

CLÁUSULAS DE PROCESSAMENTO DE DADOS PESSOAIS
INSERIDAS NOS CONTRATOS DE ADESÃO: A FALTA DE
AUTONOMIA E LIBERDADE NA EXPRESSÃO DA VONTADE E
VIAS DE PROTEÇÃO (EFETIVA) DO TITULAR DE DADOS

*PERSONAL DATA PROCESSING CLAUSES INSERTED IN ADHESION
CONTRACTS: THE LACK OF AUTONOMY AND FREEDOM IN THE
EXPRESSION OF WILL AND WAYS OF (EFFECTIVE) PROTECTION OF
THE DATA HOLDER*

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 16, febrero 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 1124-1147

Inês
CAMARINHA
LOPES

ARTÍCULO RECIBIDO: 15 de noviembre de 2021

ARTÍCULO APROBADO: 10 de enero de 2022

RESUMEN: A contratação em massa hodierna revela-se inseparável das cláusulas de processamento de dados pessoais, as quais, inelutavelmente, integram os clausulados destes contratos de adesão padronizados, celebrados com recurso a cláusulas contratuais gerais.

Assim, à posição, por natureza frágil, de aderente destes contratos, soma-se a de titular de dados pessoais objeto de processamento(s), cuja esfera jurídica pessoal, em particular, a sua vida privada e familiar, e por vezes até intimidade, pode conhecer intromissões com a aceitação das referidas cláusulas.

Sendo o consentimento do titular um dos fundamentos de licitude para o tratamento de dados pessoais, nos termos do artigo 6.º/1/a) do Regulamento Geral de Proteção de Dados (doravante, RGPD ou “Regulamento europeu”), o responsável pelo tratamento serve-se da manifestação da vontade do aderente contratual para legitimar o processamento de dados. Todavia, considerando que a manifestação de vontade terá de ser livre sob pena de invalidade, discute-se no presente artigo a validade do consentimento prestado no âmbito do clausulado de um contrato de adesão.

Deste modo, ponderam-se duas vias de proteção do titular de dados e parte mais débil nestes contratos, quer através da cláusula geral da boa-fé, cuja contrariedade determina a nulidade das cláusulas nos termos do artigo 15.º do DL 446/85, quer através da força expansiva e (quase) normativa das cláusulas contratuais tipo adotadas pela Comissão, cuja vinculação “interpartes” não é, aparentemente, suficiente, na linha da recente jurisprudência do TJUE no âmbito das transferências de dados pessoais a países terceiros, entendimento que acentuou a extraterritorialidade das garantias conferidas pelo RGPD, que se impõe a países não pertencentes à União.

PALABRAS CLAVE: Proteção do titular de dados; consentimento; vontade livre; contratos de adesão; cláusulas de processamento de dados pessoais.

ABSTRACT: *The mass contracting proves to be inseparable from the processing of personal data clauses, which are part of contracts of adhesion that use general contractual clauses.*

The position of adhering to these contracts, which is fragile by its nature, joins the data subjects position, whose personal sphere, in particular his private and family life and sometimes even his intimacy, can suffer intrusions with the acceptance of the referred clauses.

The data subjects consent is one of the legal grounds for the processing of personal data, pursuant to the article 6(1)(a) of the General Data Protection Regulation (hereinafter, RGPD or “European Regulation”). The controller uses the adherent's will expressed through the contract to legitimize data processing. However, considering that consent must be free, this article discusses the validity of the consent given through the clauses of an adhesion contract.

Thus, considering the vulnerable position of the data subject and adherent of the contract, this article expose two ways of protecting him/her, either through the general clause of good faith, pursuant to article 15 of DL 446/85, either through the expansive and (almost) normative force of the standard contractual clauses adopted by the Commission, whose binding between parties is apparently not sufficient, in line with recent European Court of Justice jurisprudence in the scope of transfers of personal data to third countries, which accentuated the extraterritoriality of the guarantees granted by the RGPD, that are imposed in countries even outside the European Union.

KEY WORDS: *Data subjects protection; consent; free will; contracts of adhesion; personal data protection clauses.*

SUMARIO.- I. CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS.- I. O direito à proteção de dados pessoais – um reconhecimento recente.- 2. O âmbito objetivo ou conteúdo do direito à proteção de dados pessoais – a informação pessoal.- II. CLÁUSULAS CONTRATUAIS GERAIS DE PROCESSAMENTO DE DADOS PESSOAIS E A VALIDADE DO CONSENTIMENTO.- I. As características dos contratos de adesão com recurso a cláusulas contratuais gerais.- 2. A falta de liberdade na prestação de consentimento para o tratamento de dados pessoais quando prestado através de contratos de adesão com recurso a cláusulas contratuais gerais.- 3. Os contratos de adesão com recurso a cláusulas contratuais gerais e os fundamentos de licitude no âmbito contratual – o consentimento e a necessidade do tratamento de dados para a execução do contrato (artigo 6.º/1/b) do RGPD).- III. MEIOS DE TUTELA (EFETIVA) DO TITULAR DE DADOS NO ÂMBITO DOS CONTRATOS DE ADESÃO COM RECURSO A CLÁUSULAS CONTRATUAIS GERAIS DE PROCESSAMENTO DE DADOS PESSOAIS.- I. O controlo de conteúdo das cláusulas contratuais gerais de processamento de dados pessoais.- 2. A eficácia (quase) normativa das cláusulas contratuais tipo e a eficácia extraterritorial do RGPD segundo a jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia.- BIBLIOGRAFIA.

I. CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS

Na atualidade a contratação implica a aceitação de cláusulas de processamento de dados pessoais. Se na celebração de contratos na presença física das partes é cada vez mais frequente as convenções relativas ao processamento de dados pessoais, por exemplo, para efeitos de “marketing”, na contratação “online”, à distância e fora do estabelecimento comercial, estas cláusulas além de mais frequentes, diríamos até inseparáveis da contratação em linha, revelam-se mais intrusivas da esfera pessoal do titular de dados, contraparte no contrato.

As cláusulas que autorizam e disciplinam o processamento de dados pessoais fazem parte dos termos contratuais que o consumidor¹ adere somando-se, por isso, a esta qualidade de aderente, por definição frágil, a de titular de dados pessoais. Inclusive num período prévio ao da contratação, a aceitação do tratamento de dados pessoais encontra-se imbricada na navegação de um “site”, por exemplo,

¹ Sobre a noção de consumidor no mundo digital veja-se: HOEDL, C.: “How to market services: advertising, consumer protection and personal data”, *International Business Law Journal*, vol. 1998, n.º 3, 1998, pp. 285 a 316, em particular, p. 302, e ainda, na sequência do Acórdão “Schrems I”, veja-se CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, C.: “La noción de “consumidor” en Internet: el asunto C-498/16, Maximilian Schrems y Facebook Ireland Limited”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 11, n.º 1, março 2019, de acordo com a qual o TJUE considera que ser parte mais débil no contrato integra o conceito de consumidor (p. 715). Para um resumo da sentença “Schrems I” veja-se: PALMA ORTIGOSA, A.: “Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea”, *European Journal of privacy law & Technologies*, vol. 2019, n.º 2, 2019, pp. 141 a 153 e ainda PUERTO, M. I. e SFERRAZZA, T.: “La sentencia Schrems del Tribunal de Justicia de la Unión Europea: un paso firme en la defensa del derecho a la privacidad en el contexto de la vigilancia masiva transnacional”, *Revista Derecho del Estado*, vol. 40, 2018, pp. 209 a 236, o qual afirma ter sido o caso Snowden que despoletou as preocupações com a privacidade ao nível internacional (p. 211).

• Inês Camarinha Lopes

Assistente convidada na Faculdade de Direito da Universidade do Porto (FDUP); Investigadora colaboradora do Centro de Investigação Jurídico-Económicas (CJIE, FDUP); Doutoranda em Direito na Faculdade de Direito da Universidade do Porto. Correio eletrónico: ilopes@direito.up.pt.

quando este recolhe as “cookies”², designadamente, as “cookies” publicitárias, aceitando que os seus comportamentos e atos futuros sejam acompanhados e monitorizados pelo responsável pelo tratamento.

Este fenómeno de processamento de dados pessoais em massa tem conhecido uma evolução muito célere que não tem sido acompanhada pelo Direito, uma vez que os “BigData” revolucionaram o tratamento de dados pessoais e os ordenamentos jurídicos, nacionais, europeu e internacional, apenas de forma tardia e insuficiente procuraram proteger o titular de dados, em particular, os seus direitos à proteção de dados pessoais, intimidade, reserva da vida privada, não discriminação³. Na verdade, a imprevisibilidade das capacidades tecnológicas não permite que a ordem jurídica esteja um passo adiante dos riscos e ameaças àqueles direitos.

I. O direito à proteção de dados pessoais – um reconhecimento recente

O direito à proteção de dados pessoais conheceu os seus primeiros desenvolvimentos por volta de 1888, quando o juiz Thomas McIntyre Cooley formula o direito a ser deixado sozinho (em inglês, o “right to be let alone”)⁴.

No entanto, durante as primeiras décadas de sua construção, este direito confundia-se com o direito à intimidade e com o direito à privacidade. Um dos marcos da sua evolução dogmática foi a publicação de Samuel Warren e Louis Brandeis, em 1890, intitulada “Direito à privacidade”⁵. Trata-se, por isso, de um direito de personalidade cujos contornos começaram a ser formulados apenas no final do século XIX.

Depois de um paulatino reconhecimento da autonomia e importância do direito à proteção de dados pessoais, este deixa de ser parte do direito à intimidade e do direito à privacidade em finais do século XX, em concreto, em 1980⁶, e é apenas

2 Sobre o tema veja-se CLIFFORD, D.: “EU data Protection law and targeted advertising: consent and the cookie monster – tracking the crumbs of online user behaviour”, *Journal of Intellectual Property, Information, Technology and E-commerce Law*, vol. 5, 2014, pp. 194 a 212, no qual o Autor defende que os titulares de dados não estão cientes do “tracking” pelo que o consentimento prestado não corresponde a uma manifestação de vontade informada. Veja-se ainda Navas Navarro, S. e CAMACHO CLAVIJO, S.: “Cookies y tecnología análoga: publicidad comportamental online y protección de los datos de carácter personal”, em *Mercado Digital, principios y reglas jurídicas*, Valencia, Tirant, 2016, pp. 357 a 378.

3 Sobre a delimitação dos direitos de personalidade à proteção de dados pessoais e o direito à intimidade veja-se: FERNÁNDEZ SEGADO, F.: “El régimen jurídico del tratamiento autorizado de los datos de carácter personal en España”, *Derecho PUCP*, vol. 51, 1997, pp. 28 e ss..

4 Acerca do tema veja-se CANALES GIL, A.: “El derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, vol. 13, 2007, pp. 13 a 56, em particular, p. 16.

5 Sobre o surgimento da doutrina de Warren e Brandeis, em 1890, a propósito do crescimento da imprensa nacional que ameaçava a vida privada, veja-se Fernández Segado, F.: “El régimen jurídico”, cit., pp. 7 ss..

6 Referimo-nos à Convenção do Conselho da Europa para a Proteção das Pessoas relativamente ao Tratamento Automatizado de Dados de Carácter Pessoal, primeiro documento internacional juridicamente vinculativo no domínio da proteção de dados pessoais. Foi publicada em 1980 e aberta para assinatura em

em 2000 que a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia o reconhece, no seu artigo 8.º, como um direito fundamental⁷.

2. O âmbito objetivo ou conteúdo do direito à proteção de dados pessoais – a informação pessoal

Ao nível da União Europeia verifica-se uma certa tensão de objetivos: por um lado, a construção de um mercado interno o qual pressupõe a livre circulação de pessoas, bens e serviços, e, portanto, dos dados pessoais, e, por outro o respeito e tutela deste direito, da confiança do titular de dados pessoais e a segurança no seu processamento.

Ainda que o bem jurídico protegido pelo direito à proteção de dados pessoais se tenha, no princípio da sua recente história, confundido com o dos direitos à intimidade, privacidade e reserva da vida privada, hoje é unânime que o direito à proteção de dados conhece um reconhecimento autónomo⁸.

O direito à proteção de dados pessoais é na atualidade entendido como um direito à autodeterminação informativa, isto é, um conjunto de prerrogativas do titular de controlo dos seus dados pessoais e poder de decisão sobre o seu destino e quem deles tem conhecimento⁹. Esta visão revela-se, na nossa opinião muito redutora e imprecisa, considerando o quadro normativo existente no que respeita ao processamento de dados pessoais.

Esta autodeterminação informativa incluirá toda a informação pessoal, “inclusive” aqueles dados que se possam considerar menos relevantes ou anódinos, não obstante se prever uma diferenciação quanto ao regime de processamento de dados sensíveis e não sensíveis, o qual limita o processamento dos primeiros em relação aos segundos. Esta amplitude quanto ao objeto de proteção do direito de proteção de dados pessoais é uma das características distintivas em relação aos direitos à privacidade e intimidade, cujo círculo de proteção se circunscreve à esfera íntima e privada.

1981 e cujo objetivo era, à data, “proteger o direito ao respeito da vida privada, reconhecido no artigo 8.º da Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais”.

7 O reconhecimento do direito à proteção de dados pessoais como um direito fundamental constituiu um marco na proteção deste bem jurídico, em 2000, com a sua consagração na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. Sobre o tema veja-se CANALES GIL, A.: “El derecho”, cit., p. 21.

8 Para uma delimitação e distinção entre os direitos à proteção de dados pessoais e o direito à privacidade veja-se PUERTO, M. I. E SFERRAZZA, T.: “La sentencia”, cit., p. 224.

9 Veja-se, entre outros, CANALES GIL, A.: “El derecho”, cit., pp. 22 a 25, e SOUSA PINHEIRO, A.: *Privacy e Proteção de Dados Pessoais: A Construção Dogmática do Direito à Identidade Informacional*, Lisboa, AAFDL, 2015.

II. CLÁUSULAS CONTRATUAIS GERAIS DE PROCESSAMENTO DE DADOS PESSOAIS E A VALIDADE DO CONSENTIMENTO

Conforme referimos “supra” o direito à proteção de dados pessoais prescreve um direito do titular de dados a dispor dos mesmos. Encontra-se, por isso, intimamente ligado ao respeito pela vontade do titular, conferindo-lhe direitos “secundários” tais como de acesso aos dados, oposição ao tratamento, retificação dos dados, retirar o consentimento entre outros. Acrescenta-se o direito a prestar o consentimento ao tratamento de dados pessoais, manifestação de vontade que deve ser livre, informada, esclarecida e específica, nos termos do artigo 4.º(1) do RGPD, o qual prevê a definição de “consentimento”¹⁰.

Nos termos do Regulamento, não serão válidos, consentimentos ditos “obrigatórios”. Sucede que a aceitação de cláusulas contratuais gerais de processamento de dados pessoais inseridas nos mais diversos contratos de adesão¹¹ colocam algumas dificuldades no que respeita à manifestação de uma vontade que, sob pena de invalidade, tem de ser livre, conforme exporemos adiante.

10 Veja-se: BARRETO MENEZES CORDEIRO, A.: *Comentário ao Regulamento Geral de Proteção de Dados e à Lei n.º 58/2019*, Coimbra, Almedina, 2021, pp. 77 a 100 e SOUSA PINHEIRO, A.: “comentário ao artigo 4.º do RGPD”, em PINHEIRO, A. (coordenação): *Comentário ao Regulamento Geral de Proteção de Dados*, Coimbra, Almedina, 2018, pp. 166 a 173.

11 Note-se que os contratos de adesão podem recorrer a cláusulas contratuais gerais ou não, na hipótese de o aderente se limitar a aderir a um clausulado prévia e unilateralmente determinado e individualizado, que não se destina a um conjunto indeterminado de pessoas. No entanto, o recurso a cláusulas contratuais gerais far-se-á sempre no âmbito de um contrato que se qualifica como de adesão. Sobre o tema, veja-se: ALMEIDA COSTA, M., J. e MENEZES CORDEIRO, A.: *Cláusulas contratuais gerais. Anotação ao DL 446/85*, Coimbra, Almedina, 1986; ALMEIDA COSTA, M., J.: *Síntese do regime jurídico vigente das cláusulas contratuais gerais*, 2ª edição, Lisboa, Universidade Católica editora, 1999; ALMENO DE SÁ: *Cláusulas Contratuais Gerais e Directiva sobre Cláusulas Abusivas*, Coimbra, Almedina, 2ª edição, 2005; ARAUJO BARROS, J., M.: *Cláusulas contratuais gerais*, Coimbra, Coimbra editora, 2010; BOTELHO, J.: *Cláusulas contratuais gerais – Notas de jurisprudência*, Petrony, 2010; GALVÃO TELLES, I.: “Das condições gerais dos contratos e da Diretiva Europeia sobre as cláusulas abusivas”, *O direito*, ano 127, 1995, pp. 297 e ss.; MENEZES CORDEIRO, A.: *Tratado de Direito Civil Português*. Parte Geral, Tomo I, 4ª edição, Coimbra, Almedina, 2012, pp. 411 a 427; MORAIS ANTUNES, A., F.: *Comentário à lei das cláusulas contratuais gerais – Decreto-lei n.º 446/85*, de 25 de outubro, Coimbra, Coimbra editora, 2013; MOTA PINTO, C.: “Contratos de adesão. Uma manifestação jurídica da moderna vida económica”, *Revista de Direito e Estudos Sociais*, Coimbra, 1973, pp. 119 e ss.; PINTO MONTEIRO, A.: “Contratos de adesão: o regime jurídico das cláusulas contratuais gerais instituído pelo DL 446/85 de 25/10”, *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 46, 1986, pp. 733 e ss.; OLIVEIRA ASCENSÃO, J.: “Cláusulas contratuais gerais, cláusulas abusivas e boa-fé”, *Revista da ordem dos advogados*, abo 60, 2000, pp. 573 e ss.; PAZ, M.: “A publicitação das sentenças inibitórias de cláusulas contratuais gerais nulas como corolário do princípio da proteção do consumidor”, *Revista do Centro de Estudos Judiciários*, n.º I, 2013, 2015; PINTO MONTEIRO, A.: “O novo regime jurídico dos contratos de adesão/ccg”, *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 62, vol. I, janeiro 2002, pp.111 a 142; SOUSA RIBEIRO, J.: *Cláusulas contratuais gerais e o paradigma do contrato*, Coimbra, Coimbra editora, 1990; SOUSA RIBEIRO, J.: *O problema do contrato. As cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual*, Coimbra, Coimbra editora, 1990, pp. 585 e ss.; SOUSA RIBEIRO, J.: *Responsabilidade e garantia em cláusulas contratuais gerais*, Coimbra, Almedina, 2000.

I. As características dos contratos de adesão com recurso a cláusulas contratuais gerais

Analisando mais de perto as cláusulas de processamento de dados pessoais através das quais o titular de dados autoriza o armazenamento, a recolha, a transferência de dados pessoais a um terceiro, a análise de dados, ou por exemplo a definição de perfis, diríamos que as mesmas encerram um direito relativo, de crédito ou obrigacional do responsável pelo tratamento de processar os dados pessoais da contraparte contratual. Assim, por via contratual, o titular de dados obriga-se a ceder as suas informações pessoais para tratamento posterior. Parte da doutrina pondera a coisificação dos dados pessoais e nesta perspetiva poderíamos estar na presença de um direito real, em concreto, um direito de propriedade sobre os dados pessoais, a ser transmitido ao responsável pelo tratamento. Esta posição doutrinal não é sufragada por nós, por motivos que noutra sede já expusemos¹².

Considerando a formulação de certas cláusulas, poderemos estar na presença de uma obrigação por parte do titular de dados que não se encontra definida na totalidade no momento da adesão ao contrato. Pensemos na hipótese de o titular de dados prestar o seu consentimento para o tratamento dos seus dados pessoais de consumo, gostos e preferências demonstradas. Tratam-se de dados pessoais que serão concretizados apenas no futuro e não “ab initio” e cujo volume poderá ser maior ou menor.

A configuração dos contratos de adesão com recurso a cláusulas contratuais gerais, perfeitamente aptos para dar resposta ao frenesim da contratação em massa e generalizada, tem pressuposta a falta de liberdade de modelação do conteúdo contratual: por definição, estes serão contratos cujo clausulado é unilateral e previamente determinado e imodificável pelo aderente, e com recurso a formulários contratuais que se destinam a um conjunto indeterminado de pessoas (são gerais, por contraposição às cláusulas individualizadas)¹³. Todavia, a manutenção da liberdade de celebração das partes constitui o último reduto que permite ver neste molde de contratação tão só um “limite” fático ao basilar princípio da liberdade contratual, previsto no artigo 405.º do Código Civil

12 No âmbito da nossa dissertação de mestrado intitulada “O RGPD e a proteção de dados sensíveis dos menores”, a publicar sob o título “A proteção de dados sensíveis dos menores à luz do Regulamento Geral de Proteção de Dados”, pela editora GestLegal. No mesmo sentido, mostrando-se contra o modelo de propriedade dos dados pessoais está CLIFFORD, D.: “EU data protection”, cit., p. 210.

13 Sobre o princípio da liberdade contratual, veja-se: Canaris, W.: “A liberdade e a justiça contratual na sociedade de direito privado”, *Contratos atualidade e evolução*, Universidade Católica Portuguesa, 1997, pp. 495 e ss.; CARVALHO, O., *Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra, GestLegal, 2021, pp. 101 a 103; HÖRSTER, H. e MOREIRA DA SILVA, E. S.: *A parte geral do Código Civil Português*, 2ª edição, Coimbra, Almedina, 2019, pp. 57 a 77 e MOTA PINTO, C. A.: *Teoria Geral do Direito Civil*, 5ª edição, Coimbra, GestLegal, 2020, pp. 102 e ss.. Em particular, sobre a liberdade contratual nos contratos de adesão veja-se KESSLER, F.: “Contracts of Adhesion – Some Thoughts About Freedom of Contract”, *Columbia Law Review*, vol. 43, 1943, pp. 629 a 642.

português (adiante, abreviado para CC), e cujo reconhecimento reúne o consenso internacional¹⁴.

2. A falta de liberdade na prestação de consentimento para o tratamento de dados pessoais quando prestado através de contratos de adesão com recurso a cláusulas contratuais gerais

A autonomia privada¹⁵, e decorrente desta, a liberdade contratual, constituem as traves mestras do direito civil, conquanto conhecem exceções – quer proibições quer obrigações de contratar com determinadas pessoas – bem como limitações¹⁶. Assim, o princípio da liberdade contratual é o solo onde assenta o direito civil mas a validade do contrato não depende da afirmação deste princípio, pois, conforme dissemos, a lei impõe verdadeiras exceções e também limites, desde logo decorrentes da própria vida em sociedade, como será o caso dos contratos de adesão cuja negociação do seu conteúdo não existe.

Todavia, esta dependência da liberdade na manifestação da vontade e a validade do consentimento existe no âmbito do direito à proteção de dados pessoais. Conforme afirmámos “supra”, o RGPD não contempla consentimentos “obrigatórios”. Assim, considerando o molde contratual no qual estas cláusulas se encontram inseridas, a saber, nos contratos de adesão, e ao contexto no qual o consentimento é prestado, levantam-se sérias dúvidas quanto à existência de um consentimento verdadeiramente livre, inquinando a sua validade.

14 Sobre o tema veja-se MOURA VICENTE, D.: “A autonomia privada e os seus diferentes significados à luz do direito comparado”, *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, vol. 8, ano 3, p. 276, no qual, além dos princípios Unidroit, se menciona vários instrumentos internacionais de “unificação e harmonização dos direitos dos contratos”, tais como: Princípios de Direito europeu dos contratos, Projeto de Quadro Comum de Referência, e a Proposta de Regulamento do Parlamento europeu e do Conselho relativo a um direito comum europeu da compra e venda, dos quais decorre que “o princípio da autonomia privada conquistou neles uma vastíssima (e aparentemente consensual) consagração.”. Veja-se ainda: BOTTESELLI, E.: “Princípios do UNIDROIT: internacionalização e unificação do direito comercial internacional”, *Revista jurídica Luso-Brasileira*, ano 2, n.º 1, 2016, pp. 933 a 952; GOTANDA, J.: “Using the Unidroit Principles to Fill Gaps in the CISG” em: Gotanda, J.: *Contract damages: domestic & international perspectives*, Hart Publishing, 2007, Villanova Law, Public Policy Research Paper No. 2007-18, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1019277>; KORNET, N.: “Evolving General Principles of International Commercial Contracts: The Unidroit Principles and Favor Contractus”, *Maastricht Faculty of Law Working Paper Series*, 2011, disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1756751; MICHAELS, R.: “The UNIDROIT Principles as Global Background Law”, *Uniform Law Review*, vol. 19, n.º 4, 2014, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2502899; PERILLO, J. M.: “Unidroit Principles of International Commercial Contracts: The Black Letter Text and a Review”, *Fordham Law Review*, vol. 63, n.º 281, 1994, disponível em: <https://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol63/iss2/1/>; SAUMYA, V.: “UNIDROIT Principles for Interpreting Private Contracts”, 2009, disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1438763; VOGENAUER, S.: “Common Frame of Reference and UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts: Coexistence, Competition, or Overkill of Soft Law?”, *European Review of Contract Law*, vol. 6, n.º 2, 2010, disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1581352. Veja-se ainda a anotação do artigo 405.º do CC em PRATA, A. (coordenação): *Código Civil Anotado*, vol. I, p. 503 a 506 e ANTUNES VARELA, J. e PIRES DE LIMA: *Código Civil Anotado*, vol. I, 4.ª edição reimpressão com colaboração de Henrique Mesquita, 2010, pp. 355 a 373.

15 O princípio da autonomia privada não se encontra positivado na lei civil portuguesa, antes esta a pressupõe nos instrumentos jurídicos que disponibiliza, os quais se encontram ao serviço do Homem para conformação da sua esfera jurídica de acordo com os seus interesses. Veja-se: Hörster, H. e Moreira da Silva, E. S.: *A parte geral*”, cit., p. 59.

16 Sobre o tema veja-se MOURA VICENTE, D.: “A autonomia privada”, cit., p. 275 a 302.

Nos termos do artigo 7.º/4 do Regulamento europeu¹⁷, o escrutínio quanto à existência de liberdade na manifestação de vontade prestada pelo titular de dados no âmbito de um contrato, passará por aferir “com a máxima atenção”, se a sua execução está subordinada ao consentimento para o tratamento de dados pessoais que não é necessário à execução contratual. Assim, conseguimos concluir que o Regulamento europeu desconfia da liberdade na prestação de consentimento para o tratamento de dados pessoais (que não sejam necessários à execução do contrato, uma vez que o tratamento destes sempre seria lícito de acordo com o artigo 6.º/1/b) do RGPD) quando o consentimento foi prestado de modo inseparável da declaração negocial que forma o contrato¹⁸.

Sucede que, sendo o clausulado, por definição, imodificável pelo aderente, não raras vezes as cláusulas de processamento de dados pessoais são inseparáveis do restante contrato. Numa palavra, a “liberdade” de celebração do aderente está circunscrita à aceitação ou rejeição do contrato na sua totalidade.

Deste modo, cremos que o consentimento não seja destacável do restante acordo contratual porque está inserido no âmbito de um contrato de adesão, quando se dirija ao processamento de dados pessoais que não sejam necessários à execução do contrato, será inválido, tornando ilegítimo o tratamento de dados pessoais nele fundamentado, considerando a exigência de liberdade na manifestação de vontade e a tradução que o artigo 7.º/4 do RGPD¹⁹ lhe dá no âmbito contratual, moldes que se revelam incompatíveis com a prática e as características dos contratos de adesão.

Sem querermos discorrer sobre o significado de liberdade, o qual muitas discussões políticas, filosóficas e sociológicas gerou, diríamos que, para sua verificação jurídica, e em especial para o direito à proteção de dados pessoais, a liberdade pressupõe uma escolha ou opção, uma possibilidade de decisão, quer no sentido da recusa quer da prestação do consentimento.

Cremos que a exigência de uma liberdade irrestrita revelar-se-ia utópica, sob pena de não existirem consentimentos válidos. No entanto, a consagração formal da necessidade de um consentimento livre não encontra o mínimo de tradução na prática contratual em massa, nos termos que explanaremos de seguida.

17 Veja-se BARRETO MENEZES CORDEIRO, A.: *Comentário ao Regulamento*, cit., pp. 120 a 125 e SOUSA PINHEIRO, A.; GONÇALVES, C. J.: “comentário ao artigo 7.º do RGPD”, cit., pp. 227 a 230.

18 Veja-se BARRETO MENEZES CORDEIRO, A.: *Comentário ao Regulamento*, cit., pp. 112 e 113, conforme afirma o Autor, “necessário” não significa indispensável nem útil ou vantajoso. Nas palavras do Autor, será necessário “sempre que não exista uma alternativa menos intrusiva” e “haja uma ligação direta entre esse tratamento e a execução do contrato”. E ainda SOUSA PINHEIRO, A.; GONÇALVES, C. J.: “comentário ao artigo 6.º do RGPD”, cit., pp. 212 a 227.

19 Veja-se Barreto MENEZES CORDEIRO, A.: *Comentário ao Regulamento*, cit., pp. 120 a 125 e SOUSA PINHEIRO, A.; GONÇALVES, C. J.: “comentário ao artigo 7.º do RGPD”, cit., pp. 227 a 230.

O sentido material da exigência de liberdade na prestação de consentimento para o tratamento de dados pessoais quando inserido em contratos de adesão encontra-se inquinado em várias vertentes. Não apenas devido à óbvia inexistência de liberdade de modelação do conteúdo contratual, impedindo que o titular de dados retire ou modifique aquela(s) cláusula(s) de processamento de dados mas também, em certos casos, devido à dificuldade em se afirmar uma verdadeira liberdade de celebração do contrato, vendo-se o titular de dados e consumidor sem alternativa que não seja a adesão ao contrato nos exatos termos que pela contraparte foram prévia e unilateralmente determinados²⁰.

Pensem nos contratos de fornecimento de bens e serviços de consumo que revestem um carácter essencial na vivência comunitária²¹. Mais patente se tornou durante o contexto pandémico que vivemos, na medida em que muitos bens e serviços deste tipo foram preferencialmente adquiridos “online”, e, nestes casos, a qualidade destes contratos como essenciais e imprescindíveis não permite que se possa vislumbrar uma opção de aceitar ou rejeitar, “in totum”, os termos contratuais, e neles, as cláusulas de processamento de dados pessoais, sem consequências de relevo na vida quotidiana condigna.

É certo que a liberdade contratual pressupõe um mínimo de nivelamento entre os poderes das partes, o qual inexistente no âmbito da contratação em massa. A posição do aderente, consumidor e também titular de dados caracteriza-se por uma vulnerabilidade decorrente do seu inferior poder económico, informativo e social perante a contraparte contratual. Foi, aliás, em reconhecimento desta posição de fragilidade que o legislador comunitário e nacional veio prever um diploma específico que regula as cláusulas contratuais gerais, o DL n.º 446/85 de 25 de outubro.

Deste modo, concluímos que, sobretudo no caso de estarmos na presença de bens e serviços de consumo essenciais à manutenção da qualidade de vida social e familiar, apenas numa perspetiva estritamente formalista é que somos capazes de afirmar que o titular de dados e consumidor que discorde dos termos contratuais apresentados, e em particular, das cláusulas de processamento de dados pessoais, pode recusar a celebração do contrato. A opção de recusar os termos apresentados implicaria ficar privado de um serviço essencial pelo que

20 Nos termos do artigo 3.º/2 da Diretiva 93/13/CEE do Conselho de 5 de Abril de 1993 relativa às cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores, “[c]onsidera-se que uma cláusula não foi objecto de negociação individual sempre que a mesma tenha sido redigida previamente e, consequentemente, o consumidor não tenha podido influir no seu conteúdo, em especial no âmbito de um contrato de adesão. O facto de alguns elementos de uma cláusula ou uma cláusula isolada terem sido objecto de negociação individual não exclui a aplicação do presente artigo ao resto de um contrato se a apreciação global revelar que, apesar disso, se trata de um contrato de adesão.

21 Pensem na compra de bens alimentares, vestuário, adesão a serviços de televisão, fornecimento de energia, telecomunicações, entre outros.

podemos dizer não existir liberdade na adesão ao contrato, no qual se encontram imbricadas as cláusulas de processamento de dados pessoais.

Na sequência do exposto, consideramos que, sobretudo atendendo à imprescindibilidade dos serviços e bens fornecidos (conceito que se pode definir latamente), não existe liberdade na celebração (para além da óbvia inexistência de liberdade de modelação do conteúdo) destes contratos de adesão com recurso a cláusulas contratuais gerais. Se esta falta de liberdade contratual não inquina a validade dos contratos²², pois, conforme dissemos existem exceções e limitações a este princípio, decorrentes quer da lei quer por razões fáticas resultantes da própria natureza das coisas, como na contratação em massa sucede, o mesmo não acontece no que respeita à prestação de consentimento pelo titular de dados, manifestação de vontade que terá de ser livre, sob pena da ilegalidade do tratamento de dados nela fundado.

3. Os contratos de adesão com recurso a cláusulas contratuais gerais e os fundamentos de licitude no âmbito contratual – o consentimento e a necessidade do tratamento de dados para a execução do contrato (artigo 6.º/1/b) do RGPD)

Note-se que o processamento de dados pessoais que sejam necessários à execução contratual ou a diligências pré-contratuais solicitadas pelo titular encontra guarida no artigo 6.º/1/b) do RGPD (por exemplo a morada para expedição do bem ou o contacto para informação do andamento da encomenda)²³. Assim, o processamento destes dados pessoais encontra a sua legitimidade naquela disposição, dispensando-se o consentimento do titular. No entanto, todos os dados pessoais que se revelem úteis ao responsável pelo tratamento mas não sejam necessários para a execução contratual carecem de outro fundamento de licitude, o consentimento do titular, cuja validade poderá ser questionada nos termos descritos “supra”.

Não se pense que com a afirmação da falta de liberdade na prestação de consentimento ao processamento de dados pessoais através de cláusulas contratuais gerais inseridas em contratos de adesão que não sejam destacáveis do restante clausulado, inexistindo, por isso, liberdade na sua prestação e tornando ilegítimo o seu tratamento, estamos a desconsiderar o consentimento (em si mesmo) como fundamento de licitude para o processamento de dados pessoais.

22 Não estamos a contemplar, naturalmente, os casos particulares de existência de vícios da vontade, em particular a coação e o dolo, nos quais a falta de liberdade na celebração do contrato inquirará a sua validade.

23 BARRETO MENEZES CORDEIRO, A.: Comentário ao Regulamento, cit., pp. 112 e 113 e SOUSA PINHEIRO, A.; GONÇALVES, C. J.: “comentário ao artigo 6.º do RGPD”, cit., pp. 212 a 227.

Apesar de serem várias as críticas doutrinárias ao consentimento como fundamento para o tratamento de dados²⁴ – argumentando-se de que este assentaria nas falácias da sua necessidade, suficiência e voluntariedade – em nossa opinião, temos esta posição por excessivamente paternalista e defendemos a importância da manifestação de vontade do titular como meio legitimador do processamento de dados pessoais.

Queremos apenas significar que, por um lado, a exigência imposta pelo RGPD de liberdade na manifestação da vontade do titular terá de ser entendida “cum grano salis”, como um liberdade necessariamente limitada e nunca irrestrita, e, por outro, que para estar cumprida a bitola mínima de liberdade, deve ser assegurado algum espaço de opção, de possibilidade de escolha, para que o consentimento seja válido, não tornando o requisito da manifestação de vontade “livre” uma mera garantia formal e teórica que não passa da “law in books”.

III. MEIOS DE TUTELA (EFETIVA) DO TITULAR DE DADOS NO ÂMBITO DE CONTRATOS DE ADESÃO COM RECURSO A CLÁUSULAS CONTRATUAIS GERAIS DE PROCESSAMENTO DE DADOS PESSOAIS

I. O controlo de conteúdo das cláusulas contratuais gerais de processamento de dados pessoais

Creemos que uma tutela efetiva do titular de dados passará mais pelo controlo do conteúdo das cláusulas contratuais de processamento de dados pessoais do que pela preocupação com o modo de sua inclusão no contrato, por exemplo, se o titular de dados manifestou uma vontade livre, informada, esclarecida, expressa (por escrito ou verbalmente) ou tácita.

Apesar de estes requisitos de validade do consentimento precederem, de um ponto de vista lógico, a análise do conteúdo contratual, na nossa opinião, este segundo modo de tutelar o direito à proteção de dados pessoais revela-se mais efetivo e protetivo do titular de dados. Numa palavra, de nada serve procurar garantir que o titular emitiu uma vontade informada e esclarecida, por exemplo, se as cláusulas às quais o titular aderiu redundam em tratamentos de dados pessoais manifestamente abusivos, intrusivos e atentatórios dos seus direitos, liberdades e garantias. Nos termos do artigo 2.º/a) da Diretiva 93/13/CEE do Conselho de 5 de Abril de 1993 relativa às cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores, consideram-se «[c]láusulas abusivas», as cláusulas de um contrato tal como são definidas no artigo 3.º”. Este artigo prevê o critério para a aferição

²⁴ Veja-se BROWNSWORD, R.: “The cult of consent: fixation and fallacy”, *King’s Law Journal*, vol. 15, n.º 2, pp. 223 a 251, o qual defende as falácias da necessidade do consentimento e da suficiência do consentimento como crítica à importância dada a este fundamento de licitude do tratamento de dados pessoais baseado na vontade do titular.

se a cláusula é abusiva: “Uma cláusula contratual que não tenha sido objecto de negociação individual é considerada abusiva quando, a despeito da exigência de boa fé, der origem a um desequilíbrio significativo em detrimento do consumidor, entre os direitos e obrigações das partes decorrentes do contrato.”²⁵.

Na nossa opinião, as cláusulas gerais de processamento de dados pessoais que se revelem manifestamente abusivos, intrusivos e atentatórios dos direitos, liberdades e garantias do titular, deveriam ser considerada proibidas por via desta disposição lida em coerência com o sistema de proteção do titular de dados conferido pelo Regulamento europeu.

Esta tutela do conteúdo do clausulado contratual resulta já do nosso DL n.º 446/85, o qual prevê cláusulas relativamente e absolutamente proibidas, nos artigos 18.º, 19.º, 20.º e 21.²⁶. A par deste elenco exemplificativo, o diploma português inclui a proibição de cláusulas contrárias à boa-fé, nos termos do artigo 15.²⁷, o qual consagra esta cláusula geral. Assim, as cláusulas de processamento de dados pessoais abusivas poderão ser consideradas nulas por via da cláusula geral da boa-fé.

Na concretização da contrariedade à boa-fé, entendida aqui em sentido objetivo, resulta do artigo 16.º do DL 446/85, que devem ser ponderados “os valores fundamentais do direito, relevantes em face da situação considerada, e, especialmente: a) A confiança suscitada, nas partes, pelo sentido global das cláusulas contratuais em causa, pelo processo de formação do contrato singular celebrado, pelo teor deste e ainda por quaisquer outros elementos atendíveis; b) O objetivo que as partes visam atingir negocialmente, procurando-se a sua efetivação à luz do tipo de contrato utilizado.”.

A título exemplificativo, pensemos em cláusulas contratuais que imponham obrigações desproporcionadas ou excessivamente lesivas dos direitos do titular de dados face ao benefício que proporcionam ao responsável pelo tratamento. Pensemos em cláusulas que autorizam o tratamento e a transferência a terceiros de dados sensíveis, que comportam um elevado risco de discriminação e para os direitos e liberdades do titular, de grande intrusividade para a sua vida íntima,

25 A este propósito salientamos o documento “Update the Unfair Contract Terms directive for digital services” do “Policy Department for Citizens’ Rights and Constitutional Affairs Directorate-General for Internal Policies” de fevereiro de 2021, disponível em: [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2021/676006/IPOL_STU\(2021\)676006_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2021/676006/IPOL_STU(2021)676006_EN.pdf) (8/11/2021). De facto, a definição das cláusulas consideradas injustas proporciona certeza jurídica e uma melhor proteção do consumidor (p. 55).

26 Veja-se PRATA, A.: *Contratos de adesão e cláusulas contratuais gerais*, Coimbra, Almedina, 2021, pp. 387 e ss. e 501 e ss..

27 Veja-se PRATA, A.: *Contratos de adesão*”, cit., pp. 353 e ss..

privada e familiar²⁸, cremos que por via da cláusula geral da boa-fé estas obrigações desproporcionadas podem ser consideradas nulas.

2. A eficácia (quase) normativa das cláusulas contratuais tipo e a eficácia extraterritorial do RGPD segundo a jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia

Uma diferente via de proteção efetiva do titular de dados e simultaneamente aderente destes contratos encontra-se na força “normativa” das cláusulas contratuais de proteção de dados que conferem garantias de proteção ao titular, na linha da recente jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) vertida no acórdão de 16 de julho de 2020, processo C-311/18 (intitulada, “Schrems II”)²⁹ ³⁰. Neste âmbito referimo-nos, em particular, às cláusulas contratuais-tipo subscritas no âmbito das transferências de dados pessoais para terceiros. Na sequência deste arresto, a Comissão emitiu a 4 de junho de 2021 a “Decisão de execução (UE) 2021/914 relativa às cláusulas contratuais-tipo aplicáveis à transferência de dados pessoais para países terceiros nos termos do Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho”, a qual revoga as precedentes “Decisão 2001/497/CE” e “Decisão 2010/87/UE” são revogadas com efeitos a partir de 27 de setembro de 2021, nos termos do seu artigo 4.º.

Se a transferência de dados pessoais para países da União Europeia é livre, uma vez que existem garantias adequadas de proteção considerando a aplicabilidade e obrigatoriedade do RGPD, o mesmo não acontece quando se trate de um país terceiro³¹. Neste caso, a legitimidade da transferência de dados pessoais torna-se mais complexa e consta do capítulo V do RGPD.

28 Conforme afirmam Christophe Lazaro e Daniel le Metayer, as transferências de dados pessoais, em particular de dados médicos e/ou genéticos, pode trazer repercussões nos membros da família, cuja esfera pessoal também é afetada. Veja-se LAZARO, C. E METAYER, D.: “Le consentement au traitement des données personnelles. Perspective comparative sur l’ autonomie du sujet”, *Revue Juridique Themis*, vol. 48, n.º 3, 2014, p. 810. Igualmente sobre o consentimento prestado no âmbito médico veja-se KATZ, J.: “Informed consent – a fairy tale? Law’s vision”, *University of Pittsburgh Law review*, vol. 39, n.º 2, 1977, pp. 137 a 174.

29 Na sequência deste arresto, em 10 de novembro de 2020, o “European Data Protection Board” adotou as Recomendações 01/2020 relativas às medidas complementares aos instrumentos de transferência para assegurar o cumprimento do nível de proteção dos dados pessoais da EU disponível em: https://edpb.europa.eu/sites/default/files/consultation/edpb_recommendations_202001_supplementarymeasurestransferstools_pt.pdf (8/11/2021). Em 4 de junho de 2021 a Comissão Europeia emitiu a Decisão de execução (UE) 2021/914 relativa às cláusulas contratuais-tipo aplicáveis à transferência de dados pessoais para países terceiros nos termos do Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho. Salientamos ainda o “Parecer conjunto 2/2021 do European Data Protection Board e da Agência Europeia de Proteção de Dados sobre a Decisão de execução da comissão Europeia relativa às cláusulas contratuais-tipo aplicáveis À transferência de dados pessoais para terceiros para as matérias referidas no artigo 46.º, n.º 2, alínea c), do Regulamento (UE) 2016/679”.

30 Sobre o tema veja-se CONDE NOGUEIRA, C.: “Privacy Shield vs. Acórdão C-311/18 – «Schrems II»”, *CyberLaw*, n.º 10, 2021, pp. 12 a 42.

31 A definição de “tratamento transfronteiriço” está contemplada no artigo 4(23) do RGPD. A noção de país terceiro para estes efeitos consta do considerando 101 do RGPD: “países não pertencentes à União”. Note-se que na Lei espanhola de proteção de dados continha uma diferente noção da prevista na precedente Diretiva de Proteção de Dados, definindo país terceiro como qualquer país distinto de Espanha. Veja-se sobre o tema: BLAS, F.: “Transferencias internacionales de datos, perspectiva española de la necesaria búsqueda de estándares globales”, *Revista Derecho del Estado*, vol. 23, 2009, p. 49. Com a saída do Reino

A transferência de dados pessoais a países terceiros será possível se a Comissão tiver emitido uma decisão de adequação através da qual considera que o país em causa assegura um nível de proteção adequado³², nos termos do artigo 45.º do RGPD³³.

Na falta de decisão de adequação disciplina o artigo 46.º/1 que a transferência de dados pessoais só poderá ser realizada se o país terceiro tiver apresentado “garantias adequadas, e na condição de os titulares de dados gozarem de direitos oponíveis e de medidas jurídicas corretivas eficazes”. Nos termos do artigo 46.º/2/c) do RGPD³⁴ a adoção de cláusulas contratuais tipo (doravante CCT), emanadas pela Comissão Europeia, em inglês as “standard contractual clauses”, é considerada uma das garantias adequadas³⁵.

Repare-se ainda que o consentimento explícito do titular de dados legitimará o tratamento de dados pessoais transfronteiriços, nos termos do artigo 49.º/1/a) do Regulamento europeu³⁶, na falta de uma decisão de adequação ou de garantias adequadas (previstas no artigo 46.º do RGPD), o qual deverá ser “informado dos possíveis riscos de tais transferências para si próprio devido à falta de uma decisão de adequação e das garantias adequadas”. Nos quadros enunciados “supra”, se esta manifestação de vontade do titular de dados se encontra inserida no clausulado de um contrato de adesão, poderemos duvidar da liberdade na sua prestação, não obstante esta exigência qualificada de informação permitir uma manifestação

Unido da União Europeia (intitulada “Brexit”) colocou-se o problema das transferências de dados pessoais para este país cair no âmbito das transferências para um país terceiro. A União adotou uma postura flexível quanto a esta matéria. Como refere Ana Gascón Marcén, é necessário que a decisão de adequação entre a UE e o Reino Unido seja suficientemente garantística, sob pena de ser considerada inválida pelo TJUE, à semelhança do ocorrido no acórdão Schrems II. Veja-se GASCÓN MARCÉN, A.: “The regulation of the flow of personal data between the European Union and the United Kingdom after Brexit”, Cuadernos de derecho transnacional, vol. 12, n.º 1, 2020, p. 241 e ainda ORTEGA GIMENEZ, A.: “Brexit, relaciones privadas internacionales y protección de datos de carácter personal: ¿dejará de ser el Reino Unido un ‘país seguro?’”, Anuario español Derecho Internacional Privado, vol. 19, 2020, pp. 43 a 66.

- 32 Sobre o conceito de “nível adequado” veja-se RECIO GAYO, M.: “Nivel adecuado para transferências internacionales de datos”, Derecho PUCP, vol. 83, 2019, p. 207 a 240, no qual o Autor defende que a definição desta cláusula geral requeria uma aproximação multilateral (p. 234). Sobre a numerosa existência de cláusulas gerais e conceitos indeterminados no RGPD, bem como os princípios da subsidiariedade e proporcionalidade da regulação europeia veja-se: MISCENIC, E.; HOFFMANN, A.: “The role of opening clauses in harmonization of EU law: exemple of the EU’s General Data Protection Regulation (GDPR)”, EU and Comparative Law Issues and Challenges Series., vol. 4, 2020, p. 44 a 61.
- 33 A primeira decisão de adequação adotada pela Comissão depois da entrada em vigor do RGPD visou o Japão enquanto país terceiro. Trata-se da Decisão de execução (UE) 2019/419 da Comissão de 23 de janeiro de 2019 nos termos do Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho sobre a adequação do nível de proteção dos dados pessoais assegurado pelo Japão no âmbito da Lei relativa à proteção de informações pessoais.
- 34 BARRETO MENEZES CORDEIRO, A.: Comentário ao Regulamento, cit., pp. 332 e 333 e SOUSA PINHEIRO, A.; GONÇALVES, C. J.: “comentário ao artigo 46.º do RGPD”, cit., pp. 512 a 517.
- 35 De acordo com a opinião sufragada por Catarina Conde Correia, “se o privacy shield foi considerado inválido com base na incompatibilidade entre o direito da UE e a legislação de segurança norte americana, seria expectável que as SCC [standard contractual clauses] estabelecidas para regular a transferência de dados precisamente para os EUA também teriam a mesma consequência jurídica.”, em CONDE NOGUEIRA, C.: “Privacy Shield”, cit., p. 31.
- 36 Veja-se a este propósito: BARRETO MENEZES CORDEIRO, A.: Comentário ao Regulamento, cit., pp. 346 a 352 e SOUSA PINHEIRO, A.; GONÇALVES, C. J.: “comentário ao artigo 49.º do RGPD”, cit., pp. 524 a 530.

de vontade do titular mais ponderada e racional. No entanto, as suas vantagens decairão se a cláusula na qual o titular presta o consentimento para o tratamento de dados transfronteiriço não for destacável do restante contrato, na medida em que, apesar de informado das consequências e riscos, o titular de dados não se pode furtar ao consentimento sem recusar a celebração do contrato, inquinando-se, assim, a liberdade na manifestação da vontade.

Em suma, uma das possibilidades para a transferência transfronteiriça de dados pessoais será a existência de uma decisão de adequação da Comissão Europeia que considera que o país terceiro tem um nível de proteção adequado. Deste modo, a transferência de dados pessoais a países terceiros com uma decisão de adequação será permitida e “não exige autorização específica” (artigo 45.º/I do RGPD³⁷).

Todavia, de acordo com a referida jurisprudência do Tribunal de Justiça³⁸, o artigo 45.º deve ser lido em conformidade com o artigo 44.º do Regulamento europeu³⁹, nos termos do qual todas as disposições do capítulo V devem ser aplicadas “de forma a assegurar que não é comprometido o nível de proteção das pessoas singulares”. Portanto, o nível de proteção do capítulo V deve ser sempre garantido, e não comprometido, independentemente do artigo 45.º, com base no qual se transmitem dados pessoais ao país terceiro.

Para além da decisão de adequação da Comissão que considera que o país terceiro assegura um nível de proteção adequado, note-se que a sua inexistência não é necessariamente impeditiva da transferência de dados ao país terceiro, mas, neste caso, o exportador dos dados pessoais deve assegurar a existência de um nível de proteção equivalente ao da União (garantias adequadas e que os titulares de dados gozem de direitos oponíveis e de medidas jurídicas corretivas eficazes, nas palavras do artigo 46.º/I do Regulamento europeu).

Perante a jurisprudência do TJUE na decisão “supra” mencionada, a qual considera inválida a decisão de execução 2016/1250 da Comissão, de 12 de julho de 2016, denominada “privacy shield” (escudo de proteção de privacidade), os Estados Unidos da América deixam de ser um país terceiro cujas transferências de dados pessoais beneficiavam do regime do artigo 45.º do RGPD⁴⁰. Assim,

37 BARRETO MENEZES CORDEIRO, A.: *Comentário ao Regulamento*, cit., pp. 320 a 328 e Sousa Pinheiro, A.; Gonçalves, C. J.: *“Comentário ao artigo 45.º do RGPD”*, cit., pp. 504 a 512.

38 Acórdão do TJUE processo C-311/18 de 16 de julho de 2020, parágrafo 92.

39 BARRETO MENEZES CORDEIRO, A.: *Comentário ao Regulamento*, cit., pp. 317 a 320 e Sousa Pinheiro, A.; Gonçalves, C. J.: *“Comentário ao artigo 44.º do RGPD”*, cit., pp. 202 a 504.

40 Veja-se BENNETT, S.: “EU privacy shield: practical implications for U.S. litigation”, *Practical Lawyer*, vol. 62, n.º 2, abril 2016, p. 63, segundo o qual a anterior decisão do TJUE no âmbito do processo C-362/14 (“Schrems I”) que invalidou os “Safe Harbour Principles” trouxe dificuldades na implementação do “Privacy Shield”. Na atualidade com a decisão “Schrems II” verificam-se semelhantes dificuldades. Já numa fase embrionária do “privacy shield” lhe eram dirigidas críticas pela doutrina americana. Veja-se, GILBERT, F.: “WP29: Thumbs

invalidada a decisão de adequação da Comissão que considerava que os EUA tinham um “nível de proteção adequado”, os fluxos de dados para este país apesar de não se encontrarem impedidos, resultam dificultados⁴¹.

Conforme dissemos, a falta de decisão de adequação não é impeditiva da transferência de dados pessoais. Nesse caso, o responsável pelo tratamento ou subcontratante deve garantir o cumprimento das exigências do artigo 46.º do RGPD, sendo uma das possibilidades a adoção das CCT adotadas pela Comissão, dispensando-se, assim, a autorização específica de uma autoridade de controlo (artigo 46.º/2 do Regulamento europeu).

Uma vez que, na falta de decisão de adequação, será o responsável pelo tratamento ou subcontratante que tem a responsabilidade de assegurar que o país terceiro oferece garantias adequadas de proteção de dados⁴². Deste modo, como é fácil de intuir, a transferência de dados pessoais será evitada pelos responsáveis pelo tratamento e/ou subcontratantes, uma vez que representa um risco acrescido para estes, considerando, sobretudo, as consequências sancionatórias previstas pelo RGPD em caso de incumprimento.

A adoção das CCT entre um responsável pelo tratamento ou subcontratante, exportador dos dados pessoais, e o terceiro, sito no país importador dos dados pessoais, tem natureza obrigacional pelo que a sua eficácia é relativa, verifica-se apenas “interpartes”, não vinculando entidades externas ao contrato⁴³.

down to Draft EU-US Privacy Shield”, *Practical Lawyer*, vol. 62, n.º 4, 2016, pp. 45 a 48, a qual critica o impasse gerado pelo WP29, ao desconfiar do nível de proteção oferecido pela proposta (“draft”), em comparação com o RGPD. Sobre a proteção de dados conferida nas transferências internacionais de dados pessoais leia-se: OLIVEIRA ANDRADE DE JESÚS, I.: “O direito à proteção de dados e o regime jurídico das transferências internacionais de dados: a proteção viaja com as informações que nos dizem respeito?”, *Anuário de Proteção de Dados*, Cedis, 2018, pp. 71 e ss.

- 41 A doutrina reconhece, por isso, a necessidade de uma solução harmonizada ao nível internacional. Veja-se BLAS, F.: “Transferencias internacionales”, cit., p. 40. Apesar de representar, em teoria, a solução que facilita a desejável transferência internacional de dados pessoais, cremos que, na prática, e considerando o padrão elevado de segurança exigido pela UE em comparação com a diferente perspetiva dos EUA, esta solução é utópica. O consenso a nível internacional quanto a esta matéria dificilmente seria alcançado. Sobre as diferentes perspetivas na UE e nos EUA na matéria da proteção de dados pessoais veja-se: HOUSER, K.: “GDPR: The end of Google and Facebook or a New Paradigm in Data Privacy?”, *SSNR*, 2018, p. 6 e ss.. disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3212210 (10/11/2021).
- 42 Conforme se afirma no Acórdão do TJUE, processo C-311/18, parágrafo 129, a transferência de dados pessoais fundada no artigo 46.º distingue-se “de uma decisão de adequação adotada ao abrigo do artigo 45.º, n.º 3, do RGPD, a qual, na sequência de um exame da regulamentação do país terceiro em causa, à luz, nomeadamente, da legislação pertinente em matéria de segurança nacional e de acesso das autoridades públicas aos dados pessoais, visa constatar com efeito um nível de proteção adequado e que, por conseguinte, o acesso das autoridades públicas do referido país terceiro a esses dados não obsta às transferências deste para esse mesmo país terceiro. Assim, tal decisão de adequação só pode ser adotada pela Comissão na condição de esta ter constatado que legislação pertinente do país terceiro na matéria comporta efetivamente todas as garantias exigidas que permitam considerar que essa legislação assegura um nível de proteção adequado.”. Tal como afirma Catarina Conde Nogueira, “se a própria Comissão Europeia com todo o seu conhecimento e recursos ao dispor, provou estar errada duas vezes consecutivas em relação a tais avaliações (Safe Harbour e Privacy Shield), coloca-se a questão pertinente de como poderiam as empresas da UE ter um melhor desempenho nessa tarefa.”, em CONDE NOGUEIRA, C.: “Privacy Shield”, cit., p. 36.
- 43 Conforme a jurisprudência mencionada, “(...) é inerente ao caráter contratual das cláusulas contratuais tipo de proteção de dados que estas não podem vincular as autoridades públicas dos países terceiros,

Nesta senda, o TJUE⁴⁴ considerou que as CCT poderão não ser suficientes para garantia de um nível de proteção adequado, considerando que terceiros, que não sejam parte contratual, designadamente autoridades públicas do país importador dos dados pessoais, não se encontram vinculados pelas CCT, pelo que a legislação do país poderá autorizar processamentos de dados pessoais fora das garantias consideradas adequadas ou equivalentes às da União, exigindo-se, por isso, que o responsável pelo tratamento adote medidas adicionais de proteção.

A referida jurisprudência teve não apenas o valor impactante de considerar inválida a decisão de adequação que considerou os Estados Unidos da América um país terceiro com um nível de proteção adequado, como também o facto de ver nas CCT uma força vinculativa expansiva, que extravasa, na prática, os limites da vinculação “interpartes”. A exigência imposta pelo RGPD de ser assegurado um nível de proteção adequado, e que na falta de decisão de adequação se podia verter na adoção das CCT da Comissão, possui, por isso, uma expansão “além-fronteiras” da UE, alargando o âmbito territorial do nível de proteção garantido pelo RGPD⁴⁵.

Esta jurisprudência que apela ao respeito das garantias impostas pelas CCT em moldes que extravasam as partes contratuais atribuiu-lhes uma força (quase) normativa, porque impõe uma bitola mínima de proteção não apenas às partes contratuais, obrigadas à observância dos artigos 45 e seguintes do RGPD, mas também fora do seu âmbito de aplicação subjetivo, quando ordens jurídicas de países terceiros tornem débil aquela bitola mínima ao permitir que se contornem as garantias prescritas nas CCT. Tal como uma norma que se mostra geral e abstrata, as garantias impostas pelo RGPD e, em particular, pelas CCT, nos termos da referida jurisprudência do Tribunal de Justiça, vão impor-se para além da sua natural eficácia obrigacional “interpartes”.

Conforme afirma o Tribunal de Justiça, a transferência de dados pessoais fundada no artigo 46/2/c) do RGPD deverá ser suspensa pelo responsável pelo tratamento/subcontratante, nomeadamente, se “o direito do país terceiro impõe ao destinatário de uma transferência de dados pessoais provenientes da União obrigações contrárias às referidas cláusulas [cláusulas contratuais tipo] e, portanto, suscetíveis de pôr em causa a garantia contratual de um nível de proteção adequado contra o acesso das autoridades públicas do referido país terceiro

mas que o artigo 44.º, o artigo 46.º, n.º 1, e o artigo 46.º, n.º 2, alínea c), do RGPD, interpretados à luz dos artigos 7.º, 8.º e 47.º da Carta [Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia], exigem que o nível de proteção das pessoas singulares garantido por este regulamento não seja comprometido, pode revelar-se necessário complementar as garantias constantes, dessas cláusulas-tipo de proteção de dados.” (parágrafo 132 do Acórdão do TJUE de 16 de julho de 2020).

44 Acórdão do TJUE processo C-311/18 de 16 de julho de 2020, parágrafo 201.

45 Sobre o tema da extraterritorialidade do RGPD veja-se Houser, K.: “GDPR: The end”, cit., p. 40 e ss..

a esses dados.¹⁴⁶ Logo, não é suficiente a vinculação das CTT entre as partes contratuais nem que as garantias de proteção por elas oferecidas sejam eficazes apenas entre o exportador e o importador dos dados pessoais exigindo-se que se respeite este patamar de proteção de dados pessoais considerado mínimo para que possam ser realizadas transferências de dados pessoais para fora da União (numa palavra a exportação de dados pessoais para países terceiro).

Afinal, a consagração de uma bitola mínima de proteção dos dados pessoais prevista no RGPD de nada serviria se pudesse ser contornada pela legislação do país terceiro (importador dos dados) que não oferece garantias suficientes. Deste modo, aplaudimos a interpretação do TJUE, a qual redundava em benefício do titular de dados.

46 Acórdão do TJUE de 16 de julho de 2020, processo C-311/18, parágrafo 135.

BIBLIOGRAFIA

ALMEIDA COSTA, M., J. e Menezes Cordeiro, A.: Cláusulas contratuais gerais. Anotação ao DL 446/85, Coimbra, Almedina, 1986.

ALMEIDA COSTA, M., J.: Síntese do regime jurídico vigente das cláusulas contratuais gerais, 2ª edição, Lisboa, Universidade Católica editora, 1999.

ALMENO DE SÁ: Cláusulas Contratuais Gerais e Directiva sobre Cláusulas Abusivas, Coimbra, Almedina, 2ª edição, 2005.

ANTUNES VARELA, J. e Pires de Lima: Código Civil Anotado, vol. I, 4ª edição reimpressão com colaboração de Henrique Mesquita, 2010.

ARAÚJO BARROS, J., M.: Cláusulas contratuais gerais, Coimbra, Coimbra editora, 2010; Botelho, J.: Cláusulas contratuais gerais – Notas de jurisprudência, Petrony, 2010.

BARRETO MENEZES CORDEIRO, A.: Comentário ao Regulamento Geral de Proteção de Dados e à Lei n.º 58/2019, Coimbra, Almedina, 2021.

BENNETT, S.: "EU privacy shield: practical implications for U.S. litigation", Practical Lawyer, vol. 62, n.º 2, abril 2016, pp. 63 e ss.

BLAS, F.: "Transferencias internacionales de datos, perspectiva española de la necesaria búsqueda de estándares globales", Revista Derecho del Estado, vol. 23, 2009, pp. 49 e ss.

BOTTESELLI, E.: "Princípios do UNIDROIT: internacionalização e unificação do direito comercial internacional", Revista jurídica Luso-Brasileira, ano 2, n.º 1, 2016, pp. 933 a 952.

BROWNSWORD, R.: "The cult of consent: fixation and fallacy", King's Law Journal, vol. 15, n.º 2, pp. 223 a 251.

CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, C.: "La noción de "consumidor" en Internet: el asunto C-498/16, Maximilian Schrems y Facebook Ireland Limited", Cuadernos de Derecho Transnacional, vol. 11, n.º 1, março 2019, pp. 711 a 721.

CANALES GIL, A.: "El derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal", Revista Jurídica de Castilla y León, vol. 13, 2007, pp. 13 a 56.

CANARIS, W.: “A liberdade e a justiça contratual na sociedade de direito privado”, *Contratos atualidade e evolução*, Universidade Católica Portuguesa, 1997, pp. 495 e ss.

CARVALHO, O., *Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra, GestLegal, 2021.

CLIFFORD, D.: “EU data Protection law and targeted advertising: consent and the cookie monster – tracking the crumbs of online user behaviour”, *Journal of Intellectual Property, Information, Technology and E-commerce Law*, vol. 5, 2014, pp. 194 a 212.

CONDE NOGUEIRA, C.: “Privacy Shield vs. Acórdão C-311/18 – «Schrems II»”, *CyberLaw*, n.º 10, 2021, pp. 12 a 42.

FERNÁNDEZ SEGADO, F.: “El régimen jurídico del tratamiento autorizado de los datos de carácter personal en España”, *Derecho PUCP*, vol. 51, 1997, pp. 28 e ss.

GALVÃO TELLES, I.: “Das condições gerais dos contratos e da Diretiva Europeia sobre as cláusulas abusivas”, *O direito*, ano 127, 1995, pp. 297 e ss.

GASCÓN MARCÉN, A.: “The regulation of the flow of personal data between the European Union and the United Kingdom after Brexit”, *Cuadernos de derecho transnacional*, vol. 12, n.º 1, 2020, pp. 241 e ss.

GILBERT, F.: “WP29: Thumbs down to Draft EU-US Privacy Shield”, *Practical Lawyer*, vol. 62, n.º 4, 2016, pp. 45 a 48.

GOTANDA, J.: “Using the Unidroit Principles to Fill Gaps in the CISG” em: Gotanda, J.: *Contract damages: domestic & international perspectives*, Hart Publishing, 2007, Villanova Law, Public Policy Research Paper No. 2007-18, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1019277> (8/11/2021).

HOEDL, C.: “How to market services: advertising, consumer protection and personal data”, *International Business Law Journal*, vol. 1998, n.º 3, 1998, pp. 285 a 316.

HÖRSTER, H. E MOREIRA DA SILVA, E. S.: *A parte geral do Código Civil Português*, 2ª edição, Coimbra, Almedina, 2019, pp. 57 e ss.

HOUSER, K.: “GDPR: The end of Google and Facebook or a New Paradigm in Data Privacy?”, *SSNR*, 2018, p. 6 e ss.. disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3212210 (10/11/2021).

KATZ, J.: "Informed consent – a fairy tale? Law's vision", University of Pittsburgh Law review, vol. 39, n.º 2, 1977, pp. 137 a 174.

KESSLER, F.: "Contracts of Adhesion – Some Thoughts About Freedom of Contract", Columbia Law Review, vol. 43, 1943, pp. 629 a 642.

KORNET, N.: "Evolving General Principles of International Commercial Contracts: The Unidroit Principles and Favor Contractus", Maastricht Faculty of Law Working Paper Series, 2011, disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1756751 (2/11/2021).

LAZARO, C. e METAYER, D.: "Le consentement au traitement des données personnelles. Perspective comparative sur l' autonomie du sujet", Revue Juridique Themis, vol. 48, n.º 3, 2014, p. 810 e ss.

MENEZES CORDEIRO, A.: Tratado de Direito Civil Português. Parte Geral, Tomo I, 4.ª edição, Coimbra, Almedina, 2012, pp. 411 a 427.

MICHAELS, R.: "The UNIDROIT Principles as Global Background Law", Uniform Law Review, vol. 19, n.º 4, 2014, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2502899 (2/11/2021).

MISCENIC, E.; HOFFMANN, A.: "The role of opening clauses in harmonization of Eu law: exemple of the EU's General Data Protection Regulation (GDPR)", EU and Comparative Law Issues and Challenges Series,, vol. 4, 2020, p. 44 a 61.

MORAIS ANTUNES, A., F.: Comentário à lei das cláusulas contratuais gerais – Decreto-lei n.º 446/85, de 25 de outubro, Coimbra, Coimbra editora, 2013.

MOTA PINTO, C. A.: Teoria Geral do Direito Civil, 5ª edição, Coimbra, GestLegal, 2020, pp. 102 e ss.

MOTA PINTO, C.: "Contratos de adesão. Uma manifestação jurídica da moderna vida económica", Revista de Direito e Estudos Sociais, Coimbra, 1973, pp. 119 e ss.

MOURA VICENTE, D.: "A autonomia privada e os seus diferentes significados à luz do direito comparado", Revista de Direito Civil Contemporâneo, vol. 8, ano 3, pp. 275 a 302.

NAVAS NAVARRO, S. e CAMACHO CLAVIJO, S.: "Cookies y tecnologia análoga: publicidade comportamental online y protección de los datos de carácter personal", em Mercado Digital, principios y reglas jurídicas, Valencia, Tirant, 2016, pp. 357 a 378.

OLIVEIRA ANDRADE DE JESÚS, I.: “O direito à proteção de dados e o regime jurídico das transferências internacionais de dados: a proteção viaja com as informações que nos dizem respeito?”, *Anuário de Proteção de Dados, Cedis*, 2018, pp. 71 e ss.

OLIVEIRA ASCENSÃO, J.: “Cláusulas contratuais gerais, cláusulas abusivas e boa-fé”, *Revista da ordem dos advogados*, abo 60, 2000, pp. 573 e ss.

ORTEGA GIMENEZ, A.: “Brexit, relaciones privadas internacionales y protección de datos de carácter personal: ¿dejará de ser el Reino Unido un ‘país seguro?’”, *Anuario español Derecho Internacional Privado*, vol. 19, 2020, pp. 43 a 66.

PALMA ORTIGOSA, A.: “Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea”, *European Journal of privacy law & Technologies*, vol. 2019, n.º 2, 2019, pp. 141 a 153.

PAZ, M.: “A publicitação das sentenças inibitórias de cláusulas contratuais gerais nulas como corolário do princípio da proteção do consumidor”, *Revista do Centro de Estudos Judiciários*, n.º 1, 2013, 2015.

PERILLO, J. M.: “Unidroit Principles of International Commercial Contracts: The Black Letter Text and a Review”, *Fordham Law Review*, vol. 63, n.º 281, 1994, disponível em: <https://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol63/iss2/1> (5/11/2021).

PINTO MONTEIRO, A.: “Contratos de adesão: o regime jurídico das cláusulas contratuais gerais instituído pelo DL 446/85 de 25/10”, *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 46, 1986, pp. 733 e ss.

PINTO MONTEIRO, A.: “O novo regime jurídico dos contratos de adesão/ccg”, *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 62, vol. I, janeiro 2002, pp.111 a 142.

PRATA, A. (coordenação): *Código Civil Anotado*, vol I, 2.ª edição, Coimbra, Almedina, 2019, pp. 503 a 506.

PRATA, A.: *Contratos de adesão e cláusulas contratuais gerais*, Coimbra, Almedina, 2021.

PUERTO, M. I. e SFERRAZZA, T.: “La sentencia Schrems del Tribunal de Justicia de la Unión Europea: un paso firme en la defensa del derecho a la privacidad en el contexto de la vigilancia masiva transnacional”, *Revista Derecho del Estado*, vol. 40, 2018, pp. 209 a 236.

RECIO GAYO, M.: “Nível adequado para transferências internacionais de dados”, *Derecho PUCP*, vol. 83, 2019, p. 207 a 240.

Recomendações 01/2020 relativas às medidas complementares aos instrumentos de transferência para assegurar o cumprimento do nível de proteção dos dados pessoais da EU disponíveis em: https://edpb.europa.eu/sites/default/files/consultation/edpb_recommendations_202001_supplementarymeasurestransferstools_pt.pdf (8/11/2021).

SAUMYA, V.: "UNIDROIT Principles for Interpreting Private Contracts", 2009, disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1438763 (8/11/2021).

SOUSA PINHEIRO, A. (coordenação): Comentário ao Regulamento Geral de Proteção de Dados, Coimbra, Almedina, 2018.

SOUSA PINHEIRO, A.: Privacy e Protecção de Dados Pessoais: A Construção Dogmática do Direito à Identidade Informacional, Lisboa, AAFDL, 2015.

SOUSA RIBEIRO, J.: Cláusulas contratuais gerais e o paradigma do contrato, Coimbra, Coimbra editora, 1990.

SOUSA RIBEIRO, J.: O problema do contrato. As cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual, Coimbra, Coimbra editora, 1990, pp. 585 e ss.

SOUSA RIBEIRO, J.: Responsabilidade e garantia em cláusulas contratuais gerais, Coimbra, Almedina, 2000.

VOGENAUER, S. "Common Frame of Reference and UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts: Coexistence, Competition, or Overkill of Soft Law?", *European Review of Contract Law*, vol. 6, n.º 2, 2010, disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1581352 (14/11/2021).