

Publicidade e Transparência no âmbito do Regulamento dos Serviços Digitais (Regulamento (UE) 2022/2065 de 19 de Outubro)

MARIA MADRUGA DE MEDEIROS

Resumo

De forma a acompanhar a evolução da tecnologia e o consumo em linha, a Comissão Europeia propôs o novo (e já em vigor) Regulamento (UE) dos Serviços Digitais, que, de entre outras áreas, incide-se sobre a publicidade em linha.

Deste modo, este artigo tem como objectivo analisar os efeitos da publicidade direccionada e as normas do Regulamento (UE) dos Serviços Digitais referentes à transparência de informação. Para além disso, irá ser feita uma reflexão sobre os principais desafios da aplicação destas novas regras.

Palavras-chave: Regulamento dos Serviços Digitais; Transparência; Publicidade em linha; Publicidade direccionada.

Abstract

To keep up with the evolution of technology and online consumption, the European Commission has proposed the new (and already in force) Digital Services Regulation (EU), which, among other areas, focuses on the display of online advertising.

The aim of this article is therefore to analyze the effects of targeted advertising and the rules of the (EU) Digital Services Regulation relating to transparency of information. It will also reflect on the main challenges of applying these new rules.

Keywords: *Digital Services Act; Transparency; Online Advertising; Targeted Advertising.*

Lista de abreviaturas, siglas e acrónimos

AEPD	–	Autoridade Europeia para a Protecção de
<i>cfr.</i>	–	Dados confrontar
DSA	–	Regulamento dos Serviços Digitais
DMA	–	Regulamento dos Mercados Digitais
GT29	–	Grupo de Trabalho do Artigo 29.º
p.	–	Página
RGPD	–	Regulamento Geral sobre Protecção de
TJUE	–	Dados
VLOPs	–	Tribunal de Justiça da União Europeia Plataformas em linha de muito grande di- mensão
VLOSEs	–	Motores de pesquisa em linha de muito grande dimensão

Introdução

Ao longo dos últimos anos, surgiram serviços digitais novos e inovadores da sociedade da informação que mudaram a vida quotidiana dos cidadãos da União Europeia. De forma a acompanhar estas mudanças, a Comissão Europeia comprometeu-se a actualizar e harmonizar as responsabilidades e as obrigações dos prestadores de serviços digitais e, em especial, das plataformas em linha¹. Este compromisso foi materializado com o Regulamento dos Mercados Digitais (*Digital Market Act – DMA*)² e com o Regulamento dos Serviços Digitais (*Digital Services Act – DSA*)³.

Em paralelo com a evolução das actividades económicas em linha, também a temática da publicidade tem vindo a renovar-se nas plataformas em linha, com anúncios mais subtis e mais direccionados para cada grupo de pessoas. A publicidade em linha poderá originar danos nocivos sobre os dados pessoais dos destinatários do serviço, nomeadamente sobre grupos de pessoas considerados mais sensíveis e sobre os dados pessoais dos destinatários, justificando deste modo a criação de novas regras aplicáveis às plataformas em linha no DSA. Estas regras e obrigações constituem o foco deste artigo.

A primeira parte é dedicada aos objectivos e ao âmbito de aplicação do DSA, sendo dada especial atenção às plataformas em linha, às plataformas em linha de muito grande dimensão (VLOPs⁴) e aos motores de pesquisa em linha de muito grande dimensão (VLOSEs⁵). De seguida, entramos na área da publicidade em linha, na qual é feita a análise das normas dos art. 26.º e 39.º do DSA. Esta última parte

¹ Comissão Europeia, Shaping Europe's digital future, 19.02.2020, p. 6. Disponível em https://commission.europa.eu/document/download/84c05739-547a-4b86-9564-76e834dc7a49_en?filename=communication-shaping-europes-digital-future-feb2020_en.pdf&prefLang=pt

² Regulamento (UE) 2022/1925, de 14 de Setembro de 2022.

³ Regulamento (UE) 2022/2065, de 19 de Outubro de 2022.

⁴ *Very large online platforms* (VLOPs).

⁵ *Very large online search engines* (VLOSEs).

incidirá sobre as obrigações de transparência e regras sobre a exibição de publicidade para os fornecedores das plataformas em linha e as respectivas reacções das Instituições Europeias e outras entidades. Por fim, proceder-se-á ao elenco dos principais desafios da aplicação deste Regulamento.

I – Considerações gerais sobre o Regulamento (UE) sobre os Serviços Digitais

1. Fundamentos e objectivos

A 15 de Dezembro de 2020, a Comissão Europeia, no âmbito da Estratégia Digital Europeia “Construir o futuro digital da Europa”, publicou duas propostas de regulamentação relacionadas com a governação dos serviços digitais na União Europeia (UE): o DSA e o DMA⁶. De acordo com a Comissão Europeia, estas propostas legislativas teriam como objectivo “assegurar as melhores condições para a prestação de serviços digitais inovadores no mercado interno, contribuir para a segurança em linha e para a protecção dos direitos fundamentais e criar uma estrutura de governação sólida e duradoura para a supervisão eficaz dos prestadores de serviços intermediários”⁷.

O DSA visa harmonizar as legislações nacionais fragmentadas sobre serviços intermediários e criar regras ao nível da UE para um ambiente em linha seguro, previsível e de confiança⁸. Este Regulamento tem também como objectivo proteger os direitos fundamentais dos consumidores e criar um quadro transparente de

⁶ Comissão Europeia, Uma Europa preparada para a era digital: Comissão propõe novas regras para as plataformas digitais, 15.12.2020. Disponível em https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/pt/ip_20_2347.

⁷ Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho Relativo a um Mercado Único de Serviços Digitais (Regulamento Serviços Digitais) e que altera a Diretiva 2000/31/CE (COM/2020/825 Final), p. 2–3.

⁸ Considerando 9 do DSA.

responsabilização para os prestadores de serviços intermediários⁹. O DSA é aplicável a um vasto número de intermediários e plataformas em linha que ligam os consumidores a bens, serviços e conteúdos. Este Regulamento trata desde sítios *web* simples a grandes serviços de infraestruturas e plataformas em linha¹⁰.

1.1 Plataformas em linha

Neste contexto, destacam-se os fornecedores de plataformas em linha por serem os destinatários das regras do DSA referentes à publicidade, que é o foco do presente artigo.

Uma plataforma em linha (alínea i) do art. 3.º do DSA) é, em termos gerais, um serviço de alojamento virtual¹¹, que armazena informações a pedido de um destinatário do serviço e, para além disso, difunde para o público a pedido do mesmo. Este serviço de armazenamento e difusão ao público terá de constituir a principal actividade da plataforma, excluindo assim, por exemplo, sítios *web* que tenham secções de comentários mas que sejam acessórios à finalidade do mesmo¹² e serviços de comunicações interpessoais¹³, tais como serviços de correio electrónico e serviços de mensagens privadas¹⁴.

Plataformas em linha são, assim, serviços que reúnem vendedores/anunciantes e consumidores, como por exemplo, mercados em

⁹ Considerando 40 do DSA.

¹⁰ Como referido no seu art. 2.º, o DSA é aplicável aos serviços intermediários (inclui serviços de “simple transporte”, de “armazenagem temporária” e de “alojamento virtual”) oferecidos aos destinatários do serviço cujo local de estabelecimento seja na União ou que nela estejam localizados, independentemente de onde os prestadores desses serviços têm o seu local de estabelecimento.

¹¹ De acordo com a subalínea iii) da alínea g) do art. 3.º do DSA, um serviço de alojamento virtual consiste na “armazenagem de informações prestadas por um destinatário do serviço e a pedido do mesmo”.

¹² Por exemplo, um sítio *web* de um jornal. Considerando 13 do DSA.

¹³ Tal como definido no, alínea 5) do art. 2.º da Diretiva (UE) 2018/1972, de 11 de dezembro de 2018.

¹⁴ Considerando 14 do DSA.

linha, lojas de aplicações, plataformas de economia colaborativa e plataformas de redes sociais¹⁵.

1.2 Plataformas e motores de pesquisa em linha de muito grande dimensão (VLOPs e VLOSEs)

No DSA estão incluídas obrigações adicionais para as plataformas de muito grande dimensão (VLOPs) e motores de pesquisa¹⁶ de muito grande dimensão (VLOSEs).¹⁷

O termo “muito grande dimensão”, de acordo com o n.º 1 do art. 33.º do DSA, refere-se ao número médio mensal de destinatários activos do serviço na União, que deverá reflectir todos os destinatários que, efectivamente utilizam o serviço, pelo menos uma vez, num determinado período¹⁸ e que deve ser igual ou superior a 45 milhões. Este número deverá ser comunicado pelas próprias plataformas e motores de pesquisa na sua interface em linha (n.º 2 do art. 24.º DSA), tendo a Comissão Europeia de publicar uma lista (e mantê-la actualizada) das VLOPs e dos VLOSEs no Jornal Oficial da UE e notificar os mesmos sobre a sua decisão (n.ºs 4, 5 e 6 do art. 33.º DSA). Depois da notificação, as VLOPs e os VLOSEs designados terão 4 meses para cumprir as suas obrigações adicionais (n.º 6 do art. 33.º DSA). A primeira lista foi designada a 25 de

¹⁵ Comissão Europeia, Regulamento dos Serviços Digitais – Garantir um ambiente em linha seguro e responsável. Disponível em https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age/digital-services-act_pt

¹⁶ Definição de motor de pesquisa encontra-se na alínea j) do art. 3.º do DSA. Um exemplo muito conhecido será a plataforma “Google”.

¹⁷ Notemos que o DSA aplica-se a plataformas em linha de todas as dimensões (variando de acordo com as secções do Regulamento), no entanto, o mesmo não se aplica a motores de pesquisa que não são considerados VLOPs. No âmbito do DSA, a única obrigação que os motores de pesquisa que não são VLOPs parecem ter de cumprir é a de publicação de informações sobre o número médio mensal de destinatários ativos do serviço na União e a sua comunicação à Comissão e coordenador de serviços digitais (n.º 2 e 3 do art. 24.º DSA).

¹⁸ Considerando 77 do DSA.

Abril de 2023¹⁹, tendo as VLOPs e os VLOSEs de cumprir as obrigações fixadas na secção 5 do Capítulo III do DSA desde 25 de agosto de 2023.

Dado o impacto que as VLOPs e os VLOSEs têm no debate público, nas transacções económicas, na difusão de informação e influência do público a grande escala, existe uma maior probabilidade de originarem riscos sociais de grande dimensão²⁰. Os legisladores do DSA justificam assim uma maior exigência na actuação das VLOPs e dos VLOSEs, criando obrigações adicionais para os fornecedores destas.

II – Publicidade no âmbito do Regulamento dos Serviços Digitais

1. Enquadramento

De acordo com um estudo do *International Bureau of Advertising*, na UE, o mercado da publicidade em linha tem vindo a crescer nos últimos quinze anos, em média, 4 mil milhões de euros por ano, passando de 7,6 mil milhões de euros em 2006 para 64,8 mil milhões de euros em 2019²¹.

Os comerciantes em linha começaram a adoptar práticas que se centram na melhoria da compreensão do comportamento e das necessidades dos consumidores, fornecendo ofertas personalizadas e adaptadas através da utilização de dados pessoais destas²². Como

¹⁹ A lista foi publicada a 14 de julho de 2023 em jornal oficial da UE e inclui como VLOPs as entidades *Alibaba Aliexpress*; *Booking.com*; *Facebook*; *LinkedIn*; *Instagram*, entre outros. A Comissão designou como VLOSEs o *Bing* e o *Google Search*.

²⁰ Considerando 75 e 76 do DSA.

²¹ Estudo disponível em <https://iab europe.eu/iab-europe-adex-benchmark-2019-study-reveals-european-digital-advertising-market-exceeds-e64bn-in-2019/>

²² Comissão Europeia, *Consumer Market Study on Online Market Segmentation through Personalised Pricing/Offers in the European Union*, EB-04-18-559-EN-N, 25.09.2018, p. 33. Disponível em <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/ed9ce056-c2cf-11e8-9424-01aa75ed71a1/language-en>

resultado das práticas de personalização, as empresas podem maximizar os lucros, uma vez que são capazes de estimar com maior exactidão o preço máximo que os consumidores estão dispostos a pagar por um produto, com base nos dados recolhidos sobre eles²³.

Esta percepção está reflectida no considerando 68 do DSA, no qual, é reconhecido que a publicidade em linha desempenha um papel importante para os serviços das plataformas em linha que, muitas vezes, são total ou parcialmente financiadas por receitas de publicidade. No entanto, é referido que podem ocorrer riscos como a divulgação de conteúdos ilegais e exibição discriminatória de anúncios. Para além disso, a personalização da publicidade torna possível uma selecção precisa e rigorosa dos receptores dos mesmos, podendo dar origem a problemas de discriminação e práticas pouco transparentes de recolha e tratamento de dados pessoais dos destinatários²⁴.

Deste modo, o DSA^{25/26} defende uma maior transparência e controlo no visionamento de publicidade, nas interfaces em linha.

Antes de passar para os artigos do DSA referentes à publicidade em linha é de referir que a utilização de dados pessoais para a publicidade direccionada, leva inevitavelmente ao recurso ao RGPD²⁷

²³ *Idem*.

²⁴ CARVALHO, Jorge Morais; LIMA, Francisco Arga; FARINHA, Martim, “Introduction to the Digital Services Act, Content Moderation and Consumer Protection”, *Revista de Direito e Tecnologia*, Volume III-1, 2021, p. 98. Disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3852280.

²⁵ De notar que, de acordo com o art. 19.º, os artigos que irão ser indicados não são aplicáveis a plataformas em linha que sejam consideradas micro ou pequenas empresas tal como definidas na Recomendação 2003/361/CE.

²⁶ A UE tem vindo a desenvolver legislação que afecta (directa ou indirectamente) a actividade publicitária digital como a Directiva relativa às Práticas Comerciais Desleais, a Directiva relativa aos direitos dos consumidores e o Regulamento Europeu dos Mercados Digitais. Para além disso, refere-se também o Regulamento Inteligência Artificial (entrada em vigor a 1 de agosto de 2024 e aplicável a partir de 2 de agosto de 2026) que irá influenciar a área da publicidade, nomeadamente no que toca às proibições de uso de sistemas IA com potencial significativo para manipular as pessoas ou explorar as vulnerabilidades de grupos específicos e nas obrigações de transparência.

²⁷ Regulamento (UE) 2016/679, de 27 de abril de 2016.

sendo este um complemento do DSA nas áreas do direito da informação e da publicidade em linha.

Para a publicidade em linha que use dados pessoais, a base de licitude mais provável é o consentimento (alínea a), do n.º 1 do art. 6.º RGD²⁸. Nos termos do ponto 11 do art. 4.º do RGD²⁹, o consentimento consiste numa manifestação de vontade, livre, específica, informada e inequívoca. Um recente acórdão do TJUE²⁹ demonstra este fundamento de licitude como a alternativa mais segura para os titulares dos dados. De forma muito sucinta, uma das questões que o acórdão revelou foi o facto de os utilizadores da rede social em linha *Facebook* terem de, no momento do seu registo, aceitar as condições gerais estabelecidas pela *Meta Platforms*, que remetem para as políticas de utilização dos dados e dos testemunhos de conexão (*cookies*) fixados pela referida sociedade, que incluiria recolha de dados pessoais dentro e fora da rede social para publicidade personalizada. Só com a aceitação destas condições é que os utilizadores conseguiriam registar-se no *Facebook*. Neste acórdão, o TJUE analisa cada um dos fundamentos de licitude geral do tratamento de dados pessoais presentes no RGD²⁹, relativamente ao uso dos dados pessoais para publicidade em linha. O TJUE concluiu que os utilizadores da rede social em questão devem dispor da liberdade de recusar tratamento de dados pessoais não necessários à execução do contrato (como o referido *supra*) sem que, no entanto, sejam obrigados a renunciar integralmente à utilização desta rede social. Destaca-se ainda, a análise sobre o fundamento de interesse legítimo (cujo considerando 47 do RGD²⁹ refere como possível fundamento de licitude para a comercialização directa) em que o TJUE afirma que, na falta de consentimento, os interesses e os direitos fundamentais dos utilizadores prevalecem sobre o interesse do operador de uma rede social

²⁸ CAPELLO, M. (ed.) – “New Actors and Risks in Online Advertising”, IRIS Special, European Audiovisual Observatory, 2022, p. 25. Disponível em <https://rm.coe.int/iris-special-1-2022en-onlineadvertising/1680a744d7>

²⁹ TJUE, C-252/21, *Meta Platforms e o.*, 04.07.2023

em linha na personalização da publicidade através da qual financia a sua actividade³⁰.

Havendo licitude para o processamento de dados, o RGPD impõe uma série de outras obrigações relevantes para a publicidade em linha. Em primeiro lugar, as pessoas devem receber informações sobre, por exemplo, como e por quem os seus dados são processados, a duração da conservação destes dados, com quem são partilhados, entre outros (art. 12.º a 14.º)³¹. Em segundo lugar, os responsáveis pelo tratamento devem cumprir as obrigações destinadas a limitar os riscos do tratamento de dados, incluindo as relacionadas com a minimização dos dados (alínea c) do n.º 1 do art. 5.º), a confidencialidade (alínea f) do n.º 1 do art. 5.º) e a protecção de dados desde a concepção e por defeito (art. 25.º)³². Por último, os responsáveis pelo tratamento de dados só podem transferir dados pessoais para fora da União se existirem garantias adequadas para o efeito (art. 44.º)³³.

2. Normas relativas à publicidade no Regulamento dos Serviços digitais

2.1. Transparência sobre a publicidade nas plataformas em linha (n.º 1 do art. 26.º DSA)

Como já referido, o legislador do DSA optou pela via da transparência relativamente à publicidade nas plataformas em linha. Deste modo, o n.º 1 do art. 26.º do DSA indica que os fornecedores de plataformas em linha devem informar, nas suas interfaces³⁴, de forma

³⁰ TJUE C-252/21, cit., parágrafo 117.

³¹ CAPELLO, “New Actors...” cit., p. 25.

³² *Idem.*, p. 25–26.

³³ *Idem.*, p. 26.

³⁴ Interfaces são qualquer “software, nomeadamente um sítio Internet, parte de um sítio Internet ou uma aplicação, explorado por um operador económico ou em seu nome, que dá aos utilizadores finais acesso aos produtos do operador económico”, como referido no art. 3.º do Regulamento (UE) 2019/1020. Como exemplo, poderemos referir o *feed* de notícias de uma rede social.

clara, concisa e inequívoca, e em tempo real, de que o que os destinatários³⁵ estão a ver é um anúncio, quem exhibe o anúncio e porque o exhibe.³⁶

A alínea a) do n.º 1 do art. 26.º do DSA refere que o fornecedor de uma plataforma em linha deverá demonstrar que “as informações constituem um anúncio publicitário, nomeadamente através de sinalização bem visível, a qual pode seguir normas nos termos do artigo 44.º”³⁷.

A publicidade³⁸ tem um elemento de remuneração que envolve as plataformas, excluindo assim qualquer publicidade fora da plataforma (por exemplo, contractos entre marcas e influenciadores que não são mediados pela rede social a que o influenciador apresenta o produto)^{39/40}. Nestes casos, os próprios destinatários que fizeram o contrato fora da plataforma poderão declarar que o conteúdo

³⁵ Destinatários do serviço são “qualquer pessoa, singular ou colectiva que utilize um serviço intermediário, em especial para procurar informação ou para torná-la acessível.” (Alínea b) do art. 3.º do DSA).

³⁶ Como referido pelo considerando 68, este artigo complementa o art. 6.º da Directiva sobre o Comércio Electrónico sobre as condições das comunicações (Directiva 2000/31/CE, de 8 de junho de 2000). Permanecem assim em vigor as regras sobre identificação e informação, reflectidas no art. 21.º do Decreto-Lei n.º 7/2004, de 7 de Janeiro. LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, *Digital Services ACT (DSA) – O Regulamento Europeu 2022/2065 sobre os Serviços Digitais*, 1.ª. ed. Almedina, 2023, p. 68.

³⁷ Art. 44.º é relativo à promoção, pela Comissão Europeia, de normas facultativas estabelecidas pelos organismos de normalização europeus e internacionais.

³⁸ De acordo com o ponto r) do art. 3.º, um anúncio publicitário define-se por “informações concebidas para promover a mensagem de uma pessoa singular ou colectiva, independentemente de visarem objectivos comerciais ou não comerciais, e apresentadas por uma plataforma em linha na sua interface em linha mediante remuneração, especificamente paga para promover essas informações”

³⁹ GOANTA, Catalina, “Now What: Exploring the DSA’s Enforcement Futures in Relation to Social Media Platforms and Native Advertising”, *Verfassungsblog*, 2022, parágrafo 16. Disponível em <https://verfassungsblog.de/dsa-now-what/>. GOANTA, Catalina, “Human Ads Beyond Targeted Advertising: Content Monetization as the Blind Spot of the Digital Services Act” *Verfassungsblog*, 2021, parágrafo 4. Disponível em <https://doi.org/10.17176/20210905-213932-0>

⁴⁰ Isto levou a que autoridades, como o Ministério da Economia belga, pedissem aos *influencers* das redes sociais para cumprirem os deveres de informação a que os comerciantes estão normalmente sujeitos (por exemplo, revelação da identidade do comerciante, endereço físico), como resultado da aplicação da Diretiva de Direitos do Consumidor (CRD) e da Diretiva de Práticas Comerciais Desleais (UCPD). GOANTA, “Now What...”cit., parágrafo 15.

publicado constitui uma comunicação comercial, de acordo com o n.º 2 do art. 26.º do DSA.

De notar que, de acordo com o considerando 68, um anúncio publicitário pode constituir ele próprio um conteúdo ilegal⁴¹, podendo as plataformas em linha, neste caso, actuar nos termos do art. 23.º do DSA, relativa a medidas de protecção contra a utilização abusiva.

Por sua vez, de acordo com as alíneas b) e c) do art. 26.º do DSA, os fornecedores de plataformas em linha deverão indicar a pessoa singular ou colectiva em cujo nome o anúncio publicitário é apresentado e, se diferente, a pessoa singular ou colectiva que paga o anúncio publicitário.

Na proposta da Comissão sobre o DSA, no art. 24.º estava somente referido que o destinatário deveria ser informado sobre a pessoa singular ou colectiva em cujo nome o anúncio publicitário é exibido⁴². Por sua vez, a Autoridade Europeia para a Protecção de Dados (AEPD) referiu que não era claro se este preceito incluiria possíveis terceiros que entregassem o anúncio à plataforma em linha (por exemplo, uma agência publicitária)⁴³. A alínea foi assim completada em conformidade, de forma a garantir que o destinatário conheça todas as entidades por detrás do anúncio.

A alínea d) refere que, os fornecedores das plataformas em linha devem informar sobre quais os principais parâmetros utilizados para determinar o destinatário da exibição do anúncio publicitário e se for caso disso, como alterá-los. Na proposta da Comissão sobre o DSA, a AEPD sugeriu que se substituísse a referência “principais parâmetros” por “parâmetros” e que, simultaneamente se

⁴¹ A alínea h) do art. 3.º define conteúdos ilegais como “quaisquer informações que, por si só ou em relação a uma atividade, incluindo a venda de produtos ou a prestação de serviços, não estejam em conformidade com o direito da União ou com o direito de qualquer um dos Estados-Membros que seja conforme com o direito da União, independentemente do objeto ou da natureza precisa desse direito.”

⁴² COM/2020/825 Final.

⁴³ AEPD, Opinion 1/2021 on the Proposal for a Digital Services Act, 2021, parágrafo 64. Disponível em https://edps.europa.eu/system/files/2021-02/21-02-10-opinion_on_digital_services_act_en.pdf.

esclarecesse melhor o seu sentido⁴⁴. A versão final manteve o termo “principais parâmetros”. Por sua vez, servindo de guia para a sua definição, o considerando 68 refere que as explicações sobre a lógica utilizada para exibir determinado anúncio deverão incluir informações sobre o método utilizado, como por exemplo, a publicidade direccionada e, se for o caso, os principais critérios de definição de perfis aplicados.

Ora, no contexto em linha, os utilizadores podem ser estudados com base nos dados que forneceram, bem como em informações recolhidas sobre o seu comportamento digital⁴⁵. Isto permite que os anunciantes mostrem os seus anúncios apenas aos indivíduos do público para os quais o anúncio é relevante, aumentando assim a probabilidade de os seus anúncios resultarem numa venda⁴⁶. Neste contexto, a publicidade direccionada é uma prática de *marketing* que utiliza dados sobre indivíduos para seleccionar e apresentar anúncios ou outras formas de conteúdo comercial⁴⁷. Como indicado no considerando 68, a publicidade poderá ser contextual (com base no conteúdo do sítio *web* em que se encontram), comportamental (com base na observação do comportamento do utilizador em linha – sítio visitado, cliques, etc.) ou de outro tipo^{48/49}, como publicidade segmentada (com base nas características que o utilizador forneceu, por

⁴⁴ *Idem*, parágrafo 67.

⁴⁵ Parlamento Europeu, Regulating Targeted and Behavioural Advertising in Digital Services: How to Ensure Users’ Informed Consent, PE 694.680, setembro 2021, p. 23–24. Disponível em [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2021/694680/IPOL_STU\(2021\)694680_EN](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2021/694680/IPOL_STU(2021)694680_EN).

⁴⁶ RANGANATHAN, Nayanatara, “Regulating Influence, Timidly”, *Putting the DSA into Practice*, Verfassungsbooks, 2023, p. 206. Disponível em <https://doi.org/10.17176/20230208-093135-0>; CAPELLO, “New Actors...” cit., p. 52.

⁴⁷ Parlamento Europeu, Regulating Targeted... cit., p. 10.

⁴⁸ De notar que a versão em inglês indica somente publicidade contextual ou de outro tipo (“*whether it is contextual or other type of advertising*”). Considerando 68 do DSA.

⁴⁹ POP, Florina; BEZEMER, Jannigje; GRANT, Laura, “The Digital Services Act: Creating Accountability for Online Platforms and Protecting Users’ Rights?”, *European Institute of Public Administration*, 2022, Parte II-Key definitions. Disponível em <https://www.eipa.eu/blog/the-digital-services-act-creating-accountability-for-online-platforms-and-protecting-users-rights/>

exemplo, aquando do registo em sítios Web e que pode conter dados pessoais como a idade, a localização, etc.)⁵⁰.

No entanto, a publicidade direccionada pode permitir que os anunciantes tirem partido indevido das vulnerabilidades dos consumidores individuais⁵¹. A falta de transparência sobre o funcionamento dos algoritmos utilizados pode também impedir que os legisladores, os indivíduos e os próprios anunciantes saibam como os anúncios são exibidos aos destinatários⁵². Deste modo, é necessário reforçar o facto de a publicidade direccionada requerer dados pessoais sobre os indivíduos visados para poder funcionar, daí a importância de informar os destinatários e dar a oportunidade aos mesmos para alterar os critérios usados pelos serviços digitais⁵³.

2.2 Declaração sobre comunicações comerciais (n.º 2 do art. 26.º DSA)

No n.º 2 do art. 26.º do DSA é referido que os fornecedores de plataformas em linha devem facultar aos destinatários do serviço uma funcionalidade que lhes permita declarar se os conteúdos que estão a disponibilizar constituem ou contém comunicações comerciais. Este número promove assim a transparência entre destinatários do serviço, requerendo que, no caso de o destinatário apresentar tal declaração o fornecedor da plataforma em linha assegure que os outros destinatários do serviço possam identificar de forma clara e inequívoca, e em tempo real, que o conteúdo apresentado constitui ou contém comunicações comerciais.

De acordo com o considerando 68 do DSA, este regulamento complementa a aplicação da Directiva sobre Serviços de Comunicação Social Audiovisual⁵⁴, que impõe medidas destinadas a permitir que

⁵⁰ A Comissão Europeia acrescenta este tipo de publicidade direccionada no seu estudo – Consumer Market Study ...cit., p. 31.

⁵¹ CAPELLO, “New Actors ...”cit., p. 52.

⁵² *Idem*.

⁵³ *Idem*.

⁵⁴ Directiva 2010/13/UE, de 10 de março de 2010.

os utilizadores declarem a presença de comunicações comerciais audiovisuais em vídeos gerados pelos utilizadores e, complementa igualmente as obrigações dos comerciantes em matéria de divulgação de comunicações comerciais decorrentes da Directiva relativa às práticas comerciais desleais⁵⁵.

2.3 Uso de categorias especiais de dados pessoais para publicidade em linha (n.º 3 do art. 26.º do DSA)

Por sua vez, o n.º 3 do art. 26.º proíbe a exibição de anúncios publicitários com base na definição de perfis, utilizando categorias especiais de dados, nos termos do n.º 1 do art. 9.º do RGPD^{56/57}.

O termo “definição de perfis” não está densificado no DSA, tendo a sua definição sido remetida para o n.º 4 do art. 4.º do RGPD⁵⁸. Em termos sucintos, a definição de perfis pode ser entendida como o processamento de dados pessoais utilizando algoritmo de forma a prever as preferências em linha do utilizador e os seus hábitos de navegação⁵⁹.

Esta técnica de direccionamento optimizada para corresponder aos interesses e apelar potencialmente às vulnerabilidades dos destinatários de serviço pode originar efeitos negativos, tais como campanhas de desinformação e discriminação de certos grupos⁶⁰.

⁵⁵ Directiva 2005/29/CE, de 11 de maio de 2005.

⁵⁶ Isto é, dados que revelem a origem racial ou étnica, as opiniões políticas, as convicções religiosas ou filosóficas, ou a filiação sindical, bem como o tratamento de dados genéticos, dados biométricos para identificar uma pessoa de forma inequívoca, dados relativos à saúde ou dados relativos à vida sexual ou orientação sexual de uma pessoa.

⁵⁷ De referir que o n.º 2 do art. 28.º DSA também proíbe a exibição anúncios publicitários com base na definição de perfis utilizando dados pessoais do destinatário do serviço se tiverem conhecimento, com uma certeza razoável, de que este é um menor.

⁵⁸ “qualquer forma de tratamento automatizado de dados pessoais que consista em utilizar esses dados pessoais para avaliar certos aspectos pessoais de uma pessoa singular, nomeadamente para analisar ou prever aspectos relacionados com o seu desempenho profissional, a sua situação económica, saúde, preferências pessoais, interesses, fiabilidade, comportamento, localização ou deslocações”

⁵⁹ POP, BEZEMER, GRANT, “The Digital Services Act...”cit., Parte II-Key definitions.

⁶⁰ Considerando 69 DSA.

O GT29 já terá referido que os efeitos da apresentação de publicidade com base na definição de perfis podem fazer-se sentir em função das características específicas de cada caso, tendo em conta a dimensão intrusiva do processo de definição de perfis, as expectativas das pessoas em causa, a forma como o anúncio é apresentado ou a utilização de vulnerabilidades conhecidas dos titulares de dados visados⁶¹. Para além disso, refere ainda que este tratamento, mesmo passível de ter, de modo geral, um impacto reduzido nas pessoas pode, na verdade, ter efeitos significativos em certos grupos da sociedade, designadamente em grupos minoritários ou adultos vulneráveis⁶².

Adaptando esta posição para o presente DSA, o facto de o mesmo proibir a exibição de anúncios com base na definição de perfis somente quando são utilizadas categorias especiais de dados pessoais, exclui certos dados pessoais que, mesmo não integrando as categoriais especiais de dados (como dados bancários) poderão ser considerados dados sensíveis^{63/64}. Deste modo, a definição de perfis sendo um instrumento de publicidade bastante intrusivo, deveria ter sido objecto de uma proibição com um âmbito mais abrangente.

⁶¹ GT29, Orientações sobre as Decisões Individuais Automatizadas e a Definição de Perfis para efeitos do Regulamento (UE) 2016/679, wp251rev.01, 2016, p. 24. Disponível em <https://ec.europa.eu/newsroom/article29/items/612053>.

⁶² *Idem*.

⁶³ Veja-se o exemplo de uma pessoa que se encontra numa situação conhecida ou provável de dificuldade financeira e que lhe seja dirigido regularmente anúncios de empréstimos com juros altos, havendo a possibilidade subscrever essas ofertas e, eventualmente, incorrer num maior endividamento. GT29, Orientações Sobre as Decisões...cit., p. 24.

⁶⁴ GRIFFIN, Rachel, "Tackling Discrimination in Targeted Advertising: US Regulators Take Very Small Steps in the Right Direction – but Where Is the EU?" *Verfassungsblog*, 2022, parágrafo 20-21. Disponível em <https://doi.org/10.17176/20220623-153440-0>.and has promised new tools to ensure more representative targeting. This US lawsuit should be a wake-up call for European regulators, reminding them that taking systemic discrimination seriously requires proactive regulatory reform and enforcement. The relevant provisions of the Digital Services Act (DSA) autora defende que o DSA mostra uma compreensão muito simplista da discriminação algorítmica. É dado um exemplo hipotético em que a empresa tecnológica *Meta* não necessitaria de processar dados que mostrem que determinados indivíduos são homossexuais para discriminar com base na sexualidade. Se os seus algoritmos puderem prever que as pessoas que vão frequentemente a bares gay e gostam de ver o Queer Eye têm 25% menos probabilidades de serem candidatos desejáveis a uma certa oferta de emprego, isso seria suficiente para produzir discriminação em larga escala.

2. 4 Requisitos adicionais de transparência para as VLOPs e os VLOSEs (art. 39.º DSA)

Para além das normas de transparência referidas *supra*, o DSA apresenta, na secção 5, entre outras, regras adicionais no âmbito da publicidade em linha para os fornecedores de VLOPs e VLOSEs. Como já foi referido, dado o seu impacto e influência no mundo digital, é exigida aos VLOPs e VLOSEs uma maior responsabilidade na sua actuação.

No art. 39.º do DSA é indicado que as VLOPs e os VLOSEs deverão disponibilizar, ao público, um repositório que contenha as informações sobre os anúncios apresentados. Os repositórios de anúncios têm como objectivo repor a transparência que se perde quando a publicidade é direccionada⁶⁵. A publicidade direccionada nas plataformas só é visível para a pessoa que a recebe. Consequentemente, os próprios fornecedores de plataformas são (em princípio) os únicos intervenientes que têm uma visão global sobre quais os anúncios que são exibidos para cada tipo de público no seu serviço⁶⁶. Nos repositórios de anúncios, as plataformas dão acesso a algumas informações sobre a forma como os anúncios são distribuídos e disponibilizados através de uma base de dados acessível ao público, facilitando assim a responsabilização das plataformas e dos anunciantes⁶⁷.

O n.º 2 do art. 39.º do DSA, elenca uma lista de informações que devem estar incluídas no repositório, como o conteúdo do anúncio, a pessoa (singular ou colectiva) em que cujo nome ou anúncio foi exibido e/ou que pagou o mesmo, o período de demonstração, entre outros. Ao mesmo tempo são impostas algumas limitações à informação contida nas bibliotecas de anúncios, como por exemplo, a não exposição de dados pessoais dos destinatários do anúncio nos respectivos repositórios (n.º 1 do art. 39.º DSA).

⁶⁵ CAPELLO, “New Actors...” cit., p. 86.

⁶⁶ *Idem.*

⁶⁷ *Idem.*

Embora estes repositórios se revelem úteis para a consulta e controlo dos fornecedores dos VLOPs e VLOSEs, é certo que, a informação sobre transparência é frequentemente disponibilizada sob formas como interfaces gráficas, que dão a impressão de informar mas impedem a avaliação da informação em grande escala⁶⁸.

Como já referido, as VLOPs e os VLOSEs já têm de cumprir as obrigações do art. 39.º DSA, desde 25 de agosto de 2023^{69/70}.

2.5 Reações das Instituições Europeias, da Autoridade Europeia para a Protecção de Dados e de outras entidades sobre as normas de transparência na publicidade

A proposta (e consequentemente a versão final) do DSA da Comissão Europeia levou a alguma discordância por parte do

⁶⁸ RANGANATHAN, “Regulating Influence, Timidly”, cit., p. 203.

⁶⁹ De notar que, em julho de 2023, a *Amazon* interpôs uma ação judicial junto do TJUE, afirmando que a sua designação como VLOPs é baseada num critério discriminatório e que viola de maneira desproporcionada o princípio da igualdade de tratamento e os direitos fundamentais da recorrente. Nesta ação, foi pedido, a título subsidiário, a não aplicação da obrigação do art. 38.º DSA (de facultar aos utilizadores uma opção para cada sistema de recomendação que não se baseie na definição de perfis) e/ou a obrigação do art. 39.º DSA de compilar e disponibilizar ao público um repositório de anúncios publicitários. O TJUE decidiu suspender a decisão da Comissão na medida em que, por força dessa decisão, a *Amazon Store* seria obrigada a disponibilizar publicamente um repositório de anúncios, em conformidade com o art. 39.º do referido regulamento, sem prejuízo da exigência de o requerente compilar o repositório de anúncios. TJUE, T-367/23, *Amazon Services Europe/Comissão*, 5.07.2023. Por sua vez, no dia 27 de Março de 2024, o TJUE anulou a ordem de suspensão e indeferiu o pedido da *Amazon*, referindo que a não aplicação de certas obrigações previstas no DSA conduzirá ao adiamento, potencialmente por vários anos, da realização plena dos seus objectivos (nomeadamente contribuir para o bom funcionamento do mercado interno e assegurar um ambiente em linha seguro). TJUE, C-639/23 P(R), *Comissão/Amazon Services Europe*, 27.03.2024.

⁷⁰ Um repositório de anúncios que poderá ser apresentado, como exemplo, é a Biblioteca de Anúncios da *Meta* onde qualquer utilizador pode verificar os anúncios registados pelas suas plataformas a serem exibidos nas suas interfaces. De facto, na Biblioteca de anúncios da *Meta* poderá ser efectuada consultas multicritério e através de interfaces de programação de aplicações. Na pesquisa por multicritério, a procura poderá ser feita através de marcas e em que em cada anúncio poderá ser visto as características gerais do público do anúncio, escolhida pelo anunciante na UE, nomeadamente a localização, a idade, género, alcance. Para além disso é apresentada a identidade do anunciante e, se for o caso, da entidade que pagou o anúncio, entre outras informações.

Parlamento Europeu⁷¹ e da AEPD⁷². Ambos sugeriram que a publicidade direccionada deveria ser regulamentada de forma mais rigorosa, a favor de formas de publicidade menos intrusivas e que não exigissem um acompanhamento exaustivo da interacção do utilizador com os conteúdos⁷³. A Comissão Europeia não explica por que razão a transparência, por si só, seria a mais eficaz, sendo possível que tenha considerado que as questões relacionadas com os sistemas de publicidade em linha que recorrem à recolha intrusiva de dados pessoais, deveriam ser abordadas de forma mais adequada no âmbito do RGPD e do futuro Regulamento relativo à privacidade e às comunicações electrónicas⁷⁴. Por outro lado, associações como a *Portugal Tech League*⁷⁵ defendem que uma das grandes vantagens da Internet tem sido tornar os benefícios da publicidade muito mais acessíveis às pequenas empresas, sendo esta, muitas vezes a única forma de as novas empresas e PME's lançarem os seus produtos, serviços ou bens num segmento de mercado específico e chegar a novos potenciais consumidores de uma forma económica. Por conseguinte, uma proibição total da publicidade direccionada teria impedido as *startups* de competir com os concorrentes com maior presença no mercado⁷⁶.

⁷¹ Resolução do Parlamento Europeu que contém Recomendações à Comissão sobre o Ato Legislativo sobre os Serviços Digitais que adapta a Regulamentação Comercial e o Direito Civil Aplicável às entidades que operem em linha, 2020/2019(INL)), 20.10.2020, parágrafo 15.

⁷² AEPD, *Opinion 1/2021 ... cit.*, parágrafo 69.

⁷³ Tal escolha foi criticada por membros do Parlamento Europeu como Alexandra Geese que afirmou ser questionável se o problema básico é resolvido, isto é, o negócio enormemente lucrativo de exibição publicidade personalizada, que se baseia na espionagem de pessoas em todas as áreas da vida. KAYALI, Laura; LARGER, Thibault, “5 Challenges to the New EU Digital Rulebook”, *POLITICO*, 2020. Disponível em <https://www.politico.eu/article/5-challenges-to-the-new-eu-digital-rulebook/>.

⁷⁴ CAPELLO, “New Actors...” cit., p. 63.

⁷⁵ A *Portugal Tech League* é uma iniciativa que liga diversos intervenientes da economia digital portuguesa e da UE para informar e envolver a comunidade tecnológica com as políticas digitais europeias e reforçar a presença de start-ups nas discussões regulamentares. Disponível em <https://portugaltechleague.eu/>

⁷⁶ Portugal Tech League, *Digital Services Act: A Script for Startups and SMEs to Grow in a Seamless, Open and Competitive Digital Single Market*, p. 10. Disponível em <https://portugaltechleague.eu/topics/the-digital-services-act>

É de notar que os documentos do Conselho da União Europeia relativos às negociações do DSA revelam que a questão da introdução de restrições mais rigorosas à publicidade em linha tinha sido quase ignorada nas discussões⁷⁷. A Alemanha foi o único Estado-Membro que levantou objecções sobre a pouca eficácia da obrigação de transparência proposta pela Comissão Europeia. Nos comentários ao art. 24.º da proposta da Comissão sobre o DSA, o Governo alemão observou que as regras da Comissão não iam suficientemente longe e que, em vez de publicidade personalizada, as plataformas poderiam gerar receitas com publicidade baseada no contexto ou com novas soluções tecnológicas, devendo os utilizadores ter o direito de utilizar plataformas em linha sem publicidade personalizada⁷⁸.

Neste ponto, é necessário ter em conta que, existem modelos de publicidade bastante intrusivos, como a publicidade comportamental, uma vez que podem fornecer aos responsáveis pelo tratamento uma imagem muito detalhada da vida pessoal dos indivíduos. A publicidade comportamental baseia-se em dados recolhidos através da observação da actividade dos utilizadores ao longo do tempo (por exemplo, a partir das páginas que visitam, do tempo que passam numa página que apresenta um determinado produto, dos gostos dados ou da sua localização)⁷⁹. Estes dados poderão ser usados para efeitos de criação e desenvolvimento de perfis de utilizadores, para a apresentação de anúncios personalizados com base no perfil resultante e respectiva análise de interacção dos utilizadores com os anúncios apresentados⁸⁰. Deste modo, considera-se que, tal como foi criada a norma do n.º 3 do art. 26.º do DSA (relativa à proibição de exibição de anúncios publicitários com base na definição de perfis

⁷⁷ CAPELLO, “New Actors ...”cit., p. 64.

⁷⁸ Conselho da UE, Digital Services Act: Consolidated Comments on Chapter 3 and Respective Recitals, WK 5155/2021 REV 2, 2021. Disponível em <https://councildsa.reset.tech/documents/wk05155-re02/p.276>.

⁷⁹ CEPD, Opinion 08/2024 on Valid Consent in the Context of Consent or Pay Models Implemented by Large Online Platforms, 2024, parágrafo 19-21. Disponível em https://www.edpb.europa.eu/system/files/2024-04/edpb_opinion_202408_consentorpay_en.pdf.

⁸⁰ *Idem*.

utilizando categorias especiais de dados pessoais) haveria oportunidade no DSA para proibir estes modelos mais intrusivos, ou pelo menos, regulamentá-los de forma mais exigente. Esta limitação não impediria a existência de outros modelos menos nocivos e igualmente úteis para as empresas. Para além disso, como será visto *infra*, a transparência só por si, não parece salvaguardar, de forma eficaz, os dados pessoais dos destinatários da publicidade em linha.

3. Principais desafios

i) Em relação às disposições sobre a publicidade no DSA

Embora no DSA se note a intenção de manter os destinatários dos serviços em linha informados e dar algum poder na decisão de como a publicidade poderá ser exibida, o Regulamento apresenta algumas fragilidades.

Em primeiro lugar, como foi visto, o DSA dá o poder ao destinatário individual para alterar os parâmetros utilizados que o seleccionam como destinatário de determinados anúncios publicitários. No entanto, esta opção poderá revelar-se ineficaz para a garantia liberdade de escolha dos destinatários. Ora, como foi referido, o fundamento de licitude do tratamento de dados pessoais para efeito de publicidade direccionada seria o consentimento, no entanto, constata-se que o mecanismo de notificação e consentimento poderá não funcionar. A maioria dos destinatários não lê as (longas) políticas de privacidade nem os seus termos e condições, ou porque não têm interesse nesta questão, ou a interface é confusa ou porque o utilizador precisa de acesso imediato aos serviços, pelo que acaba por aceitar tudo o que é apresentado⁸¹. Para além disso, um utilizador que esteja

⁸¹ GALLI, Federico; LAGIOIA, Francesca, e SARTOR, Giovanni – “Consent to Targeted Advertising.” *European Business Law Review*, volume XXXIII-4, 2022, p. 505. Disponível em [https://cris.unibo.it/retrieve/e1deb33a-0902-7715-e053-1705fe0a6cc9/Consent to Targeted Advertising.pdf](https://cris.unibo.it/retrieve/e1deb33a-0902-7715-e053-1705fe0a6cc9/Consent%20to%20Targeted%20Advertising.pdf)

a navegar por várias páginas da Internet enfrenta vários *pop-ups* de consentimento e políticas de privacidade em cada sítio *web*, originando o chamado “cansaço do consentimento”⁸².

Esta questão é suscitada com a Directiva relativa à Privacidade e às Comunicações Electrónicas⁸³ e com a utilização de testemunhos de conexão (*cookies*). A Directiva exige o consentimento dos utilizadores para os *cookies* e outros dispositivos de localização que interferem com o equipamento terminal dos utilizadores^{84/85}. Neste âmbito, o GT29 aconselhou que, para que haja consentimento informado e válido, os fornecedores de redes de publicidade deviam criar mecanismos de aceitação prévia (isto é, o não consentimento como definição por defeito), ao invés dos mecanismos de auto-exclusão (tendo o utilizador de aceder às definições de plataformas em linha para indicar que não quer que as suas informações sejam recolhidas)⁸⁶. Infelizmente, esta disposição não conseguiu limitar a recolha e a exploração de dados pessoais, uma vez que os utilizadores sobrecarregados com pedidos de consentimento e incapazes de avaliar as suas finalidades, não tendo as competências e o tempo necessários, e querendo aceder aos conteúdos da forma mais fácil e rápida possível, aceitam geralmente todos esses pedidos sem qualquer escrutínio⁸⁷.

O mesmo problema poderá ser transposto para o DSA, em que a falta de conhecimento dos utilizadores, as pressões indevidas por parte das plataformas em linha e os longos textos sobre a publicidade em linha invalidam as normas de transparência criadas.

Como referido, a forma como a informação é apresentada aos utilizadores pode afectar, muitas vezes, o consentimento. Neste contexto, o art. 25.º do DSA dá atenção a este problema ao proibir as

⁸² *Idem*, p. 501.

⁸³ Directiva 2002/58/CE, de 12 de julho de 2002.

⁸⁴ N.º 3 do art. 5.º da Directiva relativa à privacidade e às comunicações electrónicas.

⁸⁵ Considerando 25 Directiva relativa à privacidade e às comunicações electrónicas.

⁸⁶ GT29, Parecer 2/2010 Sobre Publicidade Comportamental em Linha, 0909/10/PT WP 171, 2010, p. 26 e 27. Disponível em https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2010/wp171_pt.pdf

⁸⁷ GALLI, LAGIOIA, SARTOR, “Consent to ...” cit., p. 501.

plataformas em linha de “conceber, organizar ou explorar as suas interfaces em linha de forma a enganar ou manipular os destinatários do seu serviço ou de forma a distorcer ou prejudicar substancialmente de outro modo a capacidade dos destinatários do seu serviço de tomarem decisões livres e informadas”. Esta prática traduz-se nos chamados padrões obscuros, tendo estes várias formas, como definições prejudiciais para o destinatário predefinidas, a dificuldade crescente de selecção de opções que protegem a privacidade, colocação de cores mais vivas para opções de consentimento, etc.⁸⁸.

No entanto, tal como as normas sobre a publicidade no DSA, o art. 25.º aplica-se somente a plataformas em linha (como o *Facebook*, o *TikTok*, e o *YouTube*) e não a sítios *web* que incorporem, por exemplo, anúncios do *Google* (um motor de pesquisa)⁸⁹. Acresce que, no n.º 2 deste artigo, esta proibição não se aplica a práticas abrangidas pelo RGPD e pela Directiva relativa às práticas comerciais desleais, o que irá excluir da sua aplicação os conhecidos *pop-ups* de consentimento para a recolha de dados pessoais⁹⁰. Deste modo, o facto de esta proibição existir, demonstra um avanço no sentido de uma maior clareza para os utilizadores na entrada de uma plataforma em linha, no entanto o âmbito poderia ser mais abrangente.

Algumas sugestões poderão ser apresentadas de modo a auxiliar as plataformas em linha a respeitar as normas do DSA relativas à publicidade. Por exemplo, poderão ser criadas interfaces e

⁸⁸ De acordo com um estudo da Comissão Europeia, actualmente, cerca de 97% dos 75 sites e aplicações mais populares apresentam padrões obscuros. Comissão Europeia, Behavioural Study on Unfair Commercial Practices in the Digital Environment: Dark Patterns and Manipulative Personalisation, DS-07-22-250-EN-N, 16.05.2022, p.45. Disponível em [https://verfassungsblog.de/dsa-fails/](https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/606365bc-d58b-11ec-a95f-01aa75ed71a1/language-en; Sebastian; CASTELLARO, Sebastian e PENFRAT, Jan, “The DSA Fails to Reign in the Most Harmful Digital Platform Businesses – but It Is Still Useful”, <i>Verfassung Blog</i>, 2022, parágrafo 15. Disponível em <a href=); GALLI, LAGIOIA, AND SARTOR, “Consent to ...” cit., p. 502.

⁸⁹ O *Facebook* afirmou que a regulamentação sobre este tipo de *design* poderia afetar adversamente os seus resultados financeiros. Tanto a *Meta* quanto o *Google* juntaram-se a outras empresas de tecnologia para se opor firmemente a qualquer regulamentação sobre esta área no DSA. CASTELLARO, Sebastian e PENFRAT, Jan, “The DSA Fails...” cit., parágrafo 15 e 16.

⁹⁰ *Idem*, parágrafo 16.

predefinições favoráveis à protecção de dados, que incluem, pelo menos, a disponibilização de um botão com a opção “sem recolha de dados” de fácil acesso e que até pode ser concebido como opção pré-seleccionada⁹¹. Outra medida poderia ser o registo desta escolha (de não haver recolha de dados) na plataforma em linha para que os destinatários não tenham de repetir a sua selecção sempre que acedem ao mesmo sítio *web*⁹², tendo em conta, no entanto que o destinatário teria de ser informado e consentir neste registo.

Em especial: O Modelo de publicidade “Consentimento ou Pagamento”

Neste ponto, destaca-se um exemplo que pode representar a insuficiência da exigência de transparência sobre publicidade nas plataformas em linha⁹³. As redes sociais *Facebook* e *Instagram* oferecem a experiência “sem anúncios” em troca de 12,99 euros por mês⁹⁴, isto é, o acesso gratuito continua a ser possível, mas está condicionado ao tratamento dos dados pessoais do utilizador para fins de publicidade direccionada. Este modelo, designado por “Consentimento ou Pagamento”⁹⁵, tem vindo a ser utilizado por várias plataformas⁹⁶.

Esta exigência de pagamento em troca de um serviço sem publicidade direccionada condiciona o fundamento de licitude do consentimento, nos termos da alínea a) do n.º 1 do art. 6.º do RGPD, retirando o requisito da liberdade da manifestação de vontade do titular dos dados.

⁹¹ GALLI, LAGIOIA, AND SARTOR, “Consent to ...” cit., p. 505.

⁹² *Idem*.

⁹³ Embora a actuação da *Meta* que irá ser descrita, tenha sido resposta à exigência do TJUE (Processo C-252/21, *Meta Platforms e o.*, 04.07.2023) no uso do consentimento como fundamento de licitude para o tratamento de dados pessoais para fins publicitários, e não para ultrapassar normas de transparência, este exemplo serve também para demonstrar as limitações destas normas perante determinadas actuações das plataformas em linha.

⁹⁴ Assim é o modelo oferecido pela *Meta*, na altura da elaboração deste artigo.

⁹⁵ Em inglês, *Consent or Pay*.

⁹⁶ Tech Policy Press, “Pay or Okay” – The Move to Paid Subscriptions on Social Networks, 2024. Disponível em <https://www.techpolicy.press/pay-or-okay-the-move-to-paid-subscriptions-on-social-networks/>

Em abril de 2024, a pedido da autoridade de controlo neerlandesa, da autoridade de controlo norueguesa e da autoridade de controlo alemã, o Comité Europeu para a Protecção de Dados (CEPD) adoptou um parecer sobre esta questão⁹⁷ (isto é, sobre o consentimento válido no contexto dos modelos “Consentimento ou Pagamento” implementados pelas grandes plataformas em linha)⁹⁸. Em termos sucintos, o CEPD defende que, na maioria dos casos, as grandes plataformas em linha não poderão cumprir os requisitos de consentimento válido se confrontarem os utilizadores apenas com uma escolha binária entre o consentimento para o tratamento de dados pessoais para fins de publicidade comportamental e o pagamento de uma taxa⁹⁹. É sugerido assim, pelo CEPD, que as grandes plataformas em linha, ao desenvolver a versão diferente da do serviço com publicidade comportamental, devem considerar a possibilidade de fornecer aos titulares dos dados uma “alternativa equivalente” que não implique o pagamento de uma taxa¹⁰⁰, por exemplo, uma versão do serviço que ofereça publicidade que envolva o tratamento de menos (ou nenhuns) dados pessoais, como publicidade contextual ou publicidade baseada em tópicos que o titular dos dados seleccionou de uma lista de tópicos de interesse^{101/102}. No entanto, não deve ser ignorado

⁹⁷ De acordo com o n.º 2 do art. 64 do RGPD, as autoridades de controlo podem solicitar que o Comité analise qualquer assunto de aplicação geral ou que produza efeitos em mais do que um Estado-Membro.

⁹⁸ CEPD, Opinion 08/2024 on Valid Consent in the Context of Consent or Pay Models Implemented by Large Online Platforms, 2024. Disponível em https://www.edpb.europa.eu/system/files/2024-04/edpb_opinion_202408_consentorpay_en.pdf

⁹⁹ CEPD, Opinion 08/2024...cit., parágrafo 179.

¹⁰⁰ *Idem.*, parágrafo 74.

¹⁰¹ *Idem.*, parágrafo 75.

¹⁰² Em paralelo, em julho de 2024, a Comissão Europeia informou a Meta sobre as suas conclusões preliminares, segundo as quais o seu modelo “Consentimento ou Pagamento” não cumpre o disposto no n.º 2 do art. 5.º do Regulamento dos Mercados Digitais. A justificação da Comissão baseia-se no facto de o modelo de publicidade não permitir que os utilizadores optem por um serviço equivalente ao serviço baseado em anúncios personalizados e que utilize menos dos seus dados pessoais e de não permitir que os utilizadores exerçam o seu direito de consentir livremente na combinação dos seus dados pessoais entre serviços essenciais de plataforma designados e outros serviços. Comissão Europeia, Comissão envia conclusões preliminares à Meta sobre o seu modelo «pagamento ou consentimento» por violação do Regulamento Mercados Digitais, 01.07.2024. Disponível em https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/pt/IP_24_3582.

que o método mais simples e que, com mais facilidade, está em conformidade com o RGPD é o pedido de consentimento aos titulares relativamente à publicidade direccionada.

Assim, nota-se que, as normas de transparência exigidas pelo DSA (art. 26.º), com a utilização de modelos como “Consentimento ou Pagamento”, tornam-se quase inúteis, pois, mesmo que os destinatários tenham conhecimento, não têm liberdade para definir os parâmetros da publicidade que recebem, de forma gratuita. Mesmo que o DSA tivesse entrado em vigor antes, as suas normas não impediriam a implementação deste modelo de publicidade. A transparência é importante, pois dá controlo aos utilizadores sobre os seus dados pessoais, no entanto, este tipo de modelos que subtraem o poder de escolha dos utilizadores esvaziam um pouco o objectivo da transparência. Para além disso, como foi referido *supra*, haveria espaço no DSA para limitar o uso, pelas plataformas em linha, de sistemas como a publicidade comportamental e, evitar, no futuro, a sujeição dos utilizadores a este tipo de estratégias e práticas de empresas que violam a protecção dos seus dados pessoais.

ii) Aplicação da legislação sobre a publicidade na UE

O ecossistema da publicidade em linha é complexo e o quadro jurídico que lhe é aplicável abrange vários domínios diferentes¹⁰³. Na prática, isto significa que a regulamentação da publicidade em linha é da responsabilidade das várias autoridades de controlo competentes para aplicar a legislação relativa aos consumidores, à protecção de dados, à concorrência e à publicidade¹⁰⁴.

¹⁰³ Ver nota de rodapé n.º 26

¹⁰⁴ REYNA, Agustin, “Breaking Down Silos in Public Enforcement: Lessons from Consumer-Facing Markets”, *BEUC (the European Consumer Organisation)*, 2021, p. 12. Disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3838697; CAPELLO, “New Actors ...” cit., p. 90.

Este cenário cria o risco de uma aplicação incoerente, que não salvaguarda adequadamente todos os diferentes valores em jogo ou que não é considerada prioritária por nenhuma das diferentes autoridades de controlo competentes¹⁰⁵. Estas áreas do direito devem ser trabalhadas em conjunto pelas respectivas autoridades, tornando a sua intervenção mais direccionada e eficiente na resolução das falhas do mercado que restringem a escolha dos consumidores e prejudicam a capacidade dos consumidores de tomar decisões informadas¹⁰⁶. As autoridades de controlo já estão a tentar prevenir estas lacunas, através da criação de redes de cooperação entre, por exemplo, as autoridades responsáveis pela protecção dos consumidores, dos meios de comunicação social e dos dados¹⁰⁷. O DSA, no seu art. 49.º, já exige a criação de um coordenador de serviços digitais com a missão de facilitar a colaboração entre várias autoridades de controlo competentes. Esta cooperação será essencial para uma aplicação eficaz das normas referentes à publicidade em linha.

Conclusão

O objectivo deste artigo centrou-se na influência das novas disposições do DSA sobre a publicidade para os destinatários. É de notar que a publicidade em linha influencia a experiência de cada pessoa na navegação por uma determinada plataforma em linha, podendo tornar a mesma mais “agradável” e direccionada para o destinatário, utilizando, no entanto os dados pessoais e os comportamentos do mesmo. Os destinatários têm o direito serem informados sobre esta recolha de dados pessoais e como os mesmos são usados e são objecto de lucro para as mais variadas empresas.

¹⁰⁵ CAPELLO, “New Actors...” cit., p. 90.

¹⁰⁶ REYNA, “Breaking Down ...” cit., p. 12.

¹⁰⁷ CAPELLO, “New Actors ...” cit., p. 90.

No fundo, as disposições do DSA focam-se em normas de transparência sobre a exposição de publicidade nas interfaces em linha, numa maior responsabilidade por parte das VLOPs e VLOSEs e na limitação de publicidade direccionada que utiliza dados integrados nas categorias especiais de dados.

O DSA, embora com algumas limitações (por exemplo no que toca à falta de regulamentação mais rigorosa sobre a publicidade direccionada em linha, como defendido pelo Parlamento Europeu e pela AEPD), obriga as plataformas em linha a expor as suas políticas sobre a publicidade.

Para além disso, o DSA acendeu a discussão sobre os danos que poderão ser causados por modelos de publicidade baseados em recolha de dados, e que muitas das maiores empresas de tecnologia preferem manter escondidos da opinião pública.

Agora com a entrada em vigor deste novo regulamento levanta-se também a questão da aplicação das várias legislações relativas ao consumidor, protecção de dados, concorrência e publicidade, na qual será necessária a cooperação das várias autoridades de controlo competentes tanto dentro de cada Estado-Membro como entre Estados-Membros e, com a Comissão Europeia.