estava perante um conflito de

¹⁷¹ Serão poucos os titulares de dados bondosos que irão aceitar fornecer os seus dados pessoais para se submeterem a publicidade e serão ainda menos os que aceitam pagar uma mensalidade. Não é arriscado afirmar que aqueles que não optem pela FAWBA provavelmente estarão distraídos ou a ser manipulados por dark patterns (também já proibidos no DSA).

¹⁷² José Antonio Castillo Parrilla e Jorge Morais Carvalho, ““Pay or ok”. Pagar con datos personales tras la Directiva 2019/770: Una visión comparada entre España y Portugal”, RED Vol. 34(2) 2024, pp. 128-131 e 136-140.

direitos fundamentais e que desconsiderou completamente esta questão. O EDPB analisou a questão unicamente considerando o direito fundamental à proteção de dados, art. 8.º CDFUE, e ignorou a liberdade das empresas, protegido como direito fundamental no art. 16.º da CDFUE. Mesmo que consideremos que os direitos das pessoas individuais naturais sejam, naturalmente, mais merecedoras de proteção, a verdade é que o próprio RGPD reconhece que a proteção dos dados pessoais não é um direito absoluto¹⁷³.

Numa situação de conflito entre estes, em que o EDPB pretende, sem base jurídica, contradizendo o TJUE, reescrever uma parte considerável do ordenamento jurídico europeu para proibir um modelo de negócio já bastante implantado e disseminado na economia moderna e na sociedade atual, é difícil não referir que este ponto também foi ignorado, talvez com a consequência a solução mais equilibrada e mais acertada.

O último ponto é menos uma crítica da decisão, mas uma reflexão que surge a partir desta e requer que seja feita aprofundada noutra texto. Se queremos, enquanto sociedade democrática, que opções como o FAWBA sejam a regra/que a publicidade personalizada seja proibida, temos de estar preparados para as consequências dessa decisão. Isto inclui realizar as escolhas posteriores necessárias.

Se, por exemplo, quisermos que as redes sociais e grandes plataformas digitais sejam gratuitas (no sentido completo) e que se mantenham em funcionamento devido ao seu papel, seja na liberdade de expressão, no acesso a informação, como as “*townsquares* digitais da nossa sociedade”, então temos de reconhecer o seu papel enquanto serviços essenciais – isso implica escolhas como perceber qual o modelo de governança e financiamento que queremos para estes serviços.

¹⁷³ Considerando 4 do RGPD.

5.6. *Implicações futuras*

Finalmente, temos de compreender quais as implicações futuras desta decisão.

O principal resultado da Opinion 08/2024 será muita litigância. As autoridades de controlo vão tentar aplicar coimas à Meta, sendo que esta vai sempre contestar judicialmente a sua validade. Em paralelo também vão ainda decorrer, quem sabe, ações colocadas pela NOYB e outras ONG, que poderão até ser ações coletivas com base nas transposições da Diretiva 2020/1828. No Direito do Consumo, já referimos que a ação coordenada entre as autoridades de consumo, baseada nas queixas da BEUC, parecem muito auspiciosas, com probabilidade de sucesso.

Tanto os processos de *public* e *private enforcement* nestas matérias vão resultar em reenvios prejudiciais para o TJUE, que irá, “certamente”, procurar encerrar esta questão “de vez” (tudo isto num horizonte de 2-3 anos).

Além desta litigância, tudo indica que a Comissão Europeia irá também utilizar outras as ferramentas disponíveis, em especial o art. 5.º do DMA¹⁷⁴⁻¹⁷⁵, para apertar o cerco à Meta. Os problemas da granularidade do consentimento e junção dos dados do Facebook e do Instagram são particularmente difíceis de defender.

Quanto guidelines que devesão publicadas no último trimestre de 2024, aplicáveis aos serviços que não alcançam a classificação de “large online platforms”, há ainda muita incerteza quanto ao seu conteúdo. É possível que não exijam FAWBA, mas também é possível que sim. Até conhecermos o seu conteúdo, afirmamos novamente que estas não

¹⁷⁴ Comissão Europeia, “Commission sends preliminary findings to Meta over its “Pay or Consent” model for breach of the Digital Markets Act”, Julho 2023, https://digital-markets-act.ec.europa.eu/commission-sends-preliminary-findings-meta-over-its-pay-or-consent-model-breach-digital-markets-act-2024-07-01_en

¹⁷⁵ Marco Botta e Danielle Borges, “User Consent at the Interface of the DMA and the GDPR. A Privacy-setting Solution to Ensure Compliance with ART. 5(2) DMA”, Dezembro 2023. Robert Schuman Centre for Advanced Studies Research Paper No. 2023_68, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=4650373> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4650373>

poderão contradizer frontalmente a *rationale* do TJUE e a posição que defendemos neste texto sem sofrerem de graves falhas.

6. Conclusão

Do ponto de vista económico, é possível observar várias transformações ao longo dos anos nos modelos de negócio de diversos serviços digitais (e dos que estão a fazer a transição para o digital, como a imprensa e o jornalismo), em especial no que toca com a relação com a publicidade personalizada e o pagamento de subscrições mensais.

Algumas plataformas de partilha de conteúdos digitais criados pelos utilizadores (*User-generated content*, conhecido como UGC), como o Youtube, estão há vários anos a promover opções pagas sem anúncios (e alguns conteúdos *premium*) junto dos seus utilizadores, porém com reduzido sucesso. Outros, como os serviços de streaming de vídeo (Netflix, Disney+, e muitos outros concorrentes), que começaram sem quaisquer anúncios, estão agora no processo de aumentar a generalidade dos seus preços¹⁷⁶, criando “*tiers*” de subscrição com mensalidades mais baixas, onde, porém os utilizadores são confrontados com anúncios, tipicamente personalizados. No *streaming* de música e podcasts, muitos utilizadores também já estavam familiarizados com este modelo no *Spotify*, assim como no *streaming* de videojogos, com o *Twitch*.

A imprensa, o “quarto poder” em democracias, confrontado com quebras contínuas de receitas e de recursos, tem experimentado com ambos os modelos, em separado e de forma híbrida.

Não é aparente que haja um modelo que seja necessariamente mais viável que o outro, depende muito do caso concreto, do serviço, do mercado, da marca, e mesmo de *trends* macroeconómicas (relembrando a

¹⁷⁶ Sobre as mudanças no mercado de streaming, ver Martim Farinha, “A Mudança De Planos Da Netflix – Como Se Chegou Até Aqui?”, março 2023, <https://novaconsumerlab.novalaw.unl.pt/tag/netflix/>

forma como diferentes modelos prosperaram ou caíram em desgraça na *Dot-com bubble*, na recessão de 2008, durante a década dos 2010s, durante os confinamentos da covid-19, no pico de infração, etc.).

Independentemente da escolha do modelo de negócio pelo profissional-responsável pelo tratamento, entre optar pela publicidade personalizada ou o pagamento de subscrições, a realidade é que estes serviços têm de ser “pagos” de alguma forma.

Se considerarmos o caso do jornalismo, as editoras estão bastante dependentes da receita que consegue obter para cobrir os custos resultantes dos salários de jornalistas e funcionários, infraestrutura, armazenamento de dados, licenças, custos de investigação, etc. Sem publicidade personalizada e opções de “pagamento” dos utilizadores, estas empresas dificilmente sobreviveriam. Estes modelos pretendem assegurar que estes serviços são financeiramente viáveis.

Esta argumentação de escopo mais económico é apenas um complemento auxiliar da reflexão já realizada, mas que não pode ser esquecida.

Como demonstrámos ao longo do presente texto, a noção dos dados como contraprestação, por muito “desconforto” que possa causar, não só não é proibida pelos Tratados Europeus e pela Carta dos Direitos Fundamentais, como é compatível com os princípios e normas do RGPD, em especial o consentimento.

Os modelos de *paywall*, *ad-free subscription* ou “*consent or pay*” (conforme a denominação preferida) levantam questões quanto à validade do consentimento e a liberdade de escolha dos titulares, que são, como é possível aferir da prática decisória das autoridades de controlo e da jurisprudência do CJEU, acauteláveis na concretização prática.

Entre as considerações apontadas ao longo do texto para a obtenção de um consentimento válido, destacamos o carácter equivalente entre as diferentes versões dos serviços, o custo monetário da alternativa ser adequado, e ser assegurada a granularidade do mesmo. Adicionalmente, ainda que em certos casos não exista uma relação de consumo entre titular de dados e responsável pelo tratamento, é

recomendado que o modelo contratual, a política de privacidade e a própria forma como toda a informação é comunicada e o consentimento obtido, estejam em conformidade com os princípios da Diretiva das Cláusulas Contratuais Abusivas e a Diretiva das Práticas Comerciais Desleais. Estas medidas asseguram assim que não se levantam questões quanto ao possível carácter abusivo, enganador ou predatório do modelo – o que colocaria em causa a liberdade de escolha dos titulares de dados.

A recente *Opinion 8/2024* do EDPB não veio a cumprir o objetivo de pacificar esta matéria e resolver as dúvidas interpretativas do RGPD. Pelo contrário, veio a criar muita incerteza jurídica seja pelo escopo da sua aplicabilidade (às “grandes plataformas em linha”) e pelo seu conteúdo excessivamente criativo e inovador, sem base jurídica e contradizendo o TJUE.

Ao invés de esclarecer, esta decisão só veio a assegurar que a litigância irá continuar, que a atuação futura dos reguladores fique incerta¹⁷⁷ e que outros prestadores de serviços com uma dimensão nada comparável à Meta vejam os seus modelos de negócio colocados no limbo.

A privacidade não é “comprada” neste modelo, como muitos afirmam. Aliás, com base nos argumentos e recomendações que avançámos, acreditamos que seja possível prevenir a proliferação excessiva e abusiva destes modelos no futuro.

¹⁷⁷ A autoridade de Hamburgo terá aconselhado o jornal DER SPIEGEL a utilizar o modelo “consent or pay”. Ver NOYB, “‘Pay or OK’ at DER SPIEGEL: noyb sues Hamburg DPA”, Agosto 2024, <https://noyb.eu/en/pay-or-ok-der-spiegel-noyb-sues-hamburg-dpa>