



**UNIO**  
EU LAW JOURNAL

**O Contencioso da União Europeia e a  
cobrança transfronteiriça de créditos:  
compreendendo as soluções digitais à luz  
do paradigma da Justiça eletrónica europeia  
(e-Justice) - Volume III**

(Coleção UNIO E-book)

**Coordenação Científica**

Joana Covelo de Abreu  
Larissa Coelho  
Tiago Sérgio Cabral



Universidade do Minho



With the support of the  
Erasmus+ Programme  
of the European Union



# INFORMAÇÕES EDITORIAIS

O Contencioso da União Europeia e a cobrança transfronteiriça de créditos:  
compreendendo as soluções digitais à luz do paradigma da Justiça eletrónica  
europeia (e-Justice) - Volume III  
(Coleção UNIO E-book)

Coordenação Científica:  
Joana Covelo de Abreu, Larissa Coelho e Tiago Sérgio Cabral

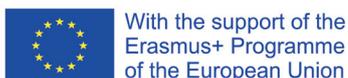
Autores:  
Alessandra Silveira | Anabela Susana de Sousa Gonçalves | Carlos M. G. M. Marinho  
Francisco C. P. Andrade | Francisco Pereira Coutinho | Larissa Coelho  
Leandra Dias | Marco Carvalho Gonçalves | Maria José Costeira  
Pedro Madeira Froufe | Sandra Nunes | Susana Navas Navarro | Tiago Sérgio Cabral

Edição:  
Pensamento Sábio - Associação para o conhecimento e inovação  
Universidade do Minho . Escola de Direito

Este trabalho é financiado ao abrigo do Módulo *Jean Monnet* “eUjust” – *EU Procedure and credits’ claims: approaching electronic solutions under e-Justice paradigm*, com o número 611662-EPP-1-2019-1-PT-EPPJMO-MODULE.

ISBN: 978-989-53342-3-0 | DOI: 10.21814/1822.77932

Braga, maio de 2022



UNIO  
EU LAW JOURNAL



# ÍNDICE

APRESENTAÇÃO .....	4
<i>Pistas de reflexão sobre dados inferidos à luz da jurisprudência do TJUE</i> .....	10
<b>Alessandra Silveira</b>	
<i>Engulhos legislativos na engrenagem da tutela jurisdicional efetiva. “Cláusulas de paridade” e preços fixos, no setor da oferta turística intermediada através de “plataforma eletrónicas”</i> .....	21
<b>Pedro Madeira Froufe</b>	
<i>O reenvio prejudicial e as relações entre o Tribunal de Justiça e os Tribunais Nacionais</i> ..	32
<b>Francisco Pereira Coutinho</b>	
<i>Os recentes desenvolvimentos em matéria de jurisdição por violação transfronteiriça de direitos de personalidade</i> .....	39
<b>Anabela Susana de Sousa Gonçalves</b>	
<i>O procedimento europeu de arresto de contas bancárias</i> .....	49
<b>Carlos Manuel Gonçalves de Melo Marinho</b>	
<i>Os meios alternativos de resolução de litígios online na União Europeia</i> .....	62
<b>Marco Carvalho Gonçalves</b>	
<i>A Inteligência Artificial como facilitador da conformidade demonstrada à luz do RGPD – oportunidades e desafios</i> .....	73
<b>Leandra Dias</b>	
<i>O ELSJ, a eu-LISA e o paradigma da justiça eletrónica</i> .....	87
<b>Larissa Coelho &amp; Sandra Nunes</b>	
<i>A eCuria – enquanto aplicação de tramitação processual junto do TJUE</i> .....	97
<b>Maria José Costeira</b>	
<i>Da assistência à substituição dos advogados – a repercussão da Proposta europeia de Regulamento sobre a Inteligência Artificial no LegalTech</i> .....	106
<b>Susana Navas Navarro</b>	
<i>Assinatura Digital: conceito e riscos futuros</i> .....	122
<b>Francisco C.P. Andrade</b>	
<i>Breve incursão sobre a figura dos Data Intermediation Services e a sua compatibilidade com o RGPD</i> .....	129
<b>Tiago Sérgio Cabral</b>	

## APRESENTAÇÃO

Os textos publicados neste *e-book*, sob o tema “O Contencioso da União Europeia e a cobrança transfronteiriça de créditos: compreendendo as soluções digitais à luz do paradigma da Justiça Eletrónica europeia (*e-Justice*)” correspondem, na sua essência, ao suporte teórico da 3.<sup>a</sup> Edição do Curso Intensivo, promovido sob a forma de *Spring School*, com o mesmo título, que ocorreu nos dias 14 a 18 de março de 2022, na Escola de Direito da Universidade do Minho, em formato *online*.

A publicação desta obra corresponde a um dos objetivos visados no Módulo *Jean Monnet* com o acrónimo “eUjust” e subordinado ao tema “*EU Procedure and credits’ claims: approaching electronic solutions under e-Justice paradigm*”, desenvolvido, na Escola de Direito da Universidade do Minho, de setembro de 2019 a agosto de 2022, com a chancela da Comissão Europeia e do Programa ERASMUS+, que conta com a coordenação científica da Prof. Doutora Joana Covelo de Abreu, Professora da mesma instituição, e integrando, na sua equipa, a Prof. Doutora Alessandra Silveira e o Prof. Doutor Pedro Madeira Froufe.

Neste contexto, o Módulo partiu da sensibilidade auscultada pela equipa que o integra de que, com o estabelecimento de um Mercado Único Digital, a União Europeia começou a votar uma atenção particular às dinâmicas associadas às novas tecnologias de informação e de comunicação ao serviço de uma boa administração da justiça. Na verdade, apesar de se verificarem esforços em equacionar, introdutoriamente, uma justiça eletrónica europeia, que datam, em termos formais, de 2007 (e com o arranque do primeiro Plano Plurianual de Ação, do Conselho, em 2009), a realidade é que esta ganhou novo fôlego e atualidade com a apresentação, em 2019, do Plano e da Estratégia do Conselho sobre justiça eletrónica europeia, a implementar até 2023.

Por outro lado, apesar de a administração da justiça já se encontrar permeada pelas dinâmicas digitais, ainda se regista um insipiente conhecimento das suas potencialidades, dos seus riscos e das suas vantagens, devendo tal equação partir de um fundamento antropológico, aliás, ínsito ao próprio surgimento e desenvolvimento do direito como ciência autónoma.

Por sua vez, também se visa equacionar o direito da União Europeia e, particularmente, o seu Contencioso, numa perspetiva de proximidade, quer perante os alunos, quer perante aqueles que atuam como operadores judiciais e administrativos e como agentes políticos, a fim de conhecerem de que forma a tramitação contenciosa na União Europeia lhes é útil e pode provar-se como uma solução ágil pela sua permeabilidade às novas componentes digitais.

O Contencioso da União Europeia, perspetivado na candidatura (e que se tem vindo a reproduzir nas diversas atividades do Módulo), parte de uma perceção ambiciosa que demanda a sua compreensão em sentido amplo: 1) por um lado, dizendo respeito à tramitação processual perante os tribunais organicamente europeus (onde se incluem o Tribunal de Justiça e o Tribunal Geral, as atuais duas jurisdições que compõem o Tribunal de Justiça da União Europeia, nos termos dos artigos 13.º e 19.º do Tratado da União Europeia e 251.º e seguintes do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia); e 2) por outro lado, englobando a tramitação processual verificada, à luz da autonomia processual dos Estados-Membros, nos tribunais nacionais que, quando chamados a aplicar direito da União, se afiguram como tribunais funcionalmente europeus. No que diz respeito à segunda dimensão, a tramitação associada à cobrança transfronteiriça de créditos já conhece particulares incrementos, tendo merecido o papel

de pano de fundo ao mote alinhavado para o Módulo e para esta 3.<sup>a</sup> Edição do Curso Intensivo (*Spring School*). Neste contexto, coube ainda promover a atualização dos seus conteúdos, de forma a continuar a explorar a resolução alternativa de litígios em linha (ODR – *online dispute resolution*) e a revisitação da proteção de dados pessoais como realidades desenvolvidas ao abrigo do paradigma da justiça eletrónica europeia e, ainda, discutindo as transformações que a digitalização tem vindo a imprimir à prática jurídica. O último dia do evento vocacionou-se a promover uma reflexão a propósito dos desafios associados às novas tecnologias de informação e de comunicação, em modelo de mesas redondas (mais propícias ao debate), tentando vislumbrar como a justiça eletrónica tem vindo a promover uma transformação da prática judiciária e atentando a novas dinâmicas que parecem refletir uma efetiva integração judiciária europeia (esbatendo as diferenças processuais inerentes à cooperação judiciária em matéria civil e comercial), assim como à necessidade de articulação destas matérias com novos e emergentes temas associados à assinatura digital ou ao tratamento de dados pessoais (onde também se abordam os dados inferidos) e os dados não pessoais.

Por sua vez, o facto de o ano de 2022 corresponder à publicação dos resultados da Conferência sobre o Futuro da Europa e de já se encontrar inserido na ambiciosa Década Digital para a União Europeia, vem reforçar a atualidade do mote do Módulo *Jean Monnet “eUjust”*, dando pistas das políticas públicas a implementar, na União Europeia, nos próximos anos, no domínio da justiça, alinhando-se com as prioridades estabelecidas por esta presidência da Comissão Europeia. Afinal, a crise pandémica, que parece estar a ser ultrapassada paulatinamente, colocou a descoberto as finitudes tecnológicas inerentes à administração da justiça, tendo demandado que determinados objetivos prosseguidos no âmbito da justiça eletrónica europeia fossem revisitados e, sobretudo, antecipados, de forma a que as novas tecnologias de informação e de comunicação pudessem desempenhar um efetivo papel ao serviço da tutela jurisdicional efetiva. Por outro lado, a afetação endémica do valor do Estado de direito – particularmente, na sua dimensão associada à independência e imparcialidade judiciárias em alguns Estados-Membros – fez despontar a necessidade de encontrar novas soluções para aumentar a confiança dos particulares na justiça e promover o seu acesso efetivo e irrestrito. Por último, o estabelecimento de metas ambiciosas, até 2030, relativas à literacia digital da população europeia (quer quanto a competências básicas, quer quanto a competências especializadas, apostando num esbatimento do hiato de género entre profissionais de TIC) e à dotação de infraestruturas que afastam a clivagem de acesso à *internet* entre o interior e o litoral e entre agentes económicos e particulares revitalizou a necessidade de equacionar a justiça eletrónica numa nova perspetiva, que demanda a sua regulação jurídica cabal.

Assim, a 3.<sup>a</sup> Edição do Curso Intensivo (seguindo o modelo de uma *Spring School*) foi pensada para dar a conhecer aqueles que são os domínios onde é mais visível este aprofundamento das componentes digitais, vocacionando-se a estudantes (desde a licenciatura ao doutoramento), a operadores judiciários e administrativos e a agentes políticos, na medida em que deve promover-se, na academia, um tratamento das componentes em desenvolvimento – inerentes às políticas públicas emergentes – e a correspondente sensibilização teórica e prática que permita a sua aplicação empírica, nomeadamente por aqueles que laboram na área da justiça e que têm a sua vida impactada, diariamente, por novas realidades tecnológicas.

Os textos que ora se publicam correspondem a artigos preparados pelos oradores que participaram nesta 3.<sup>a</sup> Edição e que comprovam a amplitude de temas tratados,

associando i) investigadores seniores (da Universidade do Minho e de outras universidades nacionais e estrangeiras), ii) jovens investigadores (na medida em que se visa o seu entrosamento, desde cedo, na vida académica pela produção científica de excelência que são capazes de apresentar), iii) juízes (que desenvolvem atividade nos tribunais nacionais e no Tribunal de Justiça da União Europeia), iv) agentes do quadro institucional da União Europeia, v) advogados (atentas as novas leituras realizadas à luz da tutela jurisdicional efetiva, no contexto jurídico da União) e vi) juristas integrados em contexto empresarial. Tal diversidade de oradores só foi possível pelo papel de destaque que a Escola de Direito da Universidade do Minho tem tido no ensino e na investigação do direito da União Europeia em contexto nacional e internacional. Verificam-se, portanto, diferentes aproximações às matérias em apreço, com particular repercussão científica e prática.

Posto isto, os textos são organizados por referência ao programa da 3.<sup>a</sup> Edição do Curso Intensivo, abrindo-se este *e-book* com o contributo de Alessandra Silveira, membro da equipa do Módulo *Jean Monnet* e Professora Associada com Agregação da Escola de Direito da Universidade do Minho. O seu contributo, subordinado ao tema “Pistas de reflexão sobre dados inferidos à luz da jurisprudência do TJUE”, visa abordar “o problema da opacidade das inferências ou predições resultantes da análise de dados por sistemas de inteligência artificial” já que tal poderá, à luz do Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados, subsumir-se à noção de “decisão automatizada”, cujas dúvidas interpretativas ainda se mantêm por não terem sido diretamente dirimidas pelo Tribunal de Justiça.

Pedro Madeira Froufe, membro da equipa do Módulo *Jean Monnet* e Professor da Escola de Direito da Universidade do Minho, é o autor do segundo contributo, subordinado ao tema «Engulhos legislativos na engrenagem da tutela jurisdicional efetiva. “Cláusulas de paridade” e preços fixos, no setor da oferta turística intermediada através de “plataforma eletrónica”». No mesmo, o autor parte das suas sensibilidades quanto ao papel das tecnologias digitais na configuração da “tutela jurisdicional efetiva/efetividade” do direito da integração europeia, especialmente atendendo às próprias dificuldades que se colocarão àquele binómio por conta da produção legislativa, designadamente no que diz respeito aos sistemas normativos de defesa da concorrência.

O terceiro texto, de Francisco Pereira Coutinho, Professor Associado com Agregação da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, aborda o mecanismo do reenvio prejudicial, enquanto “instrumento de colaboração jurisdicional”, que propicia as relações entre o Tribunal de Justiça e os tribunais nacionais. Através deste texto, o autor equaciona o reenvio simultaneamente como um “complexo processo cooperativo que integra [...] os tribunais nacionais” e como “mecanismo indireto de proteção de direitos atribuídos aos particulares”, terminando com uma reflexão a propósito dos reenvios realizados pelos tribunais portugueses, de forma a mensurar de que forma a ordem jurídica portuguesa e os seus tribunais contribuem para o cumprimento do direito da União.

Segue-se o contributo de Anabela Susana de Sousa Gonçalves, Professora Associada da Escola de Direito da Universidade do Minho, abordando “Os recentes desenvolvimentos em matéria de jurisdição por violação transfronteiriça de direitos de personalidade”. Com este capítulo, a autora trata a competência internacional, fixada à luz do artigo 7.º, n.º 2 do Regulamento n.º 1215/2012, em matéria de responsabilidade civil extracontratual de forma a intuir se pedidos relativos a violações

*online* de direitos de personalidade poderiam caber no escopo de tal norma, a partir do esforço interpretativo realizado pelo Tribunal de Justiça em jurisprudência recente sobre a matéria.

Nesta senda, surge o texto de Carlos Manuel Gonçalves de Melo Marinho, Juiz Desembargador no Tribunal da Relação de Lisboa, que se debruça sobre o procedimento europeu de arresto de contas bancárias. Através do seu contributo, o autor analisa o Regulamento n.º 655/2014 (que estabelece um procedimento de decisão europeia de arresto de contas para facilitar a cobrança transfronteiriça de créditos em matéria civil e comercial), reputando o procedimento nele insito como «um mecanismo expedito, de natureza “cautelar” e monofocado – porque apontado a uma vertente exclusiva do património dos devedores (as contas bancárias)». Posto isto, o autor explicita, entre outros, a génese do Regulamento, o seu fundamento jurídico, a sua finalidade específica, o seu funcionamento, o seu carácter transfronteiriço e as dinâmicas que simultaneamente asseguram o direito à ação do credor e os direitos de defesa do devedor.

O próximo capítulo é da autoria de Marco Carvalho Gonçalves, Professor da Escola de Direito da Universidade do Minho e seu Vice-Presidente, subordinado ao tema “Os meios alternativos de resolução de litígios online na União Europeia”. Aqui, o autor promove uma análise pormenorizada e pedagógica dos mecanismos de resolução alternativa de litígios em linha (os mencionados ODR) no contexto da ordem jurídica europeia, atendendo ao facto de o exercício das liberdades de circulação ter determinado o surgimento de litígios plurilocalizados para os quais a resolução pelos meios tradicionais encontrava diversas dificuldades e obstáculos. É, assim, relevante a crescente e progressiva implementação de meios alternativos de resolução de litígios na União Europeia, especificamente aqueles que ocorrem em linha, de forma a assegurar uma tutela jurisdicional efetiva. No contributo em referência, o autor analisa alguns dos principais instrumentos de resolução alternativa de litígios (mediação, resolução alternativa de litígios familiares, resolução alternativa de litígios de consumo) para, num segundo momento, destacar os problemas e desafios emergentes do contexto digital.

Leandra Dias, jurista na *PRIMAVERA Business Software Solutions*, apresenta um capítulo subordinado ao tema “A Inteligência Artificial como facilitador da conformidade demonstrada à luz do RGPD – oportunidades e desafios”. A partir da convicção que a inteligência artificial “convive connosco em todos os aspetos da nossa vida (profissional e pessoal”, dominando a atualidade, a autora considera fundamental que seja transportada “para o âmbito de conformidade com o Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados”, visando equacionar oportunidades, desafios e ameaças associados ao uso da inteligência artificial, por referência àquela que foi a “resposta europeia”.

Subordinado ao tema “O Espaço de liberdade, segurança e justiça, a eu-LISA e o paradigma da Justiça eletrónica europeia”, o capítulo seguinte surge da colaboração entre Larissa Coelho, Docente da Escola de Direito da Universidade do Minho, e Sandra Nunes, Chefe de Gabinete da Agência da União Europeia para a Gestão Operacional de Sistemas Informáticos de Grande Escala no Espaço de Liberdade, Segurança e Justiça (eu-LISA). Assim, partindo de uma reflexão atualística do Espaço de liberdade, segurança e justiça, equaciona-se o papel da eu-LISA na sua consecução, assim como a assunção de novas competências para esta agência europeia em função do fenómeno da justiça eletrónica europeia. O contributo, apesar de passar em revista as várias dimensões que hoje demandam a intervenção da eu-LISA, focaliza-se em duas ferramentas – o e-CODEX e o ECRIS-TCN – como as manifestações mais visíveis do paradigma da justiça eletrónica.

Ainda a propósito de plataformas/infraestruturas digitais ao serviço da justiça e da tramitação processual, encontramos o texto de Maria José Costeira, Juiz Conselheira do Tribunal Geral (Tribunal de Justiça da União Europeia), intitulado “A *eCuria* – enquanto aplicação de tramitação processual junto do TJUE”, onde a autora demonstra, em primeiro lugar, os riscos e as potencialidades das novas tecnologias de informação e de comunicação ao serviço da justiça e, num segundo momento, sublinha de que forma a aplicação *eCuria* – implementada perante as jurisdições do Tribunal de Justiça da União Europeia – funciona, avançando, empiricamente, o seu impacto na tramitação processual do Tribunal de Justiça da União Europeia quando se encontram volvidos cerca de 4 anos das últimas alterações implementadas, concluindo que “o balanço é francamente positivo” já que “a existência de um único meio de transmissão de dados entre as partes e o Tribunal permitiu introduzir uma dose de racionalização no tratamento dos atos do processo que aumento a eficiência e eficácia do trabalho da secretária”. Quanto ao futuro, a autora avança algumas soluções empíricas fundamentais “para aproximar o Tribunal das partes e dos seus representantes”.

Encontramos, posteriormente, o capítulo da autoria de Susana Navas Navarro, Professora Catedrática de Direito Civil da Universidade Autónoma de Barcelona – Espanha, que aborda o tema “Da assistência à substituição dos advogados – a repercussão da Proposta europeia de Regulamento sobre a Inteligência Artificial no *LegalTech*”. Com o seu contributo, a autora traça as transformações que o exercício da prática jurídica – mormente realizada por advogado – atravessa com o surgimento de tecnologias “inteligentes”. Como a própria identifica, já se encontram disponíveis, no mercado, ferramentas tecnológicas que os consumidores e utilizadores finais podem usar, determinando que dados setores sociais – que, até aqui, viam como quase inviável o acesso aos tribunais – possam aceder à justiça a baixo custo ou, inclusivamente, de forma gratuita. Neste seu contributo, a autora faz ainda incursões muito significativas a propósito da proposta de Regulamento relativo à inteligência artificial, nomeadamente quanto às dinâmicas associadas à boa administração da justiça.

Seguidamente, Francisco C. P. Andrade, Professor da Escola de Direito da Universidade do Minho e Diretor do seu Mestrado em Direito & Informática, promove uma incursão ao tema da “Assinatura Digital: conceito e riscos futuros”. Aqui, o autor começa por distinguir os conceitos de assinatura eletrónica e de assinatura digital de forma a perceber como os mesmos acarretam desafios presentes e futuros. Quanto aos riscos – designadamente futuros –, o autor realça que o paradigma associado poderá “estar em risco de ser comprometido devido a desenvolvimentos no campo da criptografia quântica” já que, apesar de não perceber a sua utilização generalizada, reconhece que pode “criar desigualdades evidentes entre indivíduos, entre indivíduos e empresas, e mesmo entre estados”, equacionando a necessidade da sua regulação e se “o atual sistema técnico e legal que sustenta a utilização dos serviços de identificação eletrónica, tal como enunciados no Regulamento eIDAS [...]” subsistirá.

Por último, encontramos o contributo de Tiago Sérgio Cabral, Docente da Escola de Direito da Universidade do Minho e Advogado na Sociedade de Advogados *Cuatrecasas*. Neste texto, o Autor reflete acerca da figura dos *Data Intermediation Services* criada pelo Data Governance Act à luz daquilo que são as regras vigentes a nível de proteção de dados pessoais, nomeadamente o Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados. Partindo da precedência legalmente consagrada das normas de proteção de dados sobre as disposições da nova legislação, o texto propõe um conjunto de soluções interpretativas de forma a permitir a interpretação coerente dos

diplomas em questão e a prossecução, da forma mais ampla possível, dos objetivos do legislador da União.

À presente obra associa-se uma outra, também em formato virtual, que compreende contributos de jovens investigadores que participaram ativamente na Mesa Redonda, promovida no dia 16 de março de 2022, onde aqueles puderam colher importantes considerações aos seus textos agora levados ao prelo.

Posto isto, qualquer projeto científico e pedagógico nada seria sem os afetos. Por isso, este *e-book* é dedicado a todos os alunos que se entusiasмам pela discussão proficiente de novas realidades e paradigmas e que desafiam diariamente as equipas docentes. Sem o seu ânimo, as sensibilidades científicas não seriam desenvolvidas com tanto sentido de entrega académica.

Por fim (*the last but not the least*), cabe dedicar este *e-book* às Ex.mas Sras. Dras. Isabel Henriques e Célia Rocha pela criteriosa gestão financeira deste Módulo. Nas suas pessoas estende-se o reconhecimento a todos os funcionários da Escola de Direito da Universidade do Minho por todo o apoio prestado.

*Joana Covelo de Abreu*

*Larissa Coelho*

*Tiago Sérgio Cabral*

## Pistas de reflexão sobre dados inferidos à luz da jurisprudência do TJUE

*Alessandra Silveira\**

Este texto suscita o problema da opacidade das inferências ou predições resultantes da análise de dados por sistemas de inteligência artificial (IA) – inferências cuja aplicação às situações quotidianas determinam como cada um de nós, enquanto titulares de dados pessoais, somos vistos e avaliados por outrem. A definição de perfis é frequentemente utilizada para efetuar tais predições sobre os indivíduos – e pode dar origem (ou não) a decisões automatizadas na aceção do RGPD. O perfil implica a recolha de informações sobre uma pessoa e a avaliação das suas características ou dos seus padrões de comportamento, a fim de a inserir em determinada categoria ou grupo e daí extrair uma inferência ou predição – seja da sua capacidade para executar uma tarefa, dos seus interesses, ou do seu comportamento presumível.<sup>1</sup>

Nesta medida, tais inferências automatizadas demandam proteção enquanto dados pessoais inferidos,<sup>2</sup> pois também permitem identificar alguém por associação de conceitos, características ou conteúdos. O busílis reside no facto de perdermos crescentemente o controlo sobre tais inferências automatizadas – e, nesta medida, o controlo sobre como somos vistos e avaliados por outrem.<sup>3</sup> O artigo 22.º RGPD contempla uma proibição geral de decisões exclusivamente automatizadas, incluindo a definição de perfis – mas as suas disposições suscitam dúvidas à doutrina, ainda não esclarecidas pelo Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE).

A definição de perfis e as decisões automatizadas são suscetíveis de gerar riscos significativos para os direitos e as liberdades das pessoas – o que exige garantias adequadas. As operações que resultam na definição de um perfil são pouco transparentes

---

\* Professora Auxiliar da Escola de Direito da Universidade do Minho, coordenadora do Módulo Jean Monnet *eUjust*, investigadora do Centro de Investigação em Justiça e Governança – JusGov.

<sup>1</sup> Grupo de Trabalho do Artigo 29.º para a Proteção de Dados (GT29), *Orientações sobre as decisões individuais automatizadas e a definição de perfis para efeitos do Regulamento (UE) 2016/679*, adotadas em 3 de outubro de 2017 (com a última redação revista e adotada em 6 de fevereiro de 2018). As Orientações do GT29 não são vinculativas, mas representam a opinião partilhada das várias autoridades de controlo da proteção de dados na União Europeia, tendo um carácter persuasivo sobre os tribunais e inclusivamente sobre o TJUE. O GT29 (assim chamado por ter sido instituído ao abrigo do então artigo 29.º da Diretiva 95/46 que antecedeu o RGPD) cessou funções a 25 de maio de 2018 com o início da aplicação do RGPD. Foi sucedido funcionalmente pelo atual Comité Europeu para a Proteção de Dados – cuja missão principal é garantir a aplicação efetiva e coerente do RGPD e restantes instrumentos legislativos da União em matéria de proteção de dados.

<sup>2</sup> *Idem*, onde se reconhece como dados pessoais também os dados obtidos ou inferidos, tais como um perfil da pessoa, para daí inferir uma pontuação de crédito, por exemplo.

<sup>3</sup> A propósito, alguma doutrina reivindica um “*right on how to be seen*”. Cf. Sandra Wachter e Brent Mittelstadt, “A right to reasonable inferences: re-thinking data protection law in the age of big data and AI”, *Columbia Business Law Review*, v. 2 (2019).

– e o titular dos dados habitualmente não sabe que está a ser definido o seu perfil nem percebe aquilo que está em causa. A definição de perfis é suscetível de perpetuar os estereótipos existentes e promover a segregação social. Pode igualmente amarrar o indivíduo a uma categoria específica e limitá-lo às preferências sugeridas, pondo assim em causa a sua liberdade de escolha quanto a produtos ou serviços. Em certos casos, a definição de perfis é suscetível de resultar em predições imprecisas; noutros casos, é passível de redundar numa negação de bens e serviços e numa discriminação injustificada.

O artigo 4.º, n.º 4 RGPD define perfis como “*qualquer forma de tratamento automatizado de dados pessoais que consista em utilizar esses dados pessoais para avaliar certos aspetos pessoais de uma pessoa singular, nomeadamente para analisar ou prever aspetos relacionados com o seu desempenho profissional, a sua situação económica, saúde, preferências pessoais, interesses, fiabilidade, comportamento, localização ou deslocações.*” Esta definição refere “qualquer forma de tratamento automatizado” – e não um tratamento “exclusivamente” automatizado, como plasmado no artigo 22.º RGPD. Daqui decorre que a problemática da definição de perfis não se esgota no artigo 22.º RGPD, pois esta disposição diz respeito apenas às decisões exclusivamente automatizadas, ou seja, decisões adotadas através de meios tecnológicos sem intervenção humana relevante.<sup>4</sup> Assim, pode haver decisões com base na definição de perfis que não sejam exclusivamente automatizadas.

Mais: as decisões automatizadas podem ser realizadas com ou sem definição de perfis; e a definição de perfis pode ocorrer sem serem realizadas decisões automatizadas. Donde, há perfis que não dão azo a uma decisão exclusivamente automatizada contestável à luz do artigo 22.º RGPD – e merecem idêntica proteção. Um exemplo facultado pelo GT29 ajuda a compreender a distinção entre definição de perfis e decisões automatizadas. A aplicação de coimas por excesso de velocidade com base exclusivamente em provas obtidas através de radares de velocidade constitui um processo de decisão automatizada que não implica necessariamente uma definição de perfis. No entanto, passaria a constituir uma decisão tomada com base na definição de perfis se os hábitos de condução do indivíduo fossem controlados ao longo do tempo e, por exemplo, se o montante da coima aplicada resultasse de uma avaliação que tivesse em conta outros fatores, como a reincidência ou não do excesso de velocidade ou o facto de o condutor ter incorrido recentemente em infrações rodoviárias.

O certo é que a proteção dos indivíduos em face de inferências ou predições produzidas de forma automatizada ainda está em construção na UE. Segundo o GT29, o RGPD introduz disposições destinadas a garantir que a definição de perfis e as decisões automatizadas (independentemente de incluírem ou não a definição de perfis) não produzam um impacto injustificado nos direitos das pessoas. Nesta medida, para o GT29 o RGPD seria aplicável não só à recolha de dados para fins de criação de perfis, bem como à aplicação desses perfis aos indivíduos. Ou seja, a definição de perfis envolveria três fases distintas: i) recolha de dados; ii) análise automatizada para identificar correlações; e iii) aplicação das correlações a uma pessoa no sentido de identificar características comportamentais presentes ou futuras. Se porventura houvesse decisões individuais automatizadas com base na definição de perfis, essas também estariam sujeitas ao RGPD – fossem exclusivamente automatizadas ou não. Isto é, para

---

<sup>4</sup> Grupo de Trabalho do Artigo 29.º para a Proteção de Dados (GT29), Orientações sobre as decisões individuais automatizadas e a definição de perfis para efeitos do Regulamento (UE) 2016/679, adotadas em 3 de outubro de 2017 (com a última redação revista e adotada em 6 de fevereiro de 2018).

o GT29, o perfil não se limita à mera categorização do indivíduo, integrando também as inferências e predições sobre o mesmo.

Ainda segundo o GT29, as decisões automatizadas podem basear-se em qualquer tipo de dados, sejam: i) dados fornecidos diretamente pela pessoa (tais como respostas a um questionário relativas ao nome, endereço postal, *e-mail*, etc.); ii) dados observados acerca da pessoa (tais como dados de localização recolhidos por meio de uma aplicação a que a pessoa acedeu); iii) dados obtidos ou inferidos (tais como um perfil da pessoa criado para os efeitos de uma pontuação de crédito). Isto releva para o argumento esgrimido neste texto, segundo o qual as inferências ou predições resultantes da análise de dados por algoritmos de aprendizagem – ou seja, inferências cuja aplicação às situações quotidianas determinam como cada um de nós, enquanto titulares de dados pessoais, somos vistos e avaliados por outrem – merecem proteção enquanto dados pessoais inferidos.

Todavia, e apesar do louvável esforço exegético levado a cabo pelo GT29 – segundo o qual o RGPD aplicar-se-ia a *todas as definições de perfis e decisões individuais automatizadas*, quer se baseiem em dados fornecidos, dados observados ou dados inferidos –, o certo é que a efetividade da aplicação do RGPD aos dados inferidos enfrenta vários obstáculos. Assim o é, basicamente, porque o RGPD foi pensado para os dados fornecidos diretamente pelo titular e não para dados inferidos por sistemas de IA.

A ausência de densificação jurisprudencial por parte do TJUE sobre dados pessoais inferidos – especialmente sobre as disposições do artigo 22.º RGPD – impede-nos de saber se as sugestões do GT29 teriam acolhimento por parte daquele Tribunal. De resto, a ausência de litigância nos tribunais nacionais – que dê azo à interpretação do direito da União aplicável em sede de reenvio prejudicial – revela a pouca atenção ainda dispensada ao tema dos dados inferidos. Contudo, diante dos crescentes riscos advindos da análise de dados por algoritmos de aprendizagem, não é razoável que as inferências prossigam como o “parente pobre” da proteção de dados pessoais. Já não basta atribuir ao titular algum controlo sobre os seus dados de entrada – cujo tratamento na Internet consiga porventura gerir via informação, acesso, retificação, oposição, ou apagamento –, quando os dados de saída são crescentemente envolvidos em grande incógnita.

Cumpre-nos, portanto, explorar algumas pistas de reflexão a partir da jurisprudência do TJUE, tendentes a equacionar soluções para as inquietações que nos assaltam sobre dados inferidos. A evolução da jurisprudência do TJUE relativa ao acesso e retificação de dados pessoais, por exemplo, indicia que o Tribunal se vai gradativamente apercebendo das fragilidades normativas quanto à proteção de dados inferidos. Dois acórdãos relevantes têm sido perscrutados pela doutrina,<sup>5</sup> a fim de perspetivar os futuros desenvolvimentos do TJUE sobre dados inferidos, ainda que os acórdãos em questão não digam respeito a operações automatizadas.

O primeiro deles seria o acórdão *YS*,<sup>6</sup> relativo à possibilidade de acesso do titular dos dados à análise jurídica preparatória de uma decisão. Estava em causa a recusa das autoridades neerlandesas em comunicar a nacionais de países terceiros uma cópia de um documento administrativo elaborado antes da adoção das decisões sobre pedidos de autorização de residência (os motivos que fundamentam um projeto de decisão;

<sup>5</sup> Sandra Wachter e Brent Mittelstadt, “A right to reasonable inferences: re-thinking data protection law in the age of big data and AI”, *cit.*

<sup>6</sup> Acórdão *YS*, de 17 de julho de 2014, processos apensos C-141/12 e C-372/12, ECLI:EU:C:2014:2081.

uma minuta preparatória ou apreciação prévia).<sup>7</sup> O TJUE foi confrontado com a questão de saber se os dados relativos ao requerente da autorização de residência e a análise jurídica contidos na minuta preparatória constituiriam dados pessoais. Os Governos helénico, austríaco e português – bem como a Comissão Europeia – consideraram que, na medida em que a análise jurídica se refere a uma pessoa singular concreta e se baseia na sua situação e nas suas características individuais, seria um dado pessoal. E os requerentes consideravam que assim também seria no caso de uma interpretação abstrata, se fosse determinante para a apreciação do pedido de autorização de residência e aplicada no caso concreto.<sup>8</sup>

Este acórdão releva para o nosso objeto de estudo porque o TJUE foi confrontado com o estatuto jurídico de análises ou apreciações – e não propriamente com dados pessoais verificáveis como seriam, por exemplo, as impressões digitais. Saber se uma análise jurídica é um dado pessoal pode relevar para o estatuto jurídico das inferências, pois uma análise jurídica acarreta um resultado – por exemplo, o requerente não preenche os requisitos da autorização de residência – e, nesta medida, seria comparável a uma análise de dados da qual resulta uma predição. Pese embora a questão prejudicial pudesse ter sido mais rigorosa – na medida em que uma análise jurídica está porventura mais próxima de um tratamento de dados do qual deriva uma inferência aplicável ao titular – a resposta do TJUE interessa para as nossas inquietações sobre dados inferidos.

A Advogada-Geral Eleanor Sharpston equacionou se a análise jurídica em causa seria uma forma de tratamento abrangida pela Diretiva 95/46 – e concluiu que não, por tratar-se de um processo inteiramente controlado por uma intervenção humana concreta, através da qual os dados pessoais (desde que relevantes para a análise jurídica) são avaliados, qualificados em termos jurídicos e submetidos à aplicação do direito, e pela qual é tomada uma decisão sobre uma questão de direito. Ou seja, para a Advogada-Geral, a análise jurídica em causa não seria uma forma de tratamento regulada pela Diretiva 95/46 por não se tratar de um processo automatizado nem se destinar à inclusão de dados num ficheiro: “*Mesmo que fosse considerada uma forma de tratamento, a análise jurídica não é automatizada, nem se apresenta sob a forma de um ficheiro manual de dados pessoais*”. Mas então em que formato foram registados os dados pessoais, num papiro? De qualquer forma, para a solução das inquietações que nos assaltam, importa que a análise de dados que origina inferências individualizáveis é, inequivocamente, automatizada.

Entretanto, duas observações da Advogada-Geral Sharpston suscitam-nos perplexidades que relevam para o nosso objeto de estudo. Partindo do entendimento de que o tratamento envolve “qualquer operação ou conjunto de operações” efetuadas sobre os dados por uma entidade identificada, a Advogada-Geral conclui que tais operações envolvem uma ação que é realizada em relação aos dados pessoais, “*mas sem a apreciação dos dados que é inevitável na análise jurídica*”. Então a apreciação de dados pessoais não integra o entendimento de operações de tratamento? Ademais, a Advogada-Geral defende que o então artigo 12.º da Diretiva 95/46 (hoje artigo 15.º

<sup>7</sup> A minuta em questão contém os dados relativos ao requerente como o nome, a data de nascimento, a nacionalidade, o sexo, a etnia, a religião e a língua; dados relativos aos antecedentes do processo; elementos relativos às declarações feitas e às peças apresentadas pelo requerente; as disposições jurídicas aplicáveis e, por último, uma apreciação dos elementos já referidos relativamente às disposições jurídicas aplicáveis. Essa apreciação designa-se “análise jurídica”. Cf. Acórdão *YS*, *cit.*, considerando 14.

<sup>8</sup> *Ibidem*, considerando 35.

RGPD) permitiria “o acesso a dados pessoais enquanto tais, mas não ao seu tratamento ou à sua forma tratada”. Então o titular dos dados não tem acesso à forma de tratamento e ao resultado da operação.<sup>9</sup>

De qualquer forma, tendo em conta a formulação das questões prejudiciais, estava em causa saber se a análise jurídica que figura na minuta é um dado pessoal, e se a Diretiva 95/46 permitia invocar o direito de acesso à análise jurídica contida na minuta. O TJUE tinha aqui três hipóteses: i) a análise jurídica e as inferências nela produzidas seriam dados pessoais?; ii) o resultado ou a inferência sobre um indivíduo resultante de uma análise seria um dado pessoal?; iii) a decisão ou ação consequente seria um dado pessoal?<sup>10</sup>

O TJUE entendeu que as informações pessoais do requerente que constam numa minuta seriam dados pessoais. Contudo, ao contrário dos dados relativos ao requerente, a análise jurídica que figura numa minuta, embora possa conter dados pessoais, não constitui em si mesma um dado pessoal.<sup>11</sup> Ou seja, o TJUE eliminou a primeira hipótese formulada *supra*, sem distinguir entre a análise jurídica e as inferências resultantes do processo, deixando a segunda hipótese formulada *supra* em aberto. Uma pista de reflexão a explorar seria a distinção aventada pela Advogada-Geral Eleanor Sharpston entre análise médica e resultados – em nota de rodapé, é certo, e sem ter sido considerada no acórdão.<sup>12</sup> Segundo a distinção que a Advogada-Geral foi buscar ao GT29 – que qualifica os resultados de uma análise médica como dados pessoais –, a análise médica não equivaleria à inferência, e sim ao raciocínio ou à lógica que conduz à inferência. Nesta medida, o raciocínio que conduz a uma inferência seria um processo cognitivo que produz um resultado. Fica, contudo, por saber se o raciocínio desenvolvido numa análise jurídica também envolve a produção de inferências sobre o requerente num caso concreto. O próprio GT29 deixa em aberto se o raciocínio e o processo do qual resulta uma inferência seria um dado pessoal.

De qualquer forma, para a Advogada-Geral Sharpston, a análise jurídica é o raciocínio subjacente à decisão de uma questão de direito.<sup>13</sup> Argumenta que uma análise jurídica não abstrata (como aquela cujo acesso era solicitado pelos requerentes no processo *YS*) envolve sim a qualificação jurídica de factos relativos a uma pessoa identificada ou identificável (ou a um evento que envolva essas pessoas) e a sua apreciação no contexto da lei aplicável. Mas Eleanor Sharpston não se revelou convencida de que a definição “qualquer informação relativa a uma pessoa singular identificada ou identificável” constante da Diretiva 95/46 devesse ser interpretada de forma tão ampla que abrangesse todo o conteúdo comunicável onde se insiram factos relativos às pessoas em causa. Nesta medida, conclui que só poderiam ser dados pessoais as informações relativas a factos sobre um indivíduo. Apenas pelo facto de existir, uma análise jurídica não seria um tal facto. Assim, para a Advogada-Geral, o endereço de uma pessoa seria um dado pessoal, mas uma análise do seu domicílio para fins legais, por exemplo, não o é.

Importa, contudo, notar que a Advogada-Geral não excluiu a possibilidade de que as apreciações e os pareceres possam por vezes ser qualificados como dados,

<sup>9</sup> Cf. conclusões da Advogada-Geral Eleanor Sharpston apresentadas em 12 de dezembro de 2013, processos apenas C-141/12 e C-372/12, ECLI:EU:C:2013:838, considerandos 61-66.

<sup>10</sup> Sandra Wachter e Brent Mittelstadt, “A right to reasonable inferences: re-thinking data protection law in the age of big data and AI”, *cit.*

<sup>11</sup> Acórdão *YS*, *cit.*, considerando 45.

<sup>12</sup> Cf. conclusões da Advogada-Geral Eleanor Sharpston, *cit.*, rodapé 40.

<sup>13</sup> *Ibidem*, considerando 59.

deixando aberta a possibilidade de evolução da jurisprudência do TJUE, como veremos seguidamente. Segundo explica a Advogada-Geral, os factos podem ser expressos de diferentes formas, algumas das quais resultam da apreciação do que é identificável. Por exemplo, o peso de uma pessoa pode ser expresso objetivamente em quilos ou em termos subjetivos como “subnutrido” ou “obeso”. Contudo, tendo em conta as circunstâncias o caso concreto, entendeu que os passos do raciocínio pelos quais se chega à conclusão de que essa pessoa é “subnutrida” ou “obesa” não são factos, tal como não o é a análise jurídica.<sup>14</sup>

Do exposto decorre que tanto as conclusões da Advogada-Geral como o acórdão *YS* seriam hoje dissonantes das orientações que foram sendo adotadas pelo GT29 em consonância com a evolução do direito à proteção de dados. Da leitura de tais orientações decorre que dados pessoais não se limitam a “fatos sobre um indivíduo” identificado ou identificável, pois dados que avaliam o titular dos dados ou resultados que afetem o titular dos dados também são considerados dados pessoais – e isto independentemente da verificabilidade dos factos em que tais opiniões e avaliações se baseiem.

Outra dimensão relevante deste acórdão para o nosso objeto de estudo prende-se com o propósito da proteção de dados acolhido pelo TJUE – que acabaria por não incluir a aferição da razoabilidade do processo decisório envolvendo dados pessoais. No entendimento do TJUE, alargar o direito de acesso do requerente da autorização de residência à análise jurídica do seu caso não serviria aos objetivos do direito à proteção de dados e sim do direito de acesso aos documentos administrativos.<sup>15</sup> Isto porque a proteção de dados não se destina a assegurar a transparência do processo decisório das autoridades públicas nem promover boas práticas administrativas ao facilitar o exercício do direito de acesso aos documentos.<sup>16</sup> De resto, a Advogada-Geral já havia esgrimido argumento similar a propósito da tutela jurisdicional efetiva. Como alguns dos requerentes não tinham sido informados dos motivos pelos quais lhes foram concedidas autorizações de residência temporária, a Advogada-Geral ressaltou que conhecer exatamente quais foram as circunstâncias relevantes para a decisão tomada é um interesse válido, mas o direito da União que regula a proteção dos dados pessoais não o faria, tendo objetivos diferentes.<sup>17</sup>

Nesta senda, para que se satisfaça esse direito de acesso, entendeu o TJUE que basta fornecer ao requerente da autorização de residência uma descrição completa dos seus dados sob forma inteligível, isto é, uma forma que lhe permita tomar conhecimento desses dados e verificar que são exatos e tratados em conformidade com a então Diretiva 95/46.<sup>18</sup> O interessado não poderia retirar do direito de acesso previsto na Diretiva 95/46 nem do artigo 8.º, n.º 2 CDFUE o direito de obter uma cópia do documento ou do ficheiro original em que esses dados figuram.<sup>19</sup>

Esta interpretação seria particularmente difícil de sustentar ao abrigo das obrigações de acesso que atualmente resultam do RGPD à luz do princípio da transparência. De qualquer forma, se a aplicarmos ao nosso objeto de estudo, então tropeçaríamos num obstáculo considerável. Ora, excluir o acesso e a retificação do âmbito de proteção de dados inferidos – bem como admitir a suficiência de uma descrição inteligível da operação

---

<sup>14</sup> *Ibidem*, considerando 49-58.

<sup>15</sup> Acórdão *YS*, *cit.*, considerando 46.

<sup>16</sup> *Ibidem*, considerando 47.

<sup>17</sup> Cf. conclusões da Advogada-Geral Eleanor Sharpston, *cit.*, considerando 36.

<sup>18</sup> Acórdão *YS*, *cit.*, considerando 59.

<sup>19</sup> *Ibidem*, considerando 58.

automatizada que originou a inferência – obstaculiza a possibilidade de que os titulares dos dados avaliem a lógica subjacente à operação, bem como o impacto potencial das inferências e decisões adotadas a partir delas, a menos que outra legislação setorial que não a proteção de dados o permita.

Não será por outra razão que o artigo 15.º, n.º 1, h) RGPD hoje prevê o direito de aceder a informações “úteis” (“*meaningful*” na língua inglesa em que foi negociado o RGPD, e que se impõe em caso de dúvida interpretativa – isto é, significativas, substanciais, relevantes, profundas) relativas à lógica subjacente de “decisões automatizadas, incluindo a definição de perfis, referida no artigo 22.º, n.º 1 e 4”, bem como a importância e as consequências previstas de tal tratamento para o titular dos dados. De qualquer forma, a referência do legislador ao artigo 22.º (decisões exclusivamente automatizadas) e apenas ao seus n.º 1 e n.º 4 (que preveem situações em que as decisões exclusivamente automatizadas estariam proibidas) pode ter um efeito prático bastante restrito (pois deixa aparentemente de fora o universo das exceções previstas no artigo 22.º, n.º 2: necessidade contratual, autorização pelo direito da União e dos Estados-Membros, consentimento explícito do titular), razão pela qual a proteção mais abrangente perfilhada pelo GT29 quanto à proteção de todos os perfis e todas as decisões automatizadas à luz do RGPD seria bem-vinda.

Assim, comparativamente à sua jurisprudência posterior – e para os efeitos da proteção de dados inferidos que nos ocupa –, diríamos que no acórdão *YS* o TJUE adotou um entendimento limitado do âmbito de aplicação da proteção de dados, especialmente no que tange ao acesso aos dados e a sua retificação. Deste acórdão não resultaria qualquer abertura a que o direito à proteção de dados permitisse escrutinar a razoabilidade das operações através das quais uma inferência é produzida.

O alcance dos direitos de acesso e de retificação de dados voltou a ser apreciado pelo TJUE no acórdão *Novak* – a propósito de opiniões, apreciações, avaliações, anotações que relevam para a proteção de dados inferidos –, mas agora dando um salto qualitativo quanto ao nosso objeto de estudo. O reenvio prejudicial foi apresentado no âmbito de um litígio entre o contabilista estagiário Novak e o comissário irlandês para a proteção de dados, a propósito da recusa de acesso do requerente a um exame profissional já corrigido em que era candidato, alegadamente porque as informações aí contidas não constituíam dados pessoais.<sup>20</sup> Estava em causa saber se as respostas escritas dadas por um candidato durante um exame profissional, bem como as eventuais anotações do examinador com elas relacionadas, constituem ou não dados pessoais.

O TJUE entendeu que ambos seriam dados pessoais. Segundo a interpretação do TJUE, a expressão “qualquer informação” da definição de “dado pessoal” [artigo 2.º, alínea a), da Diretiva 95/46] refletia o objetivo de atribuir um sentido amplo àquele conceito, não o limitando às informações sensíveis ou de ordem privada,<sup>21</sup> mas sim englobando potencialmente qualquer tipo de informações, tanto objetivas como subjetivas, sob forma de opiniões ou de apreciações que digam respeito à pessoa em causa.<sup>22</sup> A condição de “dizer respeito” estaria preenchida quando, devido ao seu *conteúdo*, à sua *finalidade* ou ao seu *efeito*, a informação estiver relacionada com uma pessoa determinada.

<sup>20</sup> Acórdão *Nowak*, de 20 de dezembro de 2017, proc. C-434/16, ECLI:EU:C:2017:994.

<sup>21</sup> Vale notar como neste acórdão o TJUE ressalta o entendimento que está na base da autonomização do direito à proteção de dados relativamente ao direito à vida privada – isto é, dados pessoais não se limitam a informações de ordem privada.

<sup>22</sup> Acórdão *Nowak*, *cit.*, considerando 34.

Nesta medida, o TJUE concluiu que: i) o *conteúdo* das respostas refletia o nível de conhecimento e de competência do candidato num dado domínio, bem como, sendo caso disso, o seu processo de reflexão, o seu julgamento e o seu espírito crítico – e, no caso de exames redigidos à mão, as respostas contêm, além disso, informações respeitantes à sua caligrafia; ii) a recolha das referidas respostas tinha como *finalidade* avaliar as capacidades profissionais do candidato e a sua aptidão para exercer a profissão em causa; e iii) a utilização dessas informações, que se traduzia, designadamente, pela aprovação ou reprovação do candidato no exame em causa, era suscetível de ter um *efeito* nos seus direitos e interesses, na medida em que podia determinar ou influenciar, por exemplo, as suas possibilidades de acesso à profissão ou ao emprego pretendidos.<sup>23</sup>

No que respeita às anotações do examinador relativas às respostas do candidato, o TJUE entendeu que o *conteúdo* dessas anotações refletia a opinião ou a apreciação do examinador quanto à prestação individual do candidato no exame e, designadamente, quanto aos seus conhecimentos e às suas competências no domínio em causa. Além disso, as referidas anotações tinham precisamente como *finalidade* documentar a avaliação feita pelo examinador da prestação do candidato e são suscetíveis de produzir *efeitos* na sua esfera jurídica.<sup>24</sup>

Assim, o TJUE entendeu que os exames destinam-se a determinar e a documentar a prestação de um indivíduo. Nesta medida, a conclusão de que as respostas escritas dadas por um candidato num exame profissional “constituem informações que dizem respeito” a esse candidato “*devido ao seu conteúdo, à sua finalidade e ao seu efeito*” seria válida igualmente quando se tratasse, como no caso em apreço, de um exame com consulta.<sup>25</sup> E a conclusão de que as anotações do examinador relativas às respostas dadas pelo candidato no exame constituem informações que, devido ao seu conteúdo, à sua finalidade e ao seu efeito, “estão relacionadas com” esse candidato, não é infirmada pelo facto de tais anotações constituírem igualmente informações relativas ao examinador.<sup>26</sup> Apenas as questões do exame, enquanto tais, não constituem dados pessoais do candidato.<sup>27</sup>

Conforme explicou a Advogada-Geral Juliane Kokott nas suas conclusões, um direito de acesso relativo aos comentários do examinador teria como finalidade principal informar o candidato sobre a avaliação de determinadas passagens da sua folha de respostas.<sup>28</sup> A Advogada-Geral lembrou que, neste aspeto, o caso *Novak* assemelha-se ao caso *YS* no qual o TJUE recusou alargar o direito de acesso a uma análise jurídica, por entender que tal não serviria os objetivos da diretiva relativa à proteção de dados, instaurando antes um direito de acesso aos documentos administrativos. Assim, também no caso *Novak* poder-se-ia assumir que o acesso às informações sobre a avaliação de uma folha de respostas de exame deveria prioritariamente ser obtido no âmbito do procedimento de exame, ou de um procedimento especial de contestação das decisões relativas ao exame – e não com base na legislação em matéria de proteção de dados. E na medida em que o procedimento de exame não seria determinado pelo direito da União, qualquer eventual direito à informação neste âmbito dependeria unicamente do direito nacional.<sup>29</sup>

---

<sup>23</sup> *Ibidem*, considerando 35-39.

<sup>24</sup> *Ibidem*, considerando 43.

<sup>25</sup> *Ibidem*, considerando 40.

<sup>26</sup> *Ibidem*, considerando 44.

<sup>27</sup> *Ibidem*, considerando 58.

<sup>28</sup> Cf. conclusões da Advogada-Geral Juliane Kokott, apresentadas em 20 de julho de 2017, proc. C-434/16, ECLI:EU:C:2017:582, considerando 57.

<sup>29</sup> *Ibidem*, considerando 58.

A Advogada-Geral testou a aplicabilidade da solução do acórdão *YS* ao caso *Novak* e sugeriu uma evolução jurisprudencial que releva para o nosso objeto de estudo. Como vimos, no acórdão *YS* o TJUE decidiu que a análise jurídica não constitui uma informação relativa ao requerente da autorização de residência – e sim, quando muito, uma informação relativa à apreciação e à aplicação do direito à situação do requerente. E à primeira vista, esta constatação também poderia aplicar-se aos comentários do examinador, visto que, nesta perspetiva, apenas indicariam a forma como o examinador avaliou as respostas.<sup>30</sup> Por outro lado, concluiu a Advogada-Geral, a possibilidade de contornar o procedimento de reclamação previsto no âmbito do exame não pode excluir a aplicação da legislação em matéria de proteção de dados. Com efeito, o facto de possivelmente existirem outras regras paralelas no que diz respeito ao acesso a determinadas informações não pode afastar a legislação em matéria de proteção de dados. No máximo, afigura-se admissível remeter os interessados para direitos de acesso paralelos existentes, contanto que possam ser exercidos eficazmente.<sup>31</sup>

Afinando pelo diapasão da Advogada-Geral Kokott quanto a direitos de acesso paralelos e exercíveis eficazmente, no acórdão *Novak* o TJUE entendeu que um candidato pode opor-se ao tratamento das suas respostas e das anotações do examinador relativas às mesmas *fora do procedimento de exame* – e, em especial, opor-se a que sejam transmitidas a terceiros, ou mesmo publicadas, sem a sua autorização.<sup>32</sup> Nesta medida, os direitos de acesso e retificação podem igualmente justificar-se em relação às respostas escritas dadas pelo candidato num exame profissional e às eventuais opiniões, apreciações, avaliações, anotações do examinador com elas relacionadas.<sup>33</sup>

Assim, no acórdão *Novak* o TJUE reconhece que qualquer pessoa singular pode assegurar-se de que os dados pessoais que lhe dizem respeito são exatos e que são tratados de forma lícita – e é precisamente para efetuar as verificações necessárias que o titular do direito pode aceder aos dados que lhe digam respeito e que sejam objeto de tratamento. Esse direito de acesso é necessário, designadamente, para permitir à pessoa em causa obter, se for caso disso, a retificação e mesmo o apagamento desses dados por parte do responsável pelo tratamento.<sup>34</sup>

De qualquer forma, o direito de retificação não poderia permitir a um candidato “retificar”, *a posteriori*, respostas “erradas”<sup>35</sup> – pois no entendimento do TJUE tais erros não constituem propriamente uma inexatidão.<sup>36</sup> Contudo, exemplifica o TJUE, é possível que ocorram situações em que as respostas de um candidato a um exame e as apreciações do examinador relativas a essas respostas se revelem efetivamente inexatas, devido ao facto de, por erro, i) as folhas de respostas do exame terem sido trocadas de forma que as respostas de outro candidato foram atribuídas ao candidato em causa; ou ii) de se ter perdido uma parte das folhas com as respostas desse candidato de forma que as referidas respostas não estão completas; ou ainda iii) de eventuais apreciações feitas pelo examinador não documentarem corretamente a avaliação feita às respostas do candidato em causa.<sup>37</sup>

<sup>30</sup> *Ibidem*, considerando 59.

<sup>31</sup> *Ibidem*, considerando 64.

<sup>32</sup> Acórdão *Novak*, *cit.*, considerando 50.

<sup>33</sup> *Ibidem*, considerando 51.

<sup>34</sup> *Ibidem*, considerando 57.

<sup>35</sup> *Ibidem*, considerando 52.

<sup>36</sup> *Ibidem*, considerando 53.

<sup>37</sup> *Ibidem*, considerando 54.

Daqui decorre que, para o TJUE, o carácter exato e completo dos dados pessoais deve ser apreciado à luz da finalidade para a qual esses dados foram recolhidos – e essa finalidade consiste, no que respeita às respostas de um candidato num exame, em poder avaliar o nível de conhecimento e de competência desse candidato à data do exame.<sup>38</sup> Esta interpretação teleológica implica que a finalidade com que os dados foram recolhidos define o âmbito da sua proteção quanto à retificação. Ocorre que tal interpretação gizada para dados facultados pode reduzir a margem de contestação do titular de dados inferidos, pois limita-se a garantir que os seus dados de entrada estão corretos e foram tidos em conta, ficando o titular impedido de questionar e retificar o modo como foi avaliado – ou seja, os comentários (o raciocínio que fundamenta a inferência) e o resultado (a nota final/inferência resultante daquele raciocínio).

O direito de retificação no acórdão *Novak* não atinge a substância dos comentários do examinador nem a nota atribuída – aqui perspectivados enquanto inferências sobre a performance do candidato. Ainda que a Advogada-Geral admita que os interessados têm, regra geral, um interesse legítimo em saber que informações sobre si são objeto de tratamento pelo responsável,<sup>39</sup> deste entendimento não se depreende que um dos propósitos da proteção de dados seja aceder à justificação subjacente a uma avaliação ou decisão, neste caso a nota de um exame escrito. Transpondo tal entendimento para o nosso objeto de estudo, a avaliação da razoabilidade das operações que resultam em inferências, bem como do processo decisório que nelas se baseia, ficaria fora do propósito da proteção de dados – sendo porventura acautelados por outra legislação aplicável e procedimentos de recurso.

Assim, no acórdão *Novak* o TJUE alarga o âmbito de aplicação da proteção de dados por forma a incluir opiniões, apreciações, avaliações, anotações – o que seria um avanço para o nosso objeto de estudo –, mas permanecem os constrangimentos relativos aos direitos exercíveis sobre tais inferências por via da proteção de dados. Este entendimento revela fragilidades porque, no que tange aos dados inferidos, não basta garantir a exatidão dos dados de entrada. Nesta medida, o GT29 sustenta que o direito de retificação poderia aplicar-se, por exemplo, nos casos em que uma pessoa é inserida numa categoria que indica a sua capacidade de desempenhar uma tarefa e cujo perfil se baseie em informação incorreta. É legítimo que os titulares pretendam contestar a exatidão dos dados utilizados (dados de entrada), bem como um eventual grupo ou categoria no qual tenham sido inseridos (dados de saída).

Ademais, além da retificação, o artigo 16.º RGD também prevê o direito de o titular dos dados complementar os dados pessoais com informações adicionais. O GT29 avança um exemplo elucidativo para os dados inferidos. O sistema informático de uma unidade de cirurgia local insere uma pessoa dentro de um grupo com a maior probabilidade de sofrer de uma doença cardíaca. Este perfil não será necessariamente impreciso, mesmo que essa pessoa nunca venha a padecer de uma doença cardíaca. O perfil indica somente que terá maior probabilidade de contrair uma doença deste tipo, o que poderá ser factualmente correto para efeitos estatísticos. Todavia, o titular dos dados tem o direito, atendendo à finalidade do tratamento automatizado, de fornecer uma declaração adicional – poderia basear-se, por exemplo, num sistema informático clínico (e modelo estatístico) mais avançado, que tenha em conta dados suplementares e realize exames mais detalhados do que o sistema da unidade de cirurgia local.

---

<sup>38</sup> *Idem.*

<sup>39</sup> Cf. conclusões da Advogada-Geral Juliane Kokott, *cit.*, considerando 39.

Desses exemplos decorre que a interpretação teleológica adotada no acórdão *Novak* para dados facultados teria de ser reorientada para o universo dos dados inferidos. Tanto no acórdão *YS* como no acórdão *Novak* o TJUE deixa em aberto se o resultado de uma avaliação (uma inferência final/nota/classificação) e a decisão subsequente que nela se baseia (reprovar alguém num exame ou recusar uma autorização de residência) seriam dados pessoais. Contudo, tendo em conta a evolução do entendimento de dados pessoais que a leitura conjugada daqueles acórdãos revela, seria improvável que o resultado de uma avaliação e a decisão que nele se baseia não fossem considerados dados pessoais.<sup>40</sup>

Assim, e apesar da interpretação lata das disposições do RGPD levada a cabo pelo GT29 – segundo a qual qualquer perfil ou decisão automatizada estaria protegida no âmbito daquele Regulamento –, apenas as decisões tomadas “exclusivamente” com base no tratamento automatizado estão expressamente referidas no artigo 22.º, n.º 1 RGPD. E tal disposição cinge-se às i) decisões adotadas sem intervenção humana relevante que ii) produzam efeitos na esfera jurídica do titular dos dados ou que iii) o afete significativamente de forma similar. Enquanto não houver um reenvio prejudicial quanto ao âmbito de aplicação material do RGPD relativamente a perfis e decisões automatizadas, permanece a dúvida sobre se a interpretação lata do RGPD por parte do GT29 seria ou não acolhida pelo TJUE. Da mesma forma, enquanto o TJUE não se pronunciar sobre os conceitos operativos do artigo 22.º, n.º 1 RGPD, permanece a incógnita sobre o âmbito de proteção daquela disposição (o que protege, o que proíbe), ou seja, se estamos ou não diante de uma proibição geral (tal como defende o GT29) e qual a sua efetiva extensão (especialmente no que tange à afetação significativa de forma similar).

De qualquer forma, o problema dos dados inferidos não se restringe às decisões exclusivamente automatizadas na aceção do artigo 22.º RGPD. As decisões automatizadas podem ser realizadas com ou sem definição de perfis; e a definição de perfis pode ocorrer sem serem realizadas decisões automatizadas. Donde, há perfis que não dão azo a uma decisão exclusivamente automatizada contestável à luz do artigo 22.º, n.º 3 RGPD – e também merecem proteção. Nesta medida, a interpretação do TJUE sobre as disposições do artigo 22.º RGPD estaria ainda longe de resolver o problema das inferências produzidas por sistemas de IA.

---

<sup>40</sup> De resto, nas suas conclusões no processo *Novak*, a Advogada-Geral Kokott parece ultrapassar esta questão, explicando que os dados pessoais materializados numa folha de respostas de exame “não se esgotam no resultado do exame, na classificação obtida ou na pontuação atribuída a determinadas partes do exame” – pois tais valores resumem unicamente a prestação no exame documentada, em detalhe, na folha de respostas em si mesma. *Ibidem*, considerando 27.

## Engulhos legislativos na engrenagem da tutela jurisdicional efetiva. “Cláusulas de paridade” e preços fixos, no setor da oferta turística intermediada através de “plataforma eletrónicas”

*Pedro Madeira Froufe\**

1. Um dos aforismos que tradicionalmente se associa à dimensão subjetiva do Direito é o “não há direito sem ação”. No fundo, a cada direito subjetivo corresponderia uma ação que o serviria, que o dotaria da possibilidade de concretização. O titular de um direito subjetivo nada poderia fazer valer, nada poderia “exigir ou pretender de outrem” (o respetivo sujeito passivo numa eventual relação jurídica que, com aquele, se tivesse estabelecido) se não dispusesse da possibilidade de invocar judicialmente tal direito. E a aplicação do Direito objetivo acaba, assim, por ser feita correntemente. Enquanto sujeitos de relações jurídicas, conformamo-nos e agimos em consonância com tal possibilidade de, em último recurso, dispormos de ações judiciais para fazermos valer as nossas pretensões, direitos, títulos, em caso de divergências, dúvidas, ações ou omissões que coloquem em risco os nossos direitos subjetivos. A existência de um sistema judicial independente e apto a fazer valer os nossos direitos na sequência de ações judiciais é a última garantia de efetividade do Direito. No fundo, a efetividade do Direito depende da garantia judicial das suas normas, integrando, essa garantia, o denominado “*direito de acesso à Justiça, o direito a um processo equitativo, o direito a um recurso efetivo*” e “*implica a aplicação de providências cautelares pelo juiz (...) tendentes a evitar danos irreparáveis nos direitos (subjetivos) dos particulares*”.<sup>1</sup>

A tutela jurisdicional efetiva interliga-se naturalmente à efetividade do Direito; de certo modo, serão “duas faces da mesma moeda” e é um pilar de sustentação do Estado de Direito. A integração europeia, pretendendo afirmar a União Europeia como uma União de Direito, segue e vivifica, através da jurisprudência do Tribunal do Luxemburgo, a mesma *jus cosmovisão*. O binómio “tutela jurisdicional efetiva/efetividade” (do Direito da Integração) é um sustentáculo estruturante da vigência do Direito da Integração e da União.<sup>2</sup> No fundo, a tutela jurisdicional efetiva é um elemento potenciador dos

---

\* Professor da Escola de Direito da Universidade do Minho. JUSGOV (Grupo CEDU – Estudos em Direito da União Europeia).

<sup>1</sup> Alessandra Silveira, *Princípios de Direito da União Europeia. Doutrina e Jurisprudência* (Lisboa: Quid Iuris, 2009), 96 e 97. Joana Rita de Sousa Covelo, *Tribunais nacionais e Tutela Jurisdicional Efetiva: da cooperação à integração judiciária no contencioso da União Europeia* (Dissertação de Doutoramento, Área de Especialização: Ciências Jurídicas Públicas, Universidade do Minho, 2015), disponível, sob pedido de autorização de acesso, in *Repositorium UM*: <http://hdl.handle.net/1822/38880>.

<sup>2</sup> Cfr. artigo 19.º, n.º 1, 2.º parágrafo do Tratado da União Europeia (TUE): “(...) Os Estados membros estabelecem as vias de recurso necessárias para assegurar uma tutela jurisdicional efetiva nos domínios abrangidos pelo Direito da União”.

direitos subjetivos conferidos, por um ordenamento, aos sujeitos de Direito e, desse modo, uma garantia geral de efetividade do (primado do) Direito e de uma vivência comunitária (sociológica) conforme com a ordenação jurídica instituída (segurança, justiça juridicamente instituída).

2. Mas os engulhos que se podem colocar à tutela jurisdicional efetiva e, por conseguinte, ao próprio vigor impositivo do Direito, à sua efetividade, podem também ocasionalmente surgir (de um modo não intencional) da própria produção legislativa. Certas disfunções, algumas incongruências *de sistema* podem configurar-se como externalidades negativas, na ótica do referido binómio “tutela jurisdicional efetiva/efetividade” do Direito, decorrentes da produção legislativa. Vamos apenas exemplificar uma relativamente recente (dezembro de 2021) ação legislativa nacional que, por falta de integral articulação com o próprio Direito da União (ou de uma clara e conforme articulação com o “*acquis communautaire*” estabelecido) pode ser um fator de dificuldade para a efetividade de uma área do Direito (interno e europeu) das relações económicas (*latu sensu*) – em particular, para a aplicação de um setor do Direito de “defesa da concorrência”.

3. Se considerarmos o conjunto de regras e princípios que diretamente regem os comportamentos concorrenciais – especialmente, numa perspectiva de “defesa da concorrência”<sup>3</sup> – encontramos alguns domínios da intervenção jurídica que, de certo modo, se sobrepõem e, por vezes, conflituam entre si, quer sob o prisma conceitual, quer operativamente.

Os sistemas normativos de “defesa da concorrência” cumprem, tradicionalmente, uma opção constitucional (material): a ordenação das relações económicas com um sentido tendencialmente capitalista (economia de mercado). Assim, a organização económica acaba por empreender uma densificação do *princípio concorrencial*, em consonância com tal opção constitucional pelo capitalismo. Com efeito, a proteção e o reforço da estrutura concorrencial dos mercados visam assegurar o melhor funcionamento possível da *instituição Mercado* – a instituição que garante a racionalidade económica e, simultaneamente, a liberdade individual, no quadro do funcionamento de uma economia de mercado.<sup>4</sup> De resto, não será possível conceber-se o mercado sem concorrência e o mercado (livre e concorrencial) é uma instituição fundante e, simultaneamente, um dos pressupostos do sistema económico capitalista. A existência de um sistema normativo específico de proteção e promoção da concorrência, tem, portanto, e a montante, a sua razão de ser (mediata) na opção

<sup>3</sup> O direito da concorrência ou a tutela jurídica da concorrência podem ser entendidos sob diversas perspetivas, consoante o interesse ou bem jurídico que em primeira linha visam garantir. Podemos falar, assim, de concorrência criminalmente ilícita, de concorrência desleal, de concorrência como (natural) modo de funcionamento dos mercados, como motivação última ou mediata das relações económicas – ou seja, neste último prisma, como estrutura de organização e funcionamento dos mercados. Uma concorrência como elemento natural e estrutural dos mercados. É neste sentido estrutural que habitualmente se fala em “defesa da concorrência” ou direito (ou sistema) de “defesa da concorrência”.

<sup>4</sup> Neste sentido, entre abundante literatura convergente, cfr. António Sousa Franco e Guilherme D’Oliveira Martins, *A Constituição Económica Portuguesa. Ensaio Interpretativo* (Coimbra: Almedina, 1993), (nomeadamente) páginas 43 a 45. Para estes Autores (ob. cit., p. 43): “Os mercadores são compradores e vendedores de bens e serviços *em liberdade*, dominados pela lei da oferta e da procura, que, em relação a cada tipo de bens e forma de mercado, definirá o preço a que eles serão transacionados e a quantidade de bens no mercado de dados. Através deles (do mercado), *quanto possível de forma livre*, terão de resolver-se os problemas económicos fundamentais: produção, consumo e repartição”. Os itálicos são da nossa responsabilidade.

política, ideológica e constitucional, por um sistema económico capitalista ou por uma economia de mercado.

No entanto, a promoção e a “defesa da concorrência” significam igualmente (pelo menos, indiretamente) a defesa dos interesses dos consumidores. Note-se, não necessária ou exclusivamente dos consumidores finais, movidos por um intuito pessoal, doméstico e/ou familiar; não apenas o consumidor que é o beneficiário da proteção habitualmente instituída pelo “Direito do consumo/Direito de proteção dos consumidores”, mas simplesmente o *agente económico que assume a procura* de um bem ou serviço, no respetivo mercado relevante.

4. Desde a reforma ou “modernização” do direito europeu da concorrência, cujos primeiros passos se materializaram com o “Livro Branco” de 1999<sup>5</sup> e que se consubstanciou grandemente com o Regulamento CE n.º 1/2003 do Conselho de 16 de dezembro de 2002, *a defesa dos consumidores através da defesa dos mercados (efetivamente) concorrenciais*, passou a ser realçada como sendo o objetivo final da política da concorrência. O imperativo de “ordem pública económica” da “defesa da concorrência” deslocou progressivamente o seu foco da proteção e promoção de uma concorrência estrutural dos mercados, de uma “*workable competition*” inevitavelmente inerente (pelo menos, em abstrato) ao funcionamento de um sistema económico capitalista, para o consumidor, entendido este, cada vez mais, como um “cidadão económico” (“cidadania económica”) e não tanto como um mero agente económico (impessoal e abstrato, diríamos). Passou, nomeadamente com a reforma introduzida pelo Regulamento CE n.º 1/2003 do Conselho, a ser recorrente, nos discursos e documentos oficiais, nos atos normativos e na própria jurisprudência, referir-se que o objetivo do sistema de “defesa da concorrência” europeu é, em última instância, a defesa dos consumidores (finais e/ou, no fundo, tendencialmente, dos cidadãos-consumidores) e não a proteção dos concorrentes. Ousáramos dizer que emergiram progressivamente – embora, numa visão holística, em consonância com o contexto político da integração – a figura e o estatuto do *cidadão-consumidor*. O *cidadão-consumidor* é, também ele, dotado desse estatuto de “cidadania política-económica”, o destinatário de uma proteção também ela prosseguida pelo direito da concorrência. A “defesa da concorrência” e, por conseguinte, dos mercados, serve também (seja em última instância, seja primacialmente), a proteção dos interesses dos consumidores, na justa medida em que quanto mais e melhor concorrência existir, em princípio, melhor serão salvaguardados esses interesses dos consumidores.

Progressivamente, fomos assistindo a um deslocar para o centro do palco (da política e da aplicação do direito da concorrência), no espaço europeu, da figura do consumidor e dos seus interesses, tornado-se mais ténue, na justa medida dessa afirmação do protagonismo do consumidor, o foco que incide sobre a estrutura concorrencial dos mercados.

A afirmação de uma certa “cidadania económica”, vai, assim e de certo modo, relativizando a proteção da própria estrutura concorrencial dos mercados – anteriormente, o foco principal (quase exclusivo) das preocupações da política da concorrência.

5. Ora, a assunção crescente e robusta de intentos de proteção dos consumidores, por parte do direito de “defesa da concorrência”, a par da salvaguarda da estrutura

---

<sup>5</sup> Livro Branco da Comissão para a Modernização das regras de aplicação dos artigos 81.º e 82.º do Tratado da Comunidade Europeia (TCE), Programa da Comissão n.º 99/027 de 12.05.1999, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:51999DC0101>.

concorrencial dos mercados (senão, mesmo, desvalorizando esta salvaguarda que passa, assim, a ser justificada por se assumir como sendo um *instrumento* de proteção, em termos finais, dos interesses dos consumidores), acaba por contribuir, por vezes e no que diz respeito a certos domínios da atividade económica, para uma certa incoerência normativa –talvez com mais propriedade se deva falar de algumas manifestações legais produtoras de efeitos dificilmente justificáveis e/ou compagináveis quer com uma efetiva defesa dos consumidores, quer com objetivos de defesa da estrutura concorrencial dos mercados.

A recente alteração, de dezembro de 2021, da Lei da Concorrência portuguesa (da Lei n.º 19/2012 de 8 de agosto), talvez ilustre, em parte, essa relativa confusão conceitual e sobreposição de objetivos que anteriormente referimos. Com efeito, o Decreto-lei n.º 108/2021 de 7 de dezembro, vem introduzir alterações ao regime vigente (entre nós) da concorrência e, simultaneamente, ao regime das práticas individuais restritivas do comércio, instituído pelo Decreto-lei n.º 166/2013 de 27 de dezembro (regime regularmente denominada PIRC) e ainda ao regime das cláusulas contratuais gerais.

Na verdade, esta recente alteração, segundo o próprio Legislador, é motivada e direcionada especificamente para o “setor do turismo” que “*assume uma importância cimeira na economia portuguesa não apenas para as entidades privadas que dele dependem, mas também pela importância enquanto fator de dinamização e sustentáculo social*”.<sup>6</sup>

A preocupação motivacional do Legislador é, diretamente, a regulação das denominadas “cláusulas de paridade” (ou “cláusulas de preço mais favorável”) no setor do turismo e, portanto, uma preocupação, *a priori*, direcionada para os efeitos anticoncorrenciais que a disseminação de tais cláusulas poderá ter, sob o prisma da afetação estrutural da concorrência, no respetivo mercado relevante.

Em relação ao regime vigente da “defesa da concorrência”, constante da Lei n.º 19/2012, essa preocupação do Legislador traduziu-se na introdução de uma nova alínea f), no artigo 9.º daquela Lei, com a seguinte redação:

*“(...) são proibidos os acordos entre empresas, as práticas concertadas entre empresas e as decisões de associação de empresas que tenham por objeto ou como efeito impedir, falsear ou restringir de forma sensível a concorrência no todo ou em parte do mercado nacional, nomeadamente os que consistam em (corpo do n.º 1, do artigo 9.º):*

*(...)*

*f) Estabelecer, no âmbito do fornecimento de bens ou serviços de alojamento em empreendimentos turísticos ou estabelecimentos de alojamento local, que o outro contratante ou qualquer outra entidade não podem oferecer, em plataforma eletrónica ou em estabelecimento em espaço físico, preços ou outras condições de venda do mesmo bem ou serviço que sejam mais vantajosas do que as praticadas por intermediário, que atue através de plataforma eletrónica”.*<sup>7</sup>

No entanto, se as denominadas “cláusulas de paridade” (ou cláusulas de benefício das condições mais favoráveis porventura praticadas pelo fornecedor) foram o primeiro e principal foco do Legislador, importa referir que esse foco ou preocupação motivou-se (contextualizando-se) no domínio das plataformas digitais (“plataformas eletrónicas”). Portanto, o *leit motif* desta alteração legislativa foi desencadeado pela digitalização e por certas práticas frequentes – como a utilização/imposição de “cláusulas de paridade” – das plataformas digitais.<sup>8</sup>

<sup>6</sup> Frase inicial do Preambulo do diploma em causa (Decreto-lei n.º 108/2021 de 7 de dezembro).

<sup>7</sup> O sublinhado é da nossa responsabilidade.

<sup>8</sup> Note-se que a utilização desse tipo de cláusula não é iniciada pelas plataformas digitais, nem é um

6. O Decreto-lei n.º 108/2021 também introduz, como já assinalamos, alterações no regime PIRC e no regime das “cláusulas contratuais gerais”. Em sentido lato, altera – visando o setor do turismo e alavancado pela preocupação com as denominadas “cláusulas de paridade” – o Regime Jurídico da Concorrência (RJC).

Com efeito, a intenção do Legislador terá sido impor (ou, como veremos, reforçar) a liberdade (concorrencial) de os empreendimentos turísticos e estabelecimentos de alojamento local (os fornecedores de serviços de turismo visados), poderem oferecer os seus serviços e vender os seus produtos a um preço igual, superior ou inferior (sobretudo, inferior) àquele que é oferecido pela plataforma digital com quem (também) contrataram.<sup>9</sup> Assim, a liberdade contratual pressupõe e, simultaneamente, decorre, por conseguinte, da liberdade de concorrência.

Importa, assim e como ponto de ordem, enunciar o universo (normativo) central desse regime da concorrência.

O denominado Regime Jurídico da Concorrência português (RJC) integra, desde logo, as regras, a jurisprudência e os princípios europeus, para além, naturalmente, dos diplomas de “fonte” interna, diretamente atinentes à matéria da regulação e da promoção/manutenção da concorrência nos mercados. Concretizando, esse RJC integra, nomeadamente:

- a Lei n.º 19/2012 de 8 de agosto (a Lei interna da concorrência e da regulação);
- o Decreto-lei n.º 166/2013 de 27 de dezembro (relativo às práticas individuais restritivas do comércio – PIRC);
- a Lei n.º 23/2018 de 5 de junho (relativamente ao direito a indemnização por violação das regras da concorrência ou “*private enforcement*”) – diploma interno de transposição, para o ordenamento nacional, da Diretiva 214/104 UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 26 de novembro de 2014 ou “Diretiva Private Enforcement” (relativa às ações de indemnização, no âmbito do direito nacional, por infração às regras do direito da concorrência dos Estados-membros e da União);
- o Regulamento n.º 1/2013 respeitante à tramitação para a obtenção da dispensa ou redução da coima possibilitada nos termos da Lei n.º 19/2012 (ou seja, dispensa ou redução de coima usualmente denominadas por “regime de clemência”).

O RJC integra, ainda, entre outros atos normativos europeus e para além da jurisprudência estabelecida pelo Tribunal de Justiça das União Europeia:<sup>10</sup>

- os artigos 101.º a 109.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (doravante, TFUE);

---

comportamento exclusivo deste tipo de intermediário digital. No entanto, é com a proliferação das plataformas que elas ganham uma visibilidade generalizada e uma quase *institucionalização*, dada a sua utilização recorrente.

<sup>9</sup> Remetendo-se para o Comunicado do Conselho de Ministros de 28 de outubro de 2021, em particular para o respetivo n.º 3 desse Comunicado explicativo, “(...) o Governo – com esta alteração – espera contribuir para o estabelecimento de um mercado concorrencial no setor do turismo, livre de práticas comerciais que desequilibrem as relações económicas e expurgado de cláusulas abusivas, contrárias à boa-fé nas relações económicas. Protege-se e reforça-se o mercado nacional e comunitário, eliminam-se os entraves ao desenvolvimento e prosperidade das empresas e introduz-se equilíbrio e prosperidade das empresas e introduz-se equilíbrio e proporcionalidade nas relações comerciais”.

<sup>10</sup> Com mais propriedade, poderíamos dizer mesmo *primacialmente* (e não *ainda*, como escrevemos) considerando os princípios do primado e da cooperação leal, estruturantes do direito da União Europeia.

- o Regulamento CE n.º 1/2003 de 16 de dezembro de 2002 que instituiu o (segundo) regime de execução das regras de concorrência estabelecidas nos artigos 101.º e 102.º do TFUE (ex-artigos 81.º e 82.º do Tratado CE);<sup>11</sup>
- o Regulamento CE n.º 139/2004 do Conselho de 20 de janeiro de 2004 ou “Regulamento «Concentrações»”.

7. Concentrando-nos na alteração agora efetuada à Lei n.º 19/2012, com a introdução de uma nova alínea f) no seu artigo 9.º, n.º 1,<sup>12</sup> importa salientar o seguinte:

Essa alteração consubstancia-se na inserção de uma nova hipótese *exemplificativa* de uma prática comercial passível de violar a concorrência e, por conseguinte, ilícita.

Na verdade, esse artigo 9.º da Lei n.º 19/2012 consagra o princípio da proibição das ententes ou coligações (em sentido amplo) entre empresas – coligações essas que sejam anticoncorrenciais quer pelo respetivo objeto (de tal coligação), quer pelos efeitos efetivamente provocados no mercado relevante em questão.

As agora seis alíneas do n.º 1, desse artigo 9.º (que estabelece o princípio geral da proibição de tais ententes), ilustram *não exaustivamente* comportamentos comerciais que, frequentemente, falseiam ou restringem de forma sensível a concorrência, no todo ou em parte do mercado nacional. Atente-se na redação do normativo em causa (n.º 1, do artigo 9.º da Lei n.º 19/2012):

“São proibidos os acordos entre empresas, as práticas concertadas entre empresas e as decisões de associações de empresas que tenham por objeto ou como efeito impedir, falsear ou restringir de forma sensível a concorrência (...) nomeadamente as que consistam em (...)”<sup>13</sup>

Ou seja, esta alteração legislativa incidiu sobre uma hipótese de um comportamento comercial – hipótese essa expressa, doravante, normativamente – que pode ser lesivo da concorrência, mas que, em certas circunstâncias, poderia, já de si, consubstanciar ou uma entente (uma coligação suscetível de desencadear a aplicação do artigo 9.º da Lei n.º 19/2012) ou um abuso de posição dominante (artigo 11.º da Lei n.º 19/2012) ou mesmo um abuso de dependência económica (artigo 12.º da mesma Lei). Ou seja, não seria necessária a previsão legal agora introduzida expressamente na alínea f), do artigo 9.º, n.º 1, da Lei n.º 19/2012, para que uma “cláusula de paridade”, dentro de certas circunstâncias, pudesse já ser tida como ilícita por violadora da concorrência.

Esse tipo de cláusulas contratuais pode, já de si e consoante as circunstâncias, significar, em concreto, uma violação do princípio da proibição das ententes (o artigo 9.º em causa) ou do princípio da proibição dos abusos de posição dominante (se for promovida e/ou celebrada em benefício de empresa que já detenha uma quota ou poder de mercado relevantes e indiciadores de uma posição dominante, no seu mercado) ou mesmo poderá ser também entendida, como referimos, como sendo um abuso de dependência económica, praticado por um dos contratantes sobre o outro. Reafirme-se: sem que fosse necessária esta nova alínea f), introduzida no artigo 9.º da Lei n.º 19/2012, para que um juízo de ilicitude pudesse ser desencadeado, relativamente a uma cláusula desse tipo.

<sup>11</sup> Com efeito, o primeiro regime de aplicação ou de execução das regras referidas, ex-artigos 81.º e 82.º do Tratado CE e ex-artigos 85.º e 86.º do Tratado CEE, foi o Regulamento n.º 17/1962 que instituiu um primeiro sistema de aplicação daqueles normativos, centralizado na Comissão Europeia e exclusivamente desenhado (originariamente) numa lógica de “*public enforcement*” ou de aplicação impositiva de carácter público/institucional, por exemplo, com instrumentos como a “notificação prévia” à Comissão de práticas comerciais suscetíveis de se subsumirem à norma do então artigo 85.º do Tratado CEE e ulteriormente, artigo 81.º do Tratado CE, hoje, artigo 101.º do TFUE.

<sup>12</sup> Alteração essa efetuada, como referimos, pelo Decreto-lei n.º 108/2021 de 7 de dezembro.

<sup>13</sup> O sublinhado é da nossa responsabilidade.

8. Mas, na nossa ótica, não será apenas uma questão de desnecessidade que estará em causa, com a introdução desta nova alínea f), no artigo 9.º, n.º 1 da Lei n.º 19/2021.

Como assinala o Parecer emitido pela Autoridade da Concorrência portuguesa (AdC) sobre o Projeto de Decreto – Lei n.º DL 1102/XXII/2021 (que se transformou no Decreto-lei n.º 108/2021),<sup>14</sup> a previsão expressa de uma nova possibilidade de comportamento de colusão ilícito, tal como prevista na alínea f), do n.º 1, do artigo 9.º da Lei 19/2012, poderá significar a criação de dois regimes diferentes em termos de aplicação, respetivamente, do direito europeu (nomeadamente, do artigo 101.º do TFUE) e do direito interno português. Isso poderá verificar-se quando estejam em causa comportamentos ou situações puramente internas, ou seja, ententes cujos efeitos respetivos se restrinjam unicamente ao mercado geográfico interno e, simultaneamente, outras situações análogas, mas cujos efeitos afetem também, por seu turno, o Mercado Interno europeu.<sup>15</sup>

É verdade que relativamente à aplicação do artigo 9.º da Lei n.º 19/2012 a hipóteses estritamente internas, também existe sempre o juízo de balanço económico previsto no artigo 10.º desse mesmo diploma que poderá, em aplicações concretas destes normativos a tais situações, permitir atenuar-se ou mesmo suprimir-se essa diferença ou, na terminologia do Parecer da AdC, assimetria de regimes.

O facto de o Legislador nacional ter incluído uma nova previsão meramente exemplificativa de um comportamento passível de desencadear um juízo de ilicitude, no que diga respeito à aplicação da Lei n.º 19/2012, não significa que haja uma proibição definitiva, de *per se*, desses comportamentos, pois, de todo o modo, poderão sempre ser justificados, em concreto e no contexto do respetivo mercado relevante, não desencadeando, portanto, um juízo de ilicitude e a cominação da nulidade (artigo 9.º, n.º 2 da Lei n.º 19/2012).

Bem-vista a situação, o que o Legislador nacional fez foi aumentar os exemplos de possíveis situações de ilicitude (acrescentando mais um à lista já anteriormente existente) e não proibir, desde logo, *a priori*, um determinado tipo de comportamento contratual. No fundo, o regime pré-existente ao Decreto-lei n.º 108/2021 permanece o mesmo (independentemente das diferenças de expressão normativa entre o TFUE e a Lei n.º 19/2012): as ententes que tenham por objetivo e/ou como efeito impedir, restringir, falsear a concorrência serão ilícitas desde que não possam ser justificadas por um juízo de balanço económico positivo ou favorável, levado a cabo pela aplicação, respetivamente, do artigo 10.º da Lei n.º 19/2012 (em situações puramente internas) ou pelo n.º 3, do artigo 101.º do TFUE (em situações que afetem o mercado interno ou seja, em situações que afetem o comércio entre os Estados-membros). No entanto, se assim é, então como justificar a necessidade dessa recente alteração legislativa, criando-se uma nova alínea f) meramente exemplificativa, no n.º 1, do artigo 9.º, da Lei n.º 19/2012?

A *ratio* dessa alteração (da introdução de mais um exemplo de comportamento que poderá ser ilícito) parece ter sido (apenas) sublinhar-se, em especial, o risco para a concorrência das “cláusulas de paridade” utilizadas nos contratos celebrados pelas

<sup>14</sup> Disponível em: <https://www.concorrenca.pt/sites/default/files/processos/ep/Parcer%20Decreto-Lei%20n.%C2%BA%20108-2021.pdf>

<sup>15</sup> Como se refere no n.º 55 do *supra* mencionado Parecer da AdC: “(...) o Projeto de Decreto-lei (entretanto, Decreto-lei n.º 108/2021) introduziria uma assimetria entre os regimes legais a aplicar pela Adc a acordos com dimensão apenas nacional e a acordos suscetíveis de afetar também o comércio entre os Estados-membros”.

plataformas digitais. Aparentemente e para o Legislador, existirá uma probabilidade forte de essas cláusulas violarem, de forma nitidamente sensível, a concorrência – o que não deixa de significar, poderem, tais cláusulas, ser portadoras, *à priori*, de riscos acrescidos para a concorrência, pelo facto de serem celebradas em contratos envolvendo as referidas plataformas digitais e produzindo efeitos contidos unicamente no mercado geográfico nacional. No fundo, uma posição de severidade ou rigor especialmente acrescidos para o intérprete e aplicador destas regras dos artigos 9.º, n.º 1 e 10.º da Lei n.º 19/2012, quando se deparem com “cláusulas de paridade”, em contratos celebrados pelas plataformas e cujos efeitos se produzam, porventura, unicamente no mercado nacional (situação, na realidade, pouco provável ou pouco frequente, observando-se, em concreto, a dinâmica do respetivo mercado da prestação daqueles serviços de turismo).

No entanto, não deixa de ser verdade que quando a Adc ou os Tribunais portugueses (tribunais funcionalmente europeus) enfrentam situações que requerem a aplicação conjunta dos artigos 9.º e 10.º da Lei n.º 19/2012 e do artigo 101.º do TFUE<sup>16</sup> – e deverão fazê-lo nos termos n.º 1, do artigo 3.º do Regulamento n.º 1/2003 do Conselho – essa diferente perspectiva ou abordagem dos aplicadores e/ou tribunais, poderá ter que ceder perante a necessidade de harmonizar os juízos de (i) licitude, nos termos do n.º 2, do artigo 3.º daquele mesmo Regulamento n.º 1/2003 que consagra uma “regra de convergência” entre a aplicação da norma nacional e a norma europeia. Com efeito, nos termos desta disposição, estabelece-se que:

*“A aplicação da legislação nacional em matéria de concorrência não pode levar à proibição de acordos (...) suscetíveis de afetar o comércio entre os Estados-membros, mas que não restrinjam a concorrência na aceção do n.º 3, do artigo 101.º do TFUE, ou que reúnam as condições do n.º 3, do artigo 101.º do TFUE (...)”.*

A denominada “regra de convergência” entre o regime europeu e a legislação nacional em matéria de concorrência (e, em particular, de tutela das ententes entre empresas), fixada no n.º 2, do artigo 3.º, do Regulamento n.º 1/2003 do Conselho, realça a desnecessidade da alteração introduzida com a previsão de uma nova alínea f), prevendo um comportamento meramente exemplificativo, no n.º 1 do artigo 9.º da Lei portuguesa. Poder-se-ia pensar que a preocupação, em termos estritamente normativos, do Legislador, teria sido a de, com clareza, reafirmar que as denominadas “cláusulas de paridade” insertas em contratos celebrados com plataformas digitais, estariam igualmente sujeitas ao regime geral dos artigos 9.º e 10.º da Lei n.º 19/2012. Tal tipo de preocupação, contudo, não nos parece ser muito relevante, na medida em que, neste ponto em particular, a aplicação de tais normativos e de tal regime jusconcorrencial a comportamentos e cláusulas contratuais com aquela configuração (“clausula de paridade”), praticados por e com plataformas digitais, não parece ter suscitado dúvidas relevantes de interpretação. Não se suscitam incertezas quanto à aplicação dos normativos de direito de “defesa da concorrência” a esse tipo de cláusulas contratuais.

**9.** Poder-se-á, porventura, justificar a alteração introduzida (pelo Decreto-lei n.º 108/2021) no n.º 1, do artigo 9.º da Lei n.º 19/2012, com a preocupação do Legislador nacional – preocupação essa que será sobretudo simbólica e/ou pedagógica – de alertar o espírito do intérprete/aplicador para um eventual risco acrescido de efeitos

<sup>16</sup> Ou seja, nos termos do n.º 1, do artigo 3.º do Regulamento n.º 1/2003: “Sempre que as autoridades dos Estados-membros (...) ou os tribunais nacionais apliquem a legislação nacional em matéria de concorrência a acordos, decisões de associação ou a práticas concertadas na aceção do n.º 1, do artigo 101.º do TFUE, suscetíveis de afetar o comércio entre os Estados-membros, na aceção desta disposição, devem aplicar igualmente o artigo 101.º do TFUE (...)”.

anticoncorrenciais, provocados pelas “cláusulas de paridade”, quando utilizadas em contratos celebrados com plataformas digitais. E – sublinhe-se – riscos especialmente notados pelo Legislador no que respeita a situações estritamente internas (embora não se compreenda muito bem porquê tal hipotética diferenciação de riscos, consoante se observem situações estritamente internas, ou não...). No entanto, não cremos que, por si só, essa preocupação do Legislador português tenha como melhor e, sobretudo, mais adequado canal de expressão possível, uma alteração legislativa como aquela que resultou do Decreto-lei n.º 108/2021.

Talvez a tentativa de corresponder, de forma visível, aos objetivos de proteção dos interesses dos consumidores, dos cidadãos-consumidores, possa ter motivado o Legislador nacional. Na verdade, poder-se-á pensar que, existindo margem de manobra para que o fornecedor do serviço possa praticar preços ou condições mais favoráveis através de outros canais de angariação de clientela (consumidores, sobretudo, consumidores finais) – nomeadamente, no seu próprio estabelecimento físico – isso (no fundo, esse possível acréscimo de concorrência) beneficiará o destinatário/consumidor final daqueles serviços de turismo elencados na (agora) nova alínea f), no n.º 1, do artigo 9.º, da Lei n.º 19/2012. Como referimos, este Decreto-lei n.º 108/2021 introduz outras alterações no denominado RJC, tal como aquela que é feita no Decreto-lei n.º 166/2013 de 27 de dezembro, relativo às práticas individuais restritivas do comércio (PIRC).

Ora, no que diz respeito ao regime das PIRC, com efeito, a alteração promovida consubstancia-se no aditamento de um novo comportamento proibido, no catálogo dos comportamentos já enunciados como práticas individuais restritivas da concorrência no Decreto-lei n.º 166/2013 e isto através da agora criada norma do artigo 5.º-A, deste mesmo diploma, estabelecendo o seguinte:

*“Artigo 5.º-A: Oferta de bens ou serviços de alojamento por prestador intermediário de serviços em plataforma eletrónica.*

*No âmbito do fornecimento de bens ou serviços de alojamento em empreendimentos turísticos ou estabelecimentos de alojamento local, é proibido a qualquer intermediário, que atue através de plataforma eletrónica, oferecer para venda um bem ou serviço a uma empresa ou a um consumidor por um preço inferior ao preço de venda ao público acordado com o fornecedor do bem ou o prestador do serviço, ainda que à custa de uma redução total ou parcial da remuneração do intermediário contratualmente acordada”.* Além desse aditamento, as alterações agora introduzidas no regime das PIRC, passam pela alteração (consequente) da alínea a) do n.º 1, do artigo 9.º do Decreto-lei n.º 166/2013 que passa a estabelecer que:

*Artigo 9.º. n.º 1, alínea a): “Constitui contraordenação punível com coima:*

*A violação do disposto no n.º 4 do artigo 4.º, no n.º 1 do artigo 5.º, no artigo 5.º-A, nas alíneas a) a h) do n.º 1 e nos n.ºs 3, 4 e 5 do artigo 7.º e nas alíneas a) a c) do artigo 7.º- B”.*

**10.** No que respeita a esse novo artigo 5.º-A, introduzido, agora, no Decreto-lei n.º 166/2013, verifica-se, desde já, o seguinte: se no âmbito do aditamento efetuado no n.º 1, do artigo 9.º da Lei n.º 19/2012 [aditamento de uma nova alínea f)] a intenção do Legislador terá sido a de garantir um (aparente) acréscimo de liberdade concorrencial em benefício do fornecedor de “bens ou serviços de alojamento em empreendimentos turísticos ou estabelecimentos de alojamento local”, agora, o intuito deste aditamento efetuado no regime das PIRC (novo artigo 5.º-A) parece ser o de garantir um *preço mínimo* a tal fornecedor (o preço por si contratado com o intermediário quando este

seja uma plataforma digital). Na verdade, proíbe-se o intermediário digital (a plataforma eletrónica) de praticar um preço inferior àquele que ficou estipulado no contrato celebrado com o fornecedor – ainda que, de certo modo, este último não tenha que suportar uma eventual baixa de preço praticada pela plataforma, na medida em que esta reduza ou prescinda, por sua própria conta, da sua comissão. Ou seja, legalmente pretendeu-se promover a celebração de contratos de distribuição (de bens ou serviços de alojamento turístico) com preços fixos, criando-se um regime quase vinculístico, de limitação da liberdade contratual, (aparentemente) em favor do fornecedor de “*bens ou serviços de alojamento em empreendimentos turísticos ou estabelecimentos de alojamento local*”, quando este contrata com intermediários que sejam plataformas eletrónicas.

No limite e caso existisse mesmo uma redução do preço do produto ou serviço distribuído pela plataforma/intermediária, sendo tal redução promovida e suportada pela própria plataforma e não pelo fornecedor (isto é, repercutindo-se esta redução de preço na própria comissão da plataforma) é plausível que, na generalidade dos hipotéticos casos em que tal diminuição se verificasse, isso significasse maior capacidade concorrencial do próprio fornecedor (maior procura do seu produto ou serviço) e, normalmente, melhor satisfação do seu interesse (sobretudo quando tal não é economicamente suportado por si, mas sim pelo intermediário, à custa da redução da respetiva comissão). Portanto, cremos que a intenção do Legislador (ao introduzir no regime das PIRC este novo artigo 5.º-A) ter-se-á que compreender considerando-se também, articuladamente, o aditamento que se efetua, igualmente, na Lei n.º 19/2012, tentando-se suprimir as denominadas “cláusulas de paridade” (como assinalamos anteriormente).

Concretizando: se houve a tentativa de se proteger/beneficiar, de algum modo, o interesse dos fornecedores que contratam com intermediários/plataformas digitais, esse interesse residirá tendencialmente na possibilidade que os fornecedores terão, na ótica do Legislador, de assegurarem um *preço mínimo garantido* que será praticado pelo intermediário, podendo, então, praticar, eles próprios (os fornecedores), outros preços (iguais ou inferiores) noutras plataformas ou mesmos noutras canais de distribuição (como, por exemplo, nos seus próprios estabelecimentos físicos).<sup>17</sup>

11. Há, no entanto, um senão na linha de raciocínio que explanamos, tentando explicar a motivação (a *ratio*) das alterações introduzidas pelo Legislador, quer na Lei n.º 19/2012, quer no Decreto-lei n.º 166/2013 (consagrando o regime das PIRC). Na verdade, aquilo que anteriormente, em 8., equacionamos como possível objetivo prosseguido pelas alterações legislativas que abordamos, acaba por desencadear a existência de práticas tradicionalmente consideradas anticoncorreciais. Dito de outro modo, tais alterações legislativas, analisadas conjuntamente, provocam um efeito manifestamente violador daquilo que se entende ser um *núcleo fundamental* da manutenção de um estado e de uma dinâmica de mercado concorreciais: a preservação da concorrência pelo preço. Tradicionalmente, comportamentos cujos efeitos sejam a produção de preços fixos, mínimos, máximos ou mesmo meramente indicativos, são linearmente considerados ilícitos e insuscetíveis de justificação através das regras que consagram “juízos de balanço económico” (artigo 101.º, n.º 3 do TFUE e artigo 10.º da Lei n.º 19/2012).

<sup>17</sup> O mesmo será dizer-se que o intermediário/plataforma eletrónica, então, não poderá aproveitar-se de uma eventual “cláusula de paridade” ou de “preço mais favorável” que pretendesse porventura negociar ou impor ao fornecedor, sendo certo que, ainda e por outro lado, não poderá, também, baixar o preço acordado com o fornecedor, ainda que tal redução seja suportada pela própria plataforma.

Engulhos legislativos na engrenagem da tutela jurisdicional efetiva. “Cláusulas de paridade” e preços fixos, no setor da oferta turística intermediada através de “plataforma eletrónicas”

A *práxis* aplicativa dos artigos 101.º do TFUE, por parte da Comissão Europeia, bem como a jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia, têm sido firmes e constantes neste enunciado. De resto, de igual modo, esse é também o entendimento da Autoridade da Concorrência portuguesa<sup>18</sup> (e, de um modo geral, de todas as Autoridades da Concorrência nacionais, articuladas na “Rede Europeia de Autoridades da Concorrência”, instituída pelo Regulamento n.º 1/2003). Assim sendo, o efeito das alterações legislativas que fomos equacionando acabará, igualmente, por poder configurar, com propriedade, uma quebra da “lealdade europeia” por parte do Estado português, na medida em que – por efeito de uma ação do Legislador – põem em causa o próprio Direito Europeu de “defesa da concorrência”.

Sendo porventura certa a hipótese (equacionada) de objetivo prosseguido pelo Legislador português – recorde-se: de certo modo, proteger os interesses imediatos do fornecedor de produtos e serviços de alojamento turístico, em matéria de preços e quando este contrata com intermediários que são plataformas eletrónicas – temos uma ilustração daquilo que são sobreposições (incongruências) provocadas por algumas intervenções legislativas, no domínio da “defesa da concorrência”.

---

<sup>18</sup> Remetemos também para a síntese constante do já mencionado Parecer da Adc sobre o Projeto de Decreto-lei n.º 1102/XXII/2021 (ver *supra*, nota 13).

# O reenvio prejudicial e as relações entre o Tribunal de Justiça e os Tribunais Nacionais

*Francisco Pereira Coutinho\**

## 1. O reenvio prejudicial enquanto instrumento de colaboração jurisdicional

I. A ordem jurídica da União Europeia apresenta uma natureza simultaneamente horizontal e vertical. Os autores dos Tratados criaram um sistema judicial descentralizado, atribuindo aos tribunais nacionais a tarefa de aplicarem o direito da União, transformando-os nos seus tribunais de “direito comum”,<sup>1</sup> mas ao mesmo tempo colocaram o Tribunal de Justiça no vértice da organização judiciária, encarregando-o da missão de garantir a interpretação e aplicação uniformes do direito da União [art. 19.º, n.º 1, do Tratado da União Europeia (TUE)].

A escolha de um modelo descentralizado de aplicação do direito potenciou os riscos de alastramento de divergências jurisprudenciais no interior da União “*suscetíveis de comprometer a própria unidade da ordem jurídica (da União) e de prejudicar a exigência fundamental de segurança jurídica*”.<sup>2</sup> Para o evitar, não foi adotada uma solução inspirada no federalismo judicial alemão, de acordo com a qual caberia recurso para o tribunal do Luxemburgo das decisões dos tribunais nacionais que aplicassem contraditória ou divergentemente normas da União, ou que as preterissem em benefício de normas nacionais incompatíveis.

A alternativa escolhida foi a consagração do mecanismo do reenvio prejudicial no art. 267.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE), em que se prevê a faculdade – e, em alguns casos, a obrigação – de o juiz nacional requerer a intervenção prejudicial do Tribunal de Justiça sempre que tenha dúvidas quanto à validade ou interpretação de uma norma da União aplicável ao caso concreto perante si pendente.

II. O reenvio prejudicial teve um papel muito importante na história da integração europeia. Criado com a função de assegurar “*a aplicação uniforme na*

---

\* Professor da Nova *School of Law* (Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa) e membro do CEDIS (Centro de I & D sobre Direito e Sociedade da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa). Este artigo constitui uma versão revista e atualizada de texto publicado em: Joana Covelo Abreu, Larissa Coelho e Tiago Sérgio Cabral (coord.), *O contencioso da União Europeia e a cobrança transfronteiriça de créditos: compreendendo as soluções digitais à luz do paradigma da justiça eletrónica europeia (e-Justice)*, II (Braga: Escola de Direito da Universidade do Minho, 2021), 29-35. Devem presumir-se do Tribunal de Justiça (da União Europeia) as decisões judiciais referenciadas sem indicação da respetiva origem.

<sup>1</sup> Parecer de 8 de março de 2011 (Tribunal das Patentes Europeias e Comunitárias), 1/09, ECLI:EU:C:2011:123, para. 80.

<sup>2</sup> Acórdão de 22 de outubro de 1987, *Foto-Frost*, 314/85, ECLI:EU:C:1987:452 314/85, para. 15.

(*União*) de todas as disposições que fazem parte da (sua) ordem jurídica”,<sup>3</sup> esteve na origem da revelação dos principais princípios constitutivos da ordem jurídica da União: os célebres “casos constitucionais”, em que o Tribunal de Justiça reconheceu os princípios do primado, do efeito direto, da interpretação conforme ou da responsabilidade do Estado pela violação do direito da União, resultaram de um conjunto de questões interpretativas colocadas por juízes nacionais ao abrigo do art. 267.º TFUE.<sup>4</sup> Para além da enunciação dos princípios que articulam as relações entre o direito da União e os direitos nacionais, as sucessivas interpelações promovidas pelos juízes nacionais permitiram ainda ao Tribunal de Justiça pronunciar-se sobre as múltiplas dimensões materiais em que se decompõe o direito da União.

A evolução da ordem jurídica da União resulta assim de um complexo processo cooperativo que integra, para além de outros atores nacionais e supranacionais, os tribunais nacionais. Estes desempenham um papel decisivo, ao incorporarem internamente a jurisprudência do tribunal do Luxemburgo, bem como, ao mesmo tempo, ao influenciar e limitar o seu conteúdo. É, com efeito, através de um processo de interação, de “influências cruzadas” (*cross fertilization*) entre decisões judiciais nacionais e europeias, que ocorrem alguns dos mais significativos desenvolvimentos constitucionais na União,<sup>5</sup> os quais se baseiam frequentemente num diálogo jurisdicional conduzido através do art. 267.º TFUE que se convola, no essencial, numa contínua “negociação” sobre a interpretação de normas jurídicas.<sup>6</sup>

O art. 267.º TFUE funciona como o elo de ligação institucional que coloca em contacto os tribunais dos Estados-Membros com o Tribunal de Justiça e que permite estabelecer uma “ponte” normativa entre o direito da União e os direitos nacionais. Integrado no quadro de uma “imperativa”<sup>7</sup> – mas, como veremos, artificial – divisão de tarefas, pela qual compete ao Tribunal de Justiça interpretar o direito da União e aos tribunais nacionais aplicá-lo, o reenvio prejudicial constitui uma das chaves para o funcionamento harmonioso de um “sistema jurídico regido por um pluralismo judicial e não por hierarquias”.<sup>8</sup>

**III.** A par de garante da aplicação uniforme do direito da União, o reenvio funciona também como mecanismo indireto de proteção de direitos atribuídos a particulares pela ordem jurídica da União, na medida em que a decisão prejudicial pronuncia-se sobre a validade e clarifica o significado de normas de direito da União, levando a que o juiz nacional as aplique corretamente ao julgamento da causa. De acordo com o acórdão “Köbler”, é “para evitar que os direitos conferidos aos particulares pelo direito (da União) sejam violados que, por força do artigo (267.º (3) TFUE), um órgão jurisdicional cujas decisões não sejam suscetíveis de recurso judicial previsto no direito interno é obrigado a submeter (um)a questão ao Tribunal de Justiça”.<sup>9</sup>

<sup>3</sup> Acórdão de 26 de outubro de 1982, *Kupferberg*, 104/81, ECLI:EU:C:1982:362, para. 14.

<sup>4</sup> Cfr., respetivamente, acórdão de 5 de fevereiro de 1963, *Van Gend en Loos*, 26/63, ECLI:EU:C:1963:1, acórdão de 15 de julho de 1964, *Costa c. Enel*, 6/64, ECLI:EU:C:1964:66, acórdão de 10 de abril de 1984, *Von Colson*, 14/83, ECLI:EU:C:1984:153 e acórdão de 19 de novembro de 1991, *Francovich*, C-6/90 e C-9/90, ECLI:EU:C:1991:428.

<sup>5</sup> De que constituiu exemplo paradigmático a congruência estrutural ao nível da proteção dos direitos fundamentais entre as ordens jurídicas nacionais e da União.

<sup>6</sup> Karen Alter, *Establishing the Supremacy of European Law: The Making of an International Rule of Law in Europe* (Oxford: Oxford University Press, 2001), 38.

<sup>7</sup> Acórdão de 22 de novembro de 1978, *Matteus Doego*, 93/78, ECLI:EU:C:1978:206, para. 5.

<sup>8</sup> Ingolf Pernice, “The Treaty of Lisbon: Multilevel Constitutionalism in Action”, *The Columbia Journal of International Law*, v. 15, no. 3 (2009): 349.

<sup>9</sup> Acórdão de 30 de setembro de 2003, *Köbler*, C-224/01, ECLI:EU:C:2003:513, para. 35. No mesmo

Ainda que o art. 267.º TFUE não atribua às partes qualquer direito à colocação de uma questão prejudicial – sempre negado em nome da natureza de “processo entre juízes” deste mecanismo<sup>10</sup> –, é inegável que constitui instrumento importante para a salvaguarda da tutela jurisdicional efetiva dos particulares, permitindo ultrapassar os obstáculos convencionais que limitam o seu acesso direto ao Tribunal de Justiça.

## 2. As relações entre o Tribunal de Justiça e os tribunais nacionais no quadro do reenvio prejudicial

Na sua essência, o funcionamento do reenvio prejudicial é bastante simples: (i) o juiz nacional coloca a questão prejudicial que entender conveniente ao Tribunal de Justiça, (ii) este responde-lhe e (iii) o primeiro aplica a decisão prejudicial ao caso concreto que tem de resolver.

O sistema de administração da justiça vigente na União desenvolve-se num quadro de cooperação e respeito mútuo. Na ausência de qualquer hierarquia jurisdicional, o seu êxito depende, em larga medida, do “espírito” de colaboração revelado pelos juízes nacionais, os quais têm a responsabilidade de inserir o direito da União na vida judicial hodierna.

Os contornos precisos do funcionamento do mecanismo processual do reenvio prejudicial foram sendo delineados ao longo dos anos pelo Tribunal de Justiça. Em seguida destacam-se quatro vertentes fundamentais dessa jurisprudência:

i) A qualidade de “órgão jurisdicional de um Estado-Membro” para efeitos de aplicação do art. 267.º TFUE deve ser atribuída apenas a entidades que reúnam um “conjunto de elementos, tais como a origem legal do órgão, a sua permanência, o carácter obrigatório da sua jurisdição, a natureza contraditória do processo, a aplicação, pelo órgão, das normas de direito, bem como a sua independência. (...) Além disso, os órgãos jurisdicionais nacionais só podem recorrer ao Tribunal de Justiça se perante eles se encontrar pendente um litígio e se forem chamados a pronunciarse no âmbito de um processo que deva conduzir a uma decisão de carácter jurisdicional”.<sup>11</sup> Saber se uma determinada entidade pode ser uma interlocutora direta do Tribunal de Justiça ao abrigo do art. 267.º TFUE é uma questão que apenas pode ser respondida pelo direito da União e não pelo direito nacional, podendo incluir entidades não integradas na organização judiciária nacional e, em contrapartida, excluir entidades denominadas por esta como órgãos jurisdicionais.

No acórdão *Associação Sindical dos Juízes Portugueses*, resultante de uma questão prejudicial suscitada pelo Supremo Tribunal Administrativo, o Tribunal de Justiça veio recordar que o art. 19.º do Tratado da União Europeia (TUE) confia a tarefa de assegurar a fiscalização jurisdicional na ordem jurídica da União aos órgãos jurisdicionais nacionais. Por força do princípio da cooperação leal enunciado no artigo 4.º, n.º 3, primeiro parágrafo, do TUE, os Estados-Membros devem, por isso, assegurar no seu território a aplicação e o respeito do direito da União, estabelecendo as vias de recurso necessárias para assegurar aos interessados o respeito do seu direito a uma tutela jurisdicional efetiva nos domínios abrangidos pelo direito da União.<sup>12</sup> Tal

sentido, no acórdão de 5 de dezembro de 1979, 143/77, *Koninklijke*, ECLI:EU:C:1979:274, para. 11, o Tribunal de Justiça considerou que a questão prejudicial de validade tem por objetivo garantir a proteção dos direitos dos particulares.

<sup>10</sup> Acórdão de 6 de outubro de 1982, *CILFIT*, 283/81, ECLI:EU:C:1982:335, para. 9.

<sup>11</sup> Acórdão de 31 de maio de 2005, *Syfiat*, C-53/03, ECLI:UE:C:2005:333, para. 9.

<sup>12</sup> Acórdão de 27 de fevereiro de 2018, *Associação Sindical dos Juízes Portugueses*, C-64/16, ECLI:EU:C:2018:117, paras. 32-37.

determina que os tribunais nacionais a quem seja atribuída a aplicação do direito da União devem preencher os requisitos necessários para poderem ser qualificados como “órgãos jurisdicionais” na aceção do direito da União. Uma vez que praticamente todos os tribunais nacionais podem vir a ser chamados a aplicar o direito da União, o Tribunal de Justiça exige, na prática, a incorporação daqueles requisitos nas ordens jurídicas dos Estados-Membros.<sup>13</sup>

**ii)** Em nome da boa cooperação com os tribunais nacionais, o Tribunal de Justiça estabeleceu uma presunção de pertinência das questões prejudiciais que lhe são remetidas por aqueles. Esta posição tem subjacente o entendimento de que o juiz nacional tem um melhor conhecimento dos factos e está, por isso, em melhor lugar para apurar “a pertinência das questões de direito suscitadas pelo litígio que lhe foi submetido e a necessidade de uma decisão prejudicial”,<sup>14</sup> bem como a fase processual em que esta deve ocorrer.<sup>15</sup> Tal presunção só pode ser ilidida em hipóteses excepcionais, a saber: a) quando se verifique, de forma manifesta, que a interpretação solicitada do direito da União não tem qualquer relação com a realidade ou com o objeto do litígio no processo principal pendente perante o tribunal nacional; b) quando o problema jurídico é de natureza hipotética, e o Tribunal de Justiça não disponha dos elementos de facto e de direito necessários para responder utilmente às questões que lhe são colocadas. Se tal for o caso, o Tribunal de Justiça declara as questões prejudiciais inadmissíveis.<sup>16</sup>

O desenvolvimento de um controlo da pertinência das questões prejudiciais levou o Tribunal de Justiça a exigir que o tribunal nacional o informe acerca do enquadramento jurídico e factual concreto em que se inserem as questões prejudiciais colocadas,<sup>17</sup> sob pena de também as considerar inadmissíveis.<sup>18</sup>

**iii)** Apesar de o art. 267.º TFUE não autorizar o Tribunal de Justiça a decidir sobre a conformidade de uma determinada norma nacional face aos Tratados, nada o proíbe de se pronunciar genericamente sobre a compatibilidade de normas nacionais face ao direito da União, fornecendo ao tribunal nacional “todos os elementos de interpretação baseados no direito (da União) que possam permitir-lhe apreciar esta compatibilidade para o julgamento da causa que lhe é submetida”.<sup>19</sup> Esta metodologia deliberativa do Tribunal de Justiça constitui uma forma indireta de controlo sobre a aplicação do direito da União pelos juízes nacionais, uma vez que estes são obrigados a incorporar a decisão do Tribunal de Justiça. O diálogo “entre iguais” conduzido através do art. 267.º TFUE assume, por isso, uma natureza mais aparente do que real.

**iv)** As diferenças entre órgãos jurisdicionais “facultados” e “obrigados” a colocar questões prejudiciais são menos estanques do que sugere a letra do art. 267.º TFUE.

<sup>13</sup> No acórdão *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*, C-64/16, *cit.*, o Tribunal de Justiça analisou o preenchimento do requisito da independência judicial na sequência de medidas legislativas que reduziram temporariamente os vencimentos do setor público no contexto de um resgate financeiro externo da República portuguesa.

<sup>14</sup> Acórdão de 8 de julho de 2004, *Gaumain-Cerri*, C-502/01 e C-31/02, ECLI:EU:C:2004:413, para. 15.

<sup>15</sup> Acórdão de 5 de outubro de 2010, *Elchinov*, C-173/09, ECLI:EU:C:2010:581, para. 26.

<sup>16</sup> Acórdão de 7 de setembro de 1999, *Beck e Bergdorf*, C-355/97, ECLI:EU:C:1999:391, para. 22.

<sup>17</sup> O dever de fundamentação jurídico e factual dos pedidos prejudiciais suscitados pelos juízes nacionais está descrito de forma detalhada na *Nota Informativa Relativa à Apresentação de Pedidos de Decisão Prejudicial pelos Órgãos Jurisdicionais Nacionais*, JO C 297, de 5 de dezembro de 2009, 1-6, para. 22.

<sup>18</sup> Acórdão de 26 de janeiro de 1993, *Telemarsicabruzzo*, C-320/90, C-321/90 e C322/90, ECLI:EU:C:1993:26.

<sup>19</sup> Acórdão de 12 de setembro de 1996, *Fattoria autonoma tabacchi e.a.*, C-254/94, C-255/94 e C-269/94, ECLI:UE:C:1996:320, para. 27.

Na verdade, ambos têm a mesma margem de discricionariedade para apreciar a relevância de uma norma da União para o julgamento da causa, ao que acresce a circunstância de o Tribunal de Justiça ter vindo a mitigar sucessivamente os contornos desta distinção.

Em primeiro lugar, as decisões prejudiciais do Tribunal de Justiça projetam os seus efeitos sobre qualquer órgão jurisdicional. Por essa razão, limitam também a discricionariedade do juiz nacional que não decida em última instância, determinando que este, caso pretenda afastar-se da solução encontrada pelo tribunal do Luxemburgo, deve consultá-lo a título prejudicial com vista a convencê-lo da necessidade de alteração da sua jurisprudência.<sup>20</sup>

Em segundo lugar, os órgãos jurisdicionais que não decidem em última instância estão também obrigados a colocar uma questão prejudicial se considerarem inválido o ato da União aplicável ao caso perante si pendente.<sup>21</sup>

Por último, os órgãos jurisdicionais que decidam em última instância podem evitar o reenvio sempre que a questão de direito da União que pretendem aplicar (a) surja no âmbito de processo cautelar,<sup>22</sup> (b) já tenha sido objeto de resposta na jurisprudência constante do Tribunal de Justiça<sup>23</sup> ou (c) diga respeito a norma cuja interpretação não levante “dúvida razoável”.<sup>24</sup>

### 3. O reenvio prejudicial e os tribunais portugueses

Os juízes portugueses são responsáveis pela aplicação do direito da União na ordem jurídica portuguesa, pelo que as questões prejudiciais que colocam ao Tribunal de Justiça ao abrigo do processo do reenvio prejudicial previsto no art. 267.º do TFUE funcionam como um excelente “barómetro” do cumprimento dessa tarefa. Na verdade, a medição do seu número, a verificação da sua origem e a análise das matérias sobre que incidem consubstancia o modo mais fácil para obter uma primeira “radiografia” do grau de participação e do espírito com que encaram a ordem jurídica da União, pois o art. 267.º TFUE comporta um processo hermético de diálogo judicial balizado por uma faculdade ou uma obrigação de consulta a título prejudicial do Tribunal de Justiça.

Num estudo exaustivo sobre a aplicação do direito da União pelos tribunais portugueses ao longo dos primeiros vinte e um anos da adesão,<sup>25</sup> concluí que a prática judicial portuguesa relativa à aplicação do art. 267.º TFUE não podia ser globalmente qualificada como positiva, na medida em que: (i) o número absoluto e relativo de reenvios prejudiciais observado era muito baixo; (ii) a evolução dos reenvios prejudiciais apresentava irregularidades, tendo-se verificado um significativo decréscimo nos últimos anos do período considerado; (iii) o diálogo com o Tribunal

<sup>20</sup> Acórdão de 3 de março de 1994, *Eurico*, C-332/92, C-333/92 e C-335/92, ECLI:UE:C:1994:79, para. 15.

<sup>21</sup> Acórdão de 10 de janeiro de 2006, *IATA*, C-344/04, ECLI:UE:C:2006:10, para. 30.

<sup>22</sup> Acórdão de 24 de maio de 1977, *Hoffman-La Roche*, 107/76, ECLI:EU:C:1977:89, para. 6.

<sup>23</sup> Acórdão de 27 de março de 1963, *Da Costa*, 28/62 a 30/62, ECLI:UE:C:1963:6, p. 237.

<sup>24</sup> *CILFIT*, cit., paras. 16 a 20. No acórdão de 9 de setembro de 2015, *Ferreira da Silva*, C160/14, ECLI:EU:C:2015:565, para. 45, que teve origem num reenvio prejudicial remetido pelas Varas Cíveis de Lisboa, o Tribunal de Justiça esclareceu que subsiste uma “dúvida interpretativa razoável” quando existem decisões divergentes de instâncias jurisdicionais inferiores quanto à interpretação de um conceito de direito da União e dificuldades de interpretação recorrentes desse mesmo conceito nos diferentes Estados-Membros.

<sup>25</sup> Francisco Pereira Coutinho, *Os tribunais nacionais na ordem jurídica da União Europeia: o caso português* (Coimbra: Coimbra Editora, 2013), 104-217.

de Justiça estava circunscrito quase exclusivamente aos tribunais tributários e aduaneiros; (iv) os reenvios prejudiciais dos tribunais judiciais superiores e dos restantes tribunais administrativos eram residuais; (v) o Tribunal Constitucional nunca tinha colocado qualquer questão prejudicial; (vi) vários reenvios prejudiciais tinham sido declarados inadmissíveis; (vii) os processos prejudiciais portugueses eram, em regra, considerados pouco importantes pelo Tribunal de Justiça, pelos Estados-Membros e pela comunidade académica. Em suma, os tribunais portugueses estavam praticamente ausentes do processo da integração europeia, pouco contribuindo para a evolução da ordem jurídica da União.

Catorze anos volvidos, o panorama alterou-se significativamente. No período compreendido entre 2010 e 2020 foi suscitado mais do dobro de reenvios prejudiciais (153) do que nos vinte e quatro anos anteriores (67), registando-se um máximo de vinte e um nos anos de 2016 e de 2017. O recurso ao processo do art. 267.º TFUE deixou de ser uma coutada quase exclusiva dos tribunais tributários e aduaneiros e passou a ser utilizado com alguma regularidade por outros tribunais administrativos e pelos tribunais judiciais; o Tribunal de Justiça aceitou inclusivamente responder a questões prejudiciais colocadas por tribunais arbitrais tributários e tribunais arbitrais necessários em matéria de medicamentos portugueses.<sup>26</sup> O Supremo Tribunal de Justiça, cujo primeiro reenvio data de novembro de 2005, passou a ter regularmente dúvidas sobre a interpretação do direito da União, sendo já responsável por dezassete reenvios prejudiciais. Várias questões prejudiciais colocadas por juízes portugueses deram origem a acórdãos decididos pelo Tribunal de Justiça em grande secção,<sup>27</sup> o que significa que o tribunal do Luxemburgo as considerou como de elevada sensibilidade política ou como suscetíveis de gerar desenvolvimentos jurisprudenciais significativos.

Como aspetos menos positivos deste período mais recente importa todavia dar nota do facto de o Supremo Tribunal de Justiça ter sido o primeiro supremo tribunal de um Estado-Membro a quem o Tribunal de Justiça identificou uma violação da obrigação de reenvio prevista no 3.º parágrafo do art. 267.º TFUE,<sup>28</sup> e da circunstância de o Tribunal Constitucional não ter aproveitado várias oportunidades, em particular durante o período da chamada jurisprudência da crise,<sup>29</sup> para suscitar a intervenção a título prejudicial do Tribunal de Justiça, tendo-o feito apenas, pela primeira vez, em dezembro de 2020,<sup>30</sup> no âmbito de um processo em que admitiu, controversamente, ter competência, ao abrigo da al. i), do n.º 1, do art. 70.º, da Lei do Tribunal Constitucional, para se pronunciar sobre o afastamento judicial, por aplicação do princípio do primado do direito da União, de norma constante de ato legislativo.

A al. i), do n.º 1, do art. 70.º, da Lei do Tribunal Constitucional, circunscreve a competência do Tribunal Constitucional à apreciação de recurso de decisão de tribunal que recuse “a aplicação de norma constante de ato legislativo com fundamento na sua contrariedade com uma convenção internacional”. Tal recurso, nos termos do art. 71.º, n.º 2, da Lei do Tribunal Constitucional, está circunscrito

<sup>26</sup> Cfr., respetivamente, acórdão de 12 de junho de 2014, *Ascendi*, C-377/13, ECLI:EU:C:2014:1754, e despacho de 13 de fevereiro de 2014, *Merck Canada*, C-555/13, ECLI:EU:C:2014:92.

<sup>27</sup> V.g. acórdão de 11 de setembro de 2007, *Merck Genéricos*, C-431/05, ECLI:EU:C:2007:496, ou *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*, C-64/16, *cit.*.

<sup>28</sup> *Ferreira da Silva*, C-160/14, *cit.*

<sup>29</sup> Francisco Pereira Coutinho, “Austerity on the Loose in Portugal: European Judicial Restraint in Times of Crisis”, *Perspectives on Federalism*, v. 8, no. 3 (2016): 120-124.

<sup>30</sup> Acórdão n.º 711/2020, de 9 de dezembro.

“às questões jurídico-internacionais implicadas na decisão recorrida”, o que significa que, ao admiti-lo no acórdão n.º 711/2020, o Tribunal Constitucional rejeitou a qualificação que o direito da União faz de si próprio, à luz do princípio da autonomia, como distinto do direito internacional e, portanto, necessariamente excluído do controlo da aplicação do direito convencional internacional previsto no art. 70.º, n.º 1, al. i), da Lei do Tribunal Constitucional. A retirada do pedido de decisão a título prejudicial, na sequência de interpelação do Tribunal de Justiça,<sup>31</sup> impediria a pronúncia do tribunal do Luxemburgo sobre a admissibilidade de reenvio prejudicial que tinha como pressuposto uma conceção sobre a natureza do direito da União contrária à da identificação dos Tratados como a “carta constitucional de base” de uma “comunidade de direito”<sup>32</sup> regida por um “sistema de normas autónomo, autossuficiente e coerente”<sup>33</sup> que é parte integrante das ordens jurídicas dos Estados-Membros.<sup>34</sup>

---

<sup>31</sup> Despacho do Presidente do Tribunal de Justiça de 26 de outubro de 2021, *VectorImpacto*, C-136/21, ECLI:EU:C:2021:925, para. 1.

<sup>32</sup> Acórdão de 23 de abril de 1986, *Les Verts*, 284/83, ECLI:EU:C:1986:166, para. 23.

<sup>33</sup> Koen Lenaerts, *The Autonomy of European Union Law* (Bari: Caccuci, 2019), 5-6.

<sup>34</sup> *Costa c. Enel*, 6/64, *cit.*, 155.

# Os recentes desenvolvimentos em matéria de jurisdição por violação transfronteiriça de direitos de personalidade

*Anabela Susana de Sousa Gonçalves\**

## 1. Observações introdutórias

A norma que determina a competência internacional para decidir os pedidos relativos à violação transfronteiriça dos direitos de personalidade é o art. 7º, n.º 2, do Regulamento (UE) n.º 1215/2012 relativo à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial (Bruxelas I *bis*). O art 7º, n.º 2, atribui competência internacional em matéria extracontratual ao tribunal do local onde ocorreu ou pode ocorrer o facto danoso. Chamado a interpretar o conceito de lugar onde ocorreu o facto danoso, o Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) decidiu que a regra deveria ter uma interpretação autónoma relativamente ao direito substantivo dos Estados-Membros, tendo em conta o sistema e os objetivos do regulamento.<sup>1</sup> Nesta medida, o TJUE decidiu que o local onde ocorreu ou pode ocorrer o facto danoso compreende, simultaneamente, o local do evento e o local onde ocorreu o dano.<sup>2</sup>

No entanto, a violação online dos direitos de personalidade obrigou o TJUE a fazer um novo esforço interpretativo, uma vez que as informações colocadas online podem ser acedidas em qualquer país. Consequentemente, os comportamentos ilícitos que ocorrem na Internet podem ter um alcance global e causar danos com maior extensão geográfica e maiores repercussões na esfera jurídica da vítima, especialmente devido à localização geográfica dos seus utilizadores. O objetivo deste estudo é analisar as decisões mais recentes do TJUE relativos à violação transfronteiriça dos direitos de personalidade.

## 2. Regulamento Bruxelas I *bis*

O Regulamento Bruxelas I *bis* estabelece, na União Europeia (UE), um sistema uniforme de disposições legais sobre jurisdição internacional e um sistema de

---

\* Professora Associada da Escola de Direito da Universidade do Minho

<sup>1</sup> TJUE, *Gtflix Tv v DR*, C-251/20, 2021, ECLI:EU:C:2021:1036, §23; 2017, *Bolagsupplysningen e Ilsjan*, C-194/16, EU:C:2017:766, § 25; *eDate Publicidade e Outros*, C-509/09 e C-161/10, 2011, EU:C:2011:685, § 38; *Zuid Rio Chemie*, Processo C-189/08, 2009, ECR I-6917, § 17; *Hassett e Doherty*, C-372/07, 2008, ECR I-7403, § 17; *Draka Cabos NK e outros*, C-167/08, 2009, ECR I-3477, § 19. Sobre a interpretação autónoma do Regulamento Bruxelas I bis, tendo em conta o seu sistema e objetivos, bem como a necessidade de articular a interpretação dos instrumentos jurídicos sobre cooperação judiciária em matéria civil, vide A. S. S. Gonçalves, “Cooperação judiciária em matéria civil e direito internacional privado”, in *Direito da União Europeia*, coord. Alessandra Silveira et al. (Coimbra: Almedina, 2016), 330-291.

<sup>2</sup> Por exemplo, na decisão TJUE, *Handelskwekerij G. J. Bier B.V. v. Mines de Potasse d'Alsace S.A.*, C-21/76, 1976, ECLI:EU:C:1976:166.

reconhecimento automático e aplicação de decisões em matéria jurídica transfronteiriça em matéria civil e comercial (art. 1º). Este Regulamento é um dos principais instrumentos jurídicos da política de cooperação em matéria civil, estabelecida no art. 81º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, que reforça a cooperação entre as autoridades judiciárias dos Estados-Membros, a fim de simplificar o exercício transfronteiriço de direitos, através do princípio do reconhecimento mútuo (Considerando 3 do Regulamento Bruxelas I *bis*).<sup>3</sup>

A regra geral em matéria de competência internacional encontra-se no art. 4º, n.º 1, e atribui competência ao tribunal do Estado-Membro do domicílio do réu. Ademais, o Regulamento Bruxelas I *bis* estabelece um conjunto de competências especiais para determinadas matérias enumeradas no artigo 7º. A atribuição de competências especiais previstas neste preceito legal baseia-se no princípio da proximidade, uma vez que estas disposições se baseiam na existência de uma ligação particularmente estreita entre as jurisdições aí enumeradas e o litígio. Por conseguinte, é protegido o princípio da confiança e as legítimas expectativas das partes, bem como a necessidade de segurança e certeza jurídica, através da atribuição de competência a uma jurisdição previsível, tendo em conta a sua proximidade com o litígio. Ao mesmo tempo, estão também garantidas algumas vantagens processuais, tais como a condução e organização eficientes dos processos, a boa administração da justiça e a produção de prova, com repercussões positivas na rápida resolução do litígio.<sup>4</sup> No caso de existir uma competência alternativa, o demandante, ao propor uma ação, pode recorrer à regra geral do tribunal do domicílio do réu (art. 4º, n.º 1) ou à regra especial do art. 7º. Uma destas competências alternativas especiais diz respeito a questões relacionadas com matéria extracontratual, previstas no n.º 2 do art. 7º.

### 3. A matéria extracontratual no Regulamento Bruxelas I *bis*

O art. 7º, n.º 2, atribui competência em matéria extracontratual aos tribunais do local onde o facto danoso ocorreu ou pode ocorrer. Chamado a interpretar o conceito de local onde ocorreu o facto danoso, o TJUE determinou que esta noção abrange simultaneamente o local onde ocorreu o evento ou o local onde ocorreu o dano.<sup>5</sup> Da mesma forma, chamado a interpretar o conceito de local onde ocorreu o dano, o TJUE decidiu que os danos relevantes para a aplicação do art. 7º, n.º 2, seriam apenas os

<sup>3</sup> Para uma visão mais detalhada do presente regulamento, *vide* AAVV, *ECPIL, European Commentaries of Private International Law, Brussels Ibis Regulation*, ed. Ulrich Magnus e Pater Mankowski (Köln: OttoSchmidt, 2016); H. Gaudemet-Tallon, *Compétence et exécution des jugements en Europe, Matières civile et commerciale* (5th ed., Paris: LGDJ, 2015); A.S.S. GONÇALVES, “A revisão do Regulamento Bruxelas I relativo à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial”, in *Estudos em Comemoração dos 20 Anos da Escola de Direito da Universidade do Minho*, coord. M.F. Monte, J.F. Rocha, J.A. Silva, E. Fernandez (Coimbra: Coimbra Editora, 2014), 39-59.

<sup>4</sup> Com mais detalhes sobre a justificação da jurisdição alternativa no artigo 7º, *vide* Gaudemet-Tallon, *cit.*, 195-196; P. Mankowski, “Article 7”, in *ECPIL, European Commentaries of Private International Law, Brussels Ibis Regulation*, ed. Ulrich Magnus e Pater Mankowski (Köln: OttoSchmidt, 2016), 143-145.

<sup>5</sup> Veja esta posição, v.g., em 1976, *Handelskwekerij G. J. Bier B.V. v. Mines de Potasse d’Alsace S.A.*, C-21/76, ECLI:EU:C:1976:166. De acordo com a jurisprudência do TJUE, a interpretação conferida pelo Tribunal às disposições legais da Convenção de Bruxelas de 1968 sobre a jurisdição e a execução dos acórdãos em matéria civil e comercial deve ser aplicada às regras equivalentes do Regulamento Bruxelas I: *vide*, v.g., TJUE, *Zuid-Chemie BV v. Philippo’s Moneralfabriek NV/SA*, *cit.*; 2002, *Verein für Konsumenteninformation v. Karl Heinz Henkel*, C-167/00, 2009, ECLI:EU:C:2002:555; *Rudolf Kronhofer v. Marianne Maier and Others*, C-168/02, 2004, ECLI:EU:C:2004:364.

Os recentes desenvolvimentos em matéria de jurisdição por violação transfronteiriça de direitos de personalidade

relativos ao local onde ocorreram os danos diretos, ou seja, o local onde ocorreram os resultados diretos da ação ou da omissão que originou o dano.<sup>6</sup>

Esta interpretação do TJUE aumentou o número de tribunais à disposição do demandante, que, para além da regra geral do tribunal do domicílio do réu, poderá recorrer ao tribunal do local do evento e ao tribunal do local do dano. No entanto, o âmbito de competência de cada um destes tribunais é diferente, uma vez que o tribunal do local do dano só terá competência para decidir sobre os danos ocorridos no seu território. Por outro lado, o tribunal do local do evento terá uma jurisdição mais ampla, podendo avaliar todas as consequências decorrentes desse comportamento ilícito.<sup>7</sup>

#### 4. A ocorrência online de atos ilícitos

A ocorrência de atividades ilícitas *online* obrigou o TJUE a fazer um novo esforço interpretativo do art. 7º, tendo agora em conta as características específicas da Internet. A Internet é uma forma de comunicação rápida, onde a informação é globalmente divulgada e é acessível em todo o mundo. As informações que são colocadas *online* podem ser facilmente acedidas em qualquer país e a violação de direitos na Internet pode ter um alcance global e causar danos com uma maior extensão geográfica. Tal factualidade alarga as suas repercussões na esfera jurídica do lesado, em especial devido à localização geográfica dos internautas.

As características da Internet conduziram o TJUE a adotar uma *abordagem orientada para o delito*, especialmente na interpretação do local onde ocorreram os danos, em relação a atividades ilícitas *online*: ou seja, uma interpretação que varia consoante o delito em questão, tendo em conta a natureza do direito violado, o âmbito de proteção geográfica desse direito e a análise da extensão dos danos. A ideia inicial da *abordagem orientada em função do delito* é que a ocorrência de danos num determinado local depende de a condição do direito em questão estar protegido no território desse Estado. Neste sentido, a *abordagem orientada em função do delito* tem em conta a área de proteção geográfica do direito, devido à necessidade de identificar o tribunal melhor situado para avaliar a violação do direito em questão.<sup>8</sup> O TJUE testou a abordagem orientada em função do delito em várias decisões relativas a atividades ilícitas online. Um exemplo é o caso *Wintersteiger*, em que estava em causa uma violação de um direito de propriedade intelectual através da Internet, nomeadamente de uma marca registada;<sup>9</sup> outro exemplo é o caso *Peter Pinckney*, no qual o direito de autor foi violado através de conteúdos publicados num *website*;<sup>10</sup> no caso *Pez Hejduk* estava também em causa uma

<sup>6</sup> Vide, v.g., TJUE, *Zuid-Chemie BV v. Philippo's Moneralenfabriek NV/SA*, 2009, cit.; *Rudolf Kronhofer c. Marianne Maier and Others*, 2004, cit.; *Dumez France SA and Tracoba SARL v. Hessische Landesbank and others*, C-220/88, 1990, ECLI:EU:C:1990:8; *eDate Advertising and Others*, 2011, cit., §41.

<sup>7</sup> Sobre esta interpretação, ver P. Mankowski, "Article 7", in *ECPII, European Commentaries of Private International Law, Brussels Ibis Regulation*, cit., 195-196; AAVV, *Derecho Internacional Privado*, v. II, coord. A. L. Calvo Caravaca e J. Carrascosa González (14ª Ed., Granada: Comares, 2019), 1062-1080; M. Virgós Soriano e F. Garcimartín Alférez, *Derecho Procesal Civil Internacional, Litigación Internacional* (2.ª Ed., Pamplona: Thomson Civitas, 2007), 186-200; F. Salerno, *Guirisdizione ed Efficacia delle Decisioni Straniere nel Regolamento (CE) N. 44/2001 (La revisione della Convenzione di Bruxelles del 1980)* (3.ª Ed., Padova: Cedam, 2006), 150-166.

<sup>8</sup> Vide com mais pormenor a abordagem orientada em função do delito, A.S.S. Gonçalves, "The application of the Brussels I Recast Regulation to wrongful activities online and the delict oriented approach", *European Journal of Law and Technology*, v. 9, no. 1 (2018): 1-14.

<sup>9</sup> TJUE, *Wintersteiger AG v. Producuts 4USondermaschinenbau GmbH*, C-523/10, 2012, ECLI:EU:C:2012:220.

<sup>10</sup> TJUE, *Peter Pinckney v. KDG Mediatech AG*, C-170/12, 2013, ECLI:EU:C:2013:635.

violação *online* de direito de autor;<sup>11</sup> o caso *Concurrence SARL* foi outro exemplo, que envolveu a violação *online* de direitos de distribuição exclusivos.<sup>12</sup>

No que respeita à interpretação do lugar do evento em atividades ilícitas online, o TJUE tem várias decisões sobre a aplicação deste conceito na violação transfronteiriça dos direitos de personalidade.

## 5. Violação transfronteiriça dos direitos de personalidade

No caso *Shevill*, o TJUE concentrou-se na divulgação, através da imprensa, de um artigo difamatório publicado em vários Estados. Neste caso, foi decidido que o lesado poderia propor uma ação, peticionando uma indemnização por todos os danos sofridos no local do evento, que seria o lugar do estabelecimento da editora, uma vez que este era o local onde ocorreu o ato ilícito: “no caso de uma difamação através de um artigo de imprensa divulgado no território de vários Estados contratantes, o lugar do evento causal (...) só pode ser o lugar de estabelecimento do editor da publicação em causa, na medida em que constitui o lugar de origem do facto danoso, a partir do qual a difamação foi expressa e posta em circulação”.<sup>13</sup> Quanto ao local onde ocorreram os danos, o tribunal decidiu que, no caso de difamação transfronteiriça através da imprensa, “o dano causado por uma publicação difamatória à honra, reputação e bom nome de uma pessoa singular ou de uma pessoa coletiva ocorre nos locais onde a publicação é distribuída, quando a vítima é conhecida nesses locais”.<sup>14</sup> Assim, considerou-se que os tribunais do Estado no qual a publicação foi publicada e onde o lesado alega ter sofrido um ataque à sua reputação também teriam competência, como tribunal da ocorrência do dano, com a especificidade de que estes últimos tribunais só podiam julgar os danos ocorridos no território desse Estado.<sup>15</sup> Esta posição é conhecida como a teoria do mosaico (*Mosaikbetrachtung*), uma vez que, potencialmente, a parte lesada pode interpor uma ação no tribunal do local onde cada um dos danos ocorreu, e esse tribunal, por sua vez, só pode decidir os danos que ocorreram no seu próprio território.<sup>16</sup>

No caso *eDate*, o TJUE voltou a analisar uma situação de violação transfronteiriça de direitos de personalidade, no entanto, a divulgação dos conteúdos lesivos foi feita através da Internet. Neste caso, o tribunal reconheceu a especificidade da Internet, uma vez que, devido às suas características e ao seu alcance mundial, o impacto de conteúdos lesivos que foram publicados *online*, nos direitos de personalidade de um indivíduo, é maior e, conseqüentemente, assim é a magnitude dos danos que pode produzir.<sup>17</sup> Logo, o TJUE manteve a posição de que a parte lesada poderia recorrer ao tribunal do lugar onde ocorreu o facto danoso - neste caso, o lugar do estabelecimento do editor de conteúdos -, para a indemnização de todos os danos. Poderia igualmente propor uma ação em cada um dos Estados-Membros em que os danos ocorreram, embora, nesse caso, estes tribunais só tivessem competência para se pronunciarem sobre os danos

<sup>11</sup> TJUE, *Pez Hejduk v. EnergieAgentur.NTW GmbH*, C-441/13, 2014, ECLI:EU:C:2015:28.

<sup>12</sup> TJUE, *Concurrence SARL v. Samsung Electronics France SAS, Amazon Services Europe Sàrl*, C 618/15, 2016, ECLI:EU:C:2016:976.

<sup>13</sup> TJUE, *Fiona Shevill, Ixora Trading INC., Chequepoint SARL e Chequepoint International LTD v. Presse Alliance SA.*, C-68/93, ECLI:EU:C:1995:61, § 24.

<sup>14</sup> *Idem, ibidem*, § 29.

<sup>15</sup> *Idem, ibidem*, § 30 e 33.

<sup>16</sup> Sobre os danos dispersos e a abordagem do mosaico, v. A.S.S. Gonçalves, “The application of the general rule of the Rome II Regulation on the internet torts”, *Masaryk University Journal of Law and Technology*, v. 8, no. 1 (2014): 64-66.

<sup>17</sup> TJUE, *eDate Advertising and Others*, 2011, *cit.*, §41.

Os recentes desenvolvimentos em matéria de jurisdição por violação transfronteiriça de direitos de personalidade

ocorridos no seu território. No caso da infração *online*, os danos ocorreriam em cada um dos Estados em cujo território o conteúdo colocado *online* é ou era acessível<sup>18</sup> e onde o lesado alega que a sua reputação foi prejudicada.<sup>19</sup>

No entanto, o TJUE foi sensível ao facto de os utilizadores da Internet estarem espalhados por todo o mundo e de o conteúdo colocado *online* poder ser potencialmente acedido em qualquer Estado, o que aumenta o impacto dos danos. Considerou igualmente que “*nem sempre é possível, no plano técnico, quantificar essa difusão com certeza e fiabilidade relativamente a um EstadoMembro em particular, nem, por conseguinte, avaliar o dano exclusivamente causado nesse EstadoMembro*”.<sup>20</sup> Tendo em conta a gravidade, a extensão geográfica do dano e a dificuldade de o localizar num único Estado, o TJUE considerou que o tribunal do local onde está o centro dos interesses da vítima teria competência sobre todos os danos.<sup>21</sup> O centro de interesses da vítima seria o local onde o dano à reputação da pessoa seria maior e, em geral, corresponderia ao lugar da sua residência habitual.<sup>22</sup> No entanto, o lugar do centro de interesses também poderia materializar-se no local onde a vítima exerce a sua atividade profissional, se a pessoa tiver uma relação particularmente próxima com esse Estado.<sup>23</sup> A competência do tribunal do local onde se encontra sediado o centro de interesses da vítima é justificada, pelo TJUE, de acordo com o princípio de proximidade e previsibilidade subjacentes às regras de competência internacional, uma vez que o editor do conteúdo ilegal está em condições de saber onde está o centro de interesses da pessoa que alega que os seus direitos foram violados. Além disso, a possibilidade deste tribunal decidir a totalidade dos danos é justificada com base na boa administração da justiça.<sup>24</sup>

## 6. O caso *Bolagsupplysningen*

No caso *Bolagsupplysningen*, o TJUE foi novamente chamado a interpretar o conceito de lugar onde ocorreu o facto danoso, no caso da violação transfronteiriça dos direitos de personalidade através da Internet, numa situação em que uma pessoa singular e uma pessoa coletiva invocavam a violação dos seus direitos de personalidade pela publicação de informações falsas numa página da Internet e pela não eliminação de comentários negativos aí escritos sobre as mesmas. As pessoas visadas solicitaram a retificação das informações, a eliminação de comentários e o ressarcimento dos danos sofridos na sequência dessa publicação.

Neste caso, o tribunal reafirma o lugar do centro de interesses do lesado como o “*lugar onde o impacto real de uma publicação na Internet e a sua natureza lesiva ou não melhor podem ser apreciados por um tribunal*”,<sup>25</sup> devendo este tribunal decidir sobre todos os danos sofridos em nome de uma boa administração da justiça.<sup>26</sup> Mais uma vez, sublinha-se que esta interpretação permite a previsibilidade das regras de jurisdição e

---

<sup>18</sup> Note-se que a vítima é considerada a vítima direta dos danos. Para mais desenvolvimentos sobre esta noção, ver A.S.S. Gonçalves, *Da responsabilidade extracontratual em direito internacional privado. A mudança de paradigma* (Coimbra: Almedina, 2013), 374-380 e 406.

<sup>19</sup> TJUE, *eDate Advertising and Others*, 2011, *cit.*, § 42.

<sup>20</sup> *Idem, ibidem*, § 46.

<sup>21</sup> *Idem, ibidem*, § 48.

<sup>22</sup> *Idem, ibidem*, § 49.

<sup>23</sup> *Idem, ibidem*.

<sup>24</sup> *Idem, ibidem*, § 48.

<sup>25</sup> TJUE, *Bolagsupplysningen and Ilsjan*, 2017, *cit.*, §37.

<sup>26</sup> *Idem, ibidem*, §38.

certeza jurídica, facilitando ao demandante e ao demandado a identificação do foro.<sup>27</sup> A verdade é que o centro das atividades da pessoa é: o local mais identificável com a pessoa; onde a sua reputação está mais enraizada e onde aquela está interessada em preservá-la; onde ocorrem as maiores repercussões económicas dos danos na atividade da pessoa, estando em causa danos na sua reputação. Isto é evidente no caso *Bolagsupplysningen*, onde se alega que a informação que a Svensk Handel (a demandada e uma sociedade de direito sueco) colocou no seu site acusando a sociedade comercial *Bolagsupplysningen* de cometer atos fraudulentos e burlas, bem como os 1000 comentários na página *web* que se seguiram a essa publicação, paralisou a atividade económica da empresa na Suécia (o principal local da sua atividade), causando perdas materiais diárias.

Quanto ao centro de interesses de um dos demandantes, uma pessoa singular de nome Ilsjan, reafirma-se que, no caso das pessoas singulares, este corresponde geralmente à sua residência habitual, mesmo que possa corresponder ao local de exercício da sua atividade profissional, se houver uma ligação próxima com esse Estado.<sup>28</sup> Por conseguinte, a Estónia seria o lugar do centro de interesses de Ilsjan, a sua residência habitual, e o tribunal estónio poderia avaliar a totalidade dos danos sofridos.

Relativamente à sociedade *Bolagsupplysningen*, o outro demandante e uma pessoa coletiva com atividade comercial, o tribunal decidiu que o local onde a reputação dessa pessoa está mais consolidada deve ser avaliado em função das circunstâncias e deve corresponder ao local onde é exercida a parte essencial da sua atividade económica, que pode ou não coincidir com o lugar da sua sede. Todavia, numa situação como a do caso em análise, em que a sede da pessoa coletiva está localizada num Estado-Membro (Estónia), mas a maior parte das atividades são exercidas noutro Estado-Membro (Suécia), os danos à reputação da pessoa são mais sentidos neste último.<sup>29</sup> Por conseguinte, os tribunais suecos (Estado onde a maior parte das atividades económicas da sociedade são exercidas e onde a sociedade sedimentou a sua reputação) seriam os mais próximos para decidir a violação do direito em causa. Isto porque a violação da reputação da empresa é “a publicação de dados e de comentários alegadamente incorretos ou difamatórios numa página Internet profissional gerida no Estado-Membro onde a pessoa coletiva em causa exerce a maior parte das suas atividades e que são, tendo em conta a língua em que são redigidos, destinados, essencialmente, a serem compreendidos por pessoas que residem nesse Estado-Membro”.<sup>30</sup> A Suécia será considerada o local onde ocorreram os danos à reputação da vítima e assumirá a jurisdição como o centro de interesses do lesado.

O TJUE especificou igualmente o conceito de lugar do dano, tendo em conta a sua natureza. Os demandantes solicitaram a retificação de informações incorretas sobre a publicação referente aos mesmos, colocados no website e a eliminação de comentários relacionados com os mesmos, publicados no fórum de discussão. O TJUE decidiu que não seria possível recorrer aos tribunais de cada um dos Estados-Membros em cujo território as informações são ou eram acessíveis para obter a retificação de dados incorretos ou a remoção dos comentários.<sup>31</sup> De acordo com o tribunal, “*tendo em conta a natureza ubiqüitária dos dados e dos conteúdos colocados em linha num sítio Internet e o facto de o alcance da sua difusão ser em princípio universal (...), um pedido de retificação*

<sup>27</sup> *Idem, ibidem*, §35.

<sup>28</sup> *Idem, ibidem*, §35.

<sup>29</sup> *Idem, ibidem*, §41.

<sup>30</sup> *Idem, ibidem*, §42.

<sup>31</sup> *Idem, ibidem*, §42.

Os recentes desenvolvimentos em matéria de jurisdição por violação transfronteiriça de direitos de personalidade

*dos primeiros e de supressão dos segundos é uno e indivisível e, por conseguinte, só pode ser apresentado num tribunal competente para conhecer da totalidade do pedido de reparação do dano”,* tal como decidido nos processos *Shevill e eDate*.<sup>32</sup> Por outras palavras, o TJUE considerou que os danos em apreço (retificação de informações incorretas e a eliminação de comentários) não eram geograficamente divisíveis. Por conseguinte, não foi possível recorrer, neste caso, ao local do dano.

## 7. O caso da *Gtflix Tv*

O recente caso da *Gtflix Tv*<sup>33</sup> ajuda a clarificar a posição assumida pelo TJUE na decisão *Bolagsupplysningen*. A *Gtflix Tv* tem sede e o seu centro de interesses na República Checa, onde produz e distribui, através da internet, conteúdos audiovisuais para adultos. DR é um realizador, produtor e distribuidor de filmes do mesmo tipo, comercializados em websites alojados na Hungria, país onde tem o seu domicílio. A *Gtflix Tv* alega que DR fez comentários difamatórios a seu respeito em páginas da Internet e fóruns e decidiu propor uma ação contra este, pedindo: a cessação de todos os atos difamatórios em relação à *Gtflix Tv* e publicação de um aviso legal em francês e inglês em cada um dos fóruns da Internet; a autorização para que a *Gtflix Tv* publique um comentário sobre esses fóruns; o pagamento à *Gtflix Tv* de uma compensação por danos patrimoniais e por danos não patrimoniais. Neste caso, a distinção entre os diferentes tipos de danos e a forma como a sua natureza afeta a jurisdição do tribunal é clara.

A ação foi proposta nos tribunais franceses, como tribunais do local dos danos, e a dúvida que foi suscitada perante o TJUE prendia-se com a competência dos tribunais franceses, nos termos do art. 7º, n.º 2. O TJUE reafirmou que a vítima pode propor uma ação: por todos os danos, junto do local do facto causador do dano (local em que o está estabelecido o editor desse conteúdo); por todos os danos, junto do lugar do centro de interesses das vítimas; perante os tribunais de cada Estado-Membro em que o conteúdo colocado *online* é ou foi acessível, como local do dano, mas apenas no que diz respeito aos danos causados nesse Estado-Membro.<sup>34</sup>

No entanto, esclarecendo a decisão *Bolagsupplysningen*, o TJUE afirma que um pedido de retificação e remoção de informações colocadas na Internet é um pedido único e indivisível e só pode ser apresentado a um tribunal que tenha competência para decidir a totalidade dos danos, uma vez que, atenta a natureza da internet, a difusão de um conteúdo colocado *online* é universal.<sup>35</sup> Portanto, apenas o tribunal do evento ou o tribunal do centro de interesses podem decidir este pedido. Por outro lado, no que diz respeito à indemnização pelos danos resultantes da colocação do conteúdo *online*, o tribunal decidiu que a vítima pode pedir uma indemnização por todos os danos, recorrendo aos referidos tribunais, ou apenas por uma parte desses danos. Neste último caso, a vítima pode propor uma ação de indemnização parcial em cada Estado-Membro em que o dano ocorreu, desde que esses comentários sejam ou tenham sido acessíveis nesse Estado-Membro.<sup>36</sup> Estes tribunais só terão competência para decidir sobre os danos ocorridos no seu território.

---

<sup>32</sup> *Idem, ibidem*, §49.

<sup>33</sup> TJUE, *Gtflix Tv v. DR*, C-251/20, 2021, ECLI:EU:C:2021:1036.

<sup>34</sup> *Idem, ibidem*, §30.

<sup>35</sup> *Idem, ibidem*, §32.

<sup>36</sup> *Idem, ibidem*, §43.

## 8. O caso *Mittelbayerischer*

O caso *Mittelbayerischer* tem a especificidade de que a pessoa que alega a violação dos seus direitos de personalidade pelo conteúdo colocado online no website da *Mittelbayerischer* não é direta ou indiretamente referida nesse conteúdo. SM era um cidadão polaco, residente na Polónia, e foi prisioneiro no campo de extermínio em Auschwitz, durante a Segunda Guerra Mundial. *Mittelbayerischer Verlag* é uma sociedade alemã que publica um jornal online no seu website, em alemão, mas acessível a partir de outros países. SM alega que os seus direitos de personalidade foram violados, nomeadamente a sua identidade e dignidade nacionais, com uma expressão publicada pelo demandado que afirmava que o campo de Treblinka, situado na Polónia, era um campo de extermínio nazi. Mais tarde, esta expressão foi substituída por campo de extermínio nazi alemão de Treblinka, situado na Polónia ocupada.<sup>37</sup> A questão colocada ao TJUE era a de saber se os tribunais polacos podiam ter competência nos termos do art. 7º, n.º 2, como tribunais do local onde o demandante tem o seu centro de interesses.

O TJUE invocou a previsibilidade e a certeza jurídica das regras de jurisdição para justificar que uma pessoa que não seja mencionada ou indiretamente identificada por um conteúdo colocado online não possa recorrer aos tribunais do seu centro de interesses, uma vez que o réu não poderia “razoavelmente prever ser demandado nesses tribunais, porque, no momento em que coloca um conteúdo em linha na Internet, não está em condições de conhecer os centros de interesses de pessoas a que esse conteúdo não se refere de forma alguma”.<sup>38</sup> Uma outra interpretação multiplicaria os tribunais competentes para decidir a totalidade dos danos, não tendo em conta que o art. 7º, n.º 2, constitui uma exceção à regra geral do art. 4º; por isso, deve ser interpretado restritamente; e para ser aplicável, deve haver uma ligação particularmente estreita entre o litígio e os tribunais elencados nessa disposição legal, a fim de se garantir a certeza jurídica e a previsibilidade do foro.<sup>39</sup> Essa estreita ligação não pode assentar “em elementos exclusivamente subjetivos, ligados unicamente à sensibilidade individual dessa pessoa, mas em elementos objetivos e verificáveis que permitam identificar, direta ou indiretamente, esta pessoa enquanto indivíduo”.<sup>40</sup> O facto de SM fazer parte de um grupo identificável referido no conteúdo colocado online não é suficiente, uma vez que não se traduz numa ligação estreita entre o local do seu centro de interesses e o litígio.<sup>41</sup> Consequentemente, a pessoa que alega que os seus direitos de personalidade foram violados por um conteúdo online disponível na internet só pode recorrer aos tribunais do seu centro de interesses “se esse conteúdo contiver elementos objetivos e verificáveis que permitam identificar, direta ou indiretamente, a referida pessoa enquanto indivíduo”.<sup>42</sup>

## 9. Observações finais

No caso *Mittelbayerischer*, o TJUE decidiu que os fatores de conexão das regras de competência devem ser estabelecidos com a vítima direta da atividade ilícita.

<sup>37</sup> TJUE, *Mittelbayerischer Verlag KG v SM*, proc. C-800/19, 2021, ECLI:EU:C:2021:489, §7-12.

<sup>38</sup> *Idem, ibidem*, §38.

<sup>39</sup> *Idem, ibidem*, §40.

<sup>40</sup> *Idem, ibidem*, §42.

<sup>41</sup> *Idem, ibidem*, §44.

<sup>42</sup> *Idem, ibidem*, §46.

Os recentes desenvolvimentos em matéria de jurisdição por violação transfronteiriça de direitos de personalidade

Esta posição está em conformidade com as noções estabelecidas pelo Regulamento (CE) n.º 864/2007 sobre a lei aplicável às obrigações extracontratuais (Roma II). A noção de lesado do art. 4º, n.º 2, do Regulamento Roma II, deve ser interpretada no sentido de vítima direta dos danos, o que pode não coincidir com a pessoa que pede a indemnização. Esta é a interpretação mais adequada, porque está em conformidade com a noção de dano estabelecida no art. 4º, n.º 1, do mesmo Regulamento, que confere relevância aos danos diretos.<sup>43</sup> Esta disposição legal constante do Regulamento Roma II refere-se ao local onde ocorre o dano direto, o que significa que o delito se rege pela lei do local onde ocorreu o resultado direto do evento, seguindo a noção de dano direto fixado pela jurisprudência do TJUE, relativamente à regra de competência do artigo 7.º, n.º 2, do Regulamento Bruxelas I *bis*.<sup>44</sup> Assim, podemos concluir que, nesta decisão, existe coerência entre as noções estabelecidas no Regulamento Bruxelas I *bis* e no Regulamento Roma II, na sequência do Considerando 7 do Regulamento Roma II.<sup>45</sup>

Esta interpretação também evita a multiplicação de foros, e toma em consideração os objetivos das regras especiais do art. 7º: a estreita ligação entre o litígio e o tribunal; a segurança jurídica; e a previsibilidade do demandado sobre a jurisdição. Outra interpretação criaria competências com fraca ligação com o litígio e impossibilitaria o demandado de prever a competência internacional, uma vez que a Internet tem um alcance global e o demandante poderia ter o seu centro de interesses em qualquer Estado-Membro.

Os casos *Bolagsupplysningen* e *Gflix Tv* seguem a abordagem orientada em função do delito, já indicada noutros casos de delitos na Internet: quando as atividades *online* causam danos, o local onde os danos ocorrem varia de acordo com a natureza do direito infringido e o âmbito de proteção geográfica desse direito, o que implica uma análise da infração, da natureza do direito e da sua área geográfica de proteção.<sup>46</sup>

No entanto, em casos de violação *online* dos direitos de personalidade, pode-se questionar a adequação da regra da dispersão dos danos, conferindo competência a cada um dos Estados-Membros onde o conteúdo que foi colocado em linha pode ser acedido. A natureza ubíqua da Internet e a localização dispersa dos seus utilizadores

---

<sup>43</sup> Com a mesma posição, *vide* A. Dickinson, *The Rome II Regulation, The Law Applicable to Non-Contractual Obligations* (Oxford: Oxford Publishing Press, 2010), 339; A.S.S. Gonçalves, *Da responsabilidade extracontratual em direito internacional privado. A mudança de paradigma* (Coimbra: Almedina, 2013), 406; H. Von Hein, “Article 4 General Rule”, in *Rome Regulations, Commentary on the European Rules on the Conflict of Law*, ed. Galf Peter Calliess (The Netherlands: Workers Kluwer, 2011), 416; U. Magnus, “Article 4 General Rule”, in *ECPII, European Commentaries of Private International Law, Rome II Regulation*, ed. Ulrich Magnus e Pater Mankowski (Köln: OttoSchmidt, 2019), 179-180.

<sup>44</sup> TJUE, *Dumez France SA and Tracoba SARL v Hessische Landesbank and others*, proc. C-220/88, 1990, ECLI:EU:C:1990:8; *Antonio Marinari v Lloyds Bank plc and Zubaidi Trading Company*, proc. C-364/93, 1995, ECLI:EU:C:1995:289; *Rudolf Kronhofer v Marianne Maier and Others*, proc. C-168/02, 2004, ECLI:EU:C:2004:364; *Réunion européenne SA and Others v Spliethoff's Bevrachtungskantoor BV and the Master of the vessel Alblasgracht V002*, proc. C-51/97, 1998, ECLI:EU:C:1998:509.

<sup>45</sup> De acordo com a Comissão Europeia, os Regulamentos Bruxelas I, Roma II e Roma I formam um inseparável grupo de regras, estabelecendo o quadro jurídico do direito internacional privado da União Europeia em matéria de obrigações contratuais e extracontratuais em matéria civil e comercial: European Commission (2005) Proposal for a Regulation of the European Parliament and the Council on the law applicable to contractual obligations (Rome I), COM/2005/0650 final - COD 2005/0261: Brussels, 2.

<sup>46</sup> Para uma compreensão mais aprofundada, *vide* A.S.S. Gonçalves, “The application of the Brussels I Recast Regulation to wrongful activities online and the delict oriented approach”, *cit.*, 1-14.

permitem a disseminação mundial dos conteúdos colocados *online*. Assim, na violação *online* dos direitos de personalidade, pode ser difícil, a nível técnico, distribuir os danos por vários países e para o tribunal avaliar a existência e a extensão dos danos no seu território.

Além disso, embora o TJUE não concorde,<sup>47</sup> é inegável a ligação de dependência entre o pedido de retificação e a remoção dos conteúdos colocados *online* e o pedido de indemnização pelos danos resultantes dessa ação. Seria muito estranho que, relativamente à mesma situação, um tribunal decidisse que não houve violação dos direitos de personalidade e recusasse a retificação e a remoção dos conteúdos colocados *online*, e outro tribunal concedesse uma indemnização pelos danos ocorridos no seu território por violação dos direitos de personalidade.

Consequentemente, a previsibilidade e a certeza jurídica, e a necessidade de coerência aconselhariam o TJUE a repensar a sua jurisprudência e, na violação *online* de direitos de personalidade, a atribuir competência ao tribunal capaz de avaliar a totalidade dos danos, respeitando uma ligação mais estreita entre o tribunal e todo o litígio. Isso significaria restringir a competência ao lugar do centro de interesses da vítima (como o local onde ocorreu o dano à reputação da vítima) ou ao local do evento, eliminando a abordagem do mosaico. Isto estaria mais em consonância com a natureza da violação *online* dos direitos de personalidade e com as características da Internet, como meio universal de divulgação. Permitiria igualmente a coerência no julgamento de diferentes ações relativas à mesma situação, evitando decisões contraditórias. Para além disso, facilitaria o julgamento destas questões e contribuiria para uma boa administração da justiça e para a eficácia na produção de prova, uma vez que, a nível territorial, não é fácil repartir a violação *online* dos direitos de personalidade por vários Estados e calcular a indemnização de danos parciais em cada Estado-Membro. Por fim, recorrer a um tribunal para decidir todas as pretensões relativas à mesma situação (o tribunal do local do evento ou o tribunal do centro de interesses da vítima) seria no melhor interesse do lesado, que teria uma decisão mais abrangente.

---

<sup>47</sup> TJUE, *Gflix Tv v. DR*, 2021, *cit.*, § 36.

# O procedimento europeu de arresto de contas bancárias\*

*Carlos Manuel Gonçalves de Melo Marinho\*\**

## 1. O Regulamento

O Regulamento (UE) n.º 655/2014 do Parlamento Europeu e do Conselho de 15 de Maio de 2014 que estabelece um procedimento de decisão europeia de arresto de contas para facilitar a cobrança transfronteiriça de créditos em matéria civil e comercial<sup>1</sup> (RPDEAC) é um encadeado normativo de Direito da União Europeia vocacionado para viabilizar a cobrança transfronteiriça de créditos e garantir a possibilidade de administrar Justiça concreta e efectiva no âmbito dos litígios integrados no seu objecto de incidência mediante a disponibilização de um mecanismo expedito, de natureza “cautelar” e mono-focado – porque apontado a uma vertente exclusiva do património dos devedores (as contas bancárias).<sup>2</sup>

## 2. Génese

A resposta jurídica corporizada no Regulamento foi motivada pela identificação prévia de particulares dificuldades no domínio da cobrança de créditos em contextos transfronteiriços e pela vontade de lhes dar uma resposta directa, eficaz, operacional e ajustada com vista a garantir a tal cobrança e o bom funcionamento do mercado único. As dificuldades referidas, muito associadas à problemática da administração da Justiça num contexto transversal e extra-fronteiras não unificado, são as que brotam

---

\* Texto elaborado sem submissão às regras do “Acordo Ortográfico”.

\*\* Juiz Desembargador co-fundador e ex-Ponto de Contacto Nacional da Rede Judiciária Europeia em Matéria Civil e Comercial.

<sup>1</sup> V.d., também, o Regulamento de Execução (UE) 2016/1823 da Comissão, de 10 de outubro de 2016, que estabelece os formulários a que se refere o Regulamento (UE) n.º 655/2014 do Parlamento Europeu e do Conselho que estabelece um procedimento de decisão europeia de arresto de contas para facilitar a cobrança transfronteiriça de créditos em matéria civil e comercial.

<sup>2</sup> Apesar de estarmos perante regras submetidas a um quadro conceptual próprio, de Direito da União, não é inútil o recurso a algumas noções normativas internas, ao menos a um nível de enquadramento técnico de base e referência semântica, já que o instituto foi colher inspiração nos quadros nacionais de tutela da cobrança de créditos. No que tange a Portugal, encontramos solução com pontos de coincidência no âmbito do procedimento cautelar de arresto regulado nos arts. 391.º a 396.º do Código de Processo Civil (CPC). Nestes preceitos, não são acautelados apenas os créditos financeiros antes podendo ser objecto da “apreensão judicial” com submissão às regras da penhora quaisquer bens pertencentes ao devedor (cfr. o n.º 1 do art. 773.º do CPC no que tange à penhora de créditos). V.d., quanto à potencial equivalência de referentes, o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 28.11.2017, proferido no processo n.º 22649/17.2T8LSB.L1, que chega mesmo a afirmar que “*O Regulamento (UE) n.º 655/2014 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de maio de 2014, que estabelece um procedimento de decisão europeia de arresto de contas para facilitar a cobrança transfronteiriça de créditos em matéria civil e comercial, tem como requisitos o fumus boni iuris e o periculum in mora em termos equivalentes ao Artigo 391º do Código de Processo Civil*”. Cf., na mesma linha, acrescentando como pressuposto a urgência, o Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 10.09.2020 (processo n.º 1525/20).

da assimetria dos procedimentos nacionais orientados para a obtenção de decisões de arresto de contas (o que clama por solução conjunta), da diversidade das condições de concessão dessas medidas e do carácter heterogéneo da sua aplicação (com severas consequências ao nível da credibilização da ideia de Justiça comum).

Acrescem, ainda, as muito relevantes limitações notadas em contextos marcados pela necessidade de se aceder, em paralelo, a distintas medidas cautelares nacionais em casos assinalados pela imprescindibilidade de arrestar várias contas bancárias tituladas por mais do que um devedor e domiciliadas em diferentes Estados-Membros.

A solução encontrada pelo legislador da União e materializada no regime em apreço correspondeu à criação de um novo procedimento europeu, ou seja, à produção de um conjunto de normas horizontal e desligado das soluções nacionais. Para o efeito, o dito legislador optou pelo instrumento jurídico de maior desempenho – o Regulamento – assim gerando imediata vinculação e aplicabilidade simétrica, simultânea e temporalmente programável.

No *Livro Verde* que se encontra na génese do Regulamento,<sup>3</sup> o título escolhido fazia menção expressa à penhora, assim parecendo circunscrever o objecto da intervenção em preparação a um domínio mais executivo do que cautelar.<sup>4/5</sup> Porém, logo no ponto 2, o referido texto revelava que pretendia atingir algo que se encontrava para além das palavras escolhidas, nos seguintes termos: “*Uma ordem deste tipo seria estritamente cautelar, na medida em que bloqueia os fundos do devedor numa conta bancária sem implicar a sua transferência para a conta do credor. O procedimento ficaria sujeito a condições de emissão da ordem, nomeadamente garantir ao devedor um nível de protecção adequado. Uma ordem de penhora emitida num Estado-Membro seria reconhecida e executada em toda a União Europeia sem necessidade de uma declaração de executoriedade*”. Só no Regulamento em análise se aprimorariam as palavras definindo com rigor tratar-se de providência de arresto e de intervenção cautelar. Nele se solucionou também, nos termos que melhor veremos infra, o dilema genésico colocado nesse Livro Verde de saber se deveria ser “*adoptado um procedimento europeu específico*” ou se deveriam “*harmonizar-se as legislações dos Estados-Membros em matéria de penhora de contas bancárias*”.

### 3. Fundamento jurídico

O fundamento jurídico da criação do conjunto de preceitos sob análise encontra-se no n.º 2 do art. 81.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE). Em consequência, temos que considerar serem elementos centrais da sua teleologia assegurar o reconhecimento mútuo entre os Estados-Membros das decisões judiciais e a respetiva execução (*id est* garantir a livre circulação das “sentenças” e sua efectividade),

<sup>3</sup> Livro Verde sobre uma maior eficácia na execução das decisões judiciais na União Europeia: penhora de contas bancárias (apresentado pela comissão), Bruxelas, 24.10.2006 COM(2006) 618 final sec(2006) 1341}.

<sup>4</sup> Percepção aliás logo confirmada no ponto 1.1. da Introdução no qual se referiu, sob a epígrafe “*Lacunas da situação actual*”, que “*A legislação em matéria de execução é frequentemente considerada o “calcanhar de Aquiles” do espaço judiciário civil europeu. Embora vários instrumentos comunitários definam as competências dos tribunais e o procedimento para reconhecer e tornar executórias as decisões judiciais, bem como os mecanismos de cooperação entre tribunais no âmbito dos procedimentos civis, não foi apresentada até ao momento qualquer proposta legislativa relativa a medidas de execução. Actualmente, a execução de uma decisão judicial declarada executória noutro Estado-Membro continua a ser regulada exclusivamente pelo direito nacional*”.

<sup>5</sup> Em coerência com preocupação e escolha temática coincidentes antes materializadas na Comunicação da Comissão ao Conselho e ao Parlamento Europeu, publicada no *Jornal Oficial (JO) C 33* de 31.1.1998, 3.

preservar a tutela real e concreta dos direitos numa dimensão multi-nacional e ultra-fronteiriça, ou seja, o acesso a intervenções jurisdicionais eficazes na afirmação e protecção dos direitos brandidos nos processos judiciais pluri-conectados e contribuir para a eliminação dos obstáculos à boa tramitação das acções cíveis no espaço europeu de justiça.

#### 4. Finalidade específica

A finalidade específica do procedimento de decisão europeia de arresto de contas (PDEAC) é permitir tal arresto num quadro transnacional com o objectivo expresso de facilitar a cobrança de créditos. Visa-se, por seu intermédio, ultrapassar dois tipos de fronteiras igualmente demolidores para os interesses da administração de Justiça numa zona alargada como o é o espaço comum de Justiça da União Europeia, a saber, as fronteiras físicas e as barreiras sistemáticas, psicológicas e relacionais.

O mecanismo erigido pelo Regulamento é de funcionamento muito focado e objecto circunscrito: incide sobre o direito do devedor a um saldo bancário e visa obviar ao esvaziamento (*maxime* por ocultação) da possibilidade de se concretizar uma ulterior cobrança coerciva de créditos pecuniários.

O seu objectivo é permitir, em situações de natureza transfronteiriça, o arresto eficiente e rápido de fundos detidos em contas bancárias da titularidade dos devedores de quantias pecuniárias.

#### 5. Funcionamento

A medida cautelar disponibilizada ao credor assenta numa decisão de cariz jurisdicional – a *decisão europeia de arresto de contas* (“decisão de arresto” ou “decisão”) – orientada para:

- a) Impedir o devedor de levantar ou transferir fundos que possua numa conta bancária mantida num Estado-Membro; ou
- b) Impedir terceiros, autorizados pelo devedor, de utilizarem fundos destes existentes em conta(s) bancária(s) – por exemplo, por meio de uma ordem permanente, através de débito direto ou da utilização de um cartão de crédito.

O regime exposto não assume natureza obrigatória no que se refere à sua utilização, antes funcionando como mecanismo alternativo e de reforço dos meios disponíveis. É, pois, um instrumento adicional e facultativo que deixa intocada a faculdade de o credor recorrer a um qualquer outro procedimento apontado à obtenção de uma medida equivalente ao abrigo do direito nacional.

#### 6. Tipos de créditos

Para que o funcionamento do regime analisado possa ser despoletado, mister é que se materialize o risco de, sem a medida por ele viabilizada, a subsequente execução de crédito pecuniário sobre o devedor (apenas o de natureza pecuniária) ser frustrada ou consideravelmente dificultada.

Não se garante, pelo PDEAC, a cobrança de todos os tipos de créditos em moeda; relevantes, no seu seio, são, apenas e exclusivamente, os créditos emergentes em matéria civil e comercial – com o conteúdo atribuído a esta noção, de forma plástica e em permanente evolução, pela jurisprudência da União.<sup>6</sup>

<sup>6</sup> V.d., por todas, as decisões proferidas pelo Tribunal de Justiça nos processos *LTU Lufttransportunternehmen GmbH & Co. KG contra Eurocontrol*, 29/76; *Netherlands State contra Reinhold Rüffer*, 814/79; *Völker Sonntag*

Nos termos do estabelecido no n.º 1 do art. 2.º, a natureza do Tribunal interveniente (conforme, aliás, já resultava da dita jurisprudência), não é susceptível de influenciar a referida classificação temática. Daqui se deverá extrair que nada obstará a que, por exemplo, um Tribunal com jurisdição penal possa ocupar-se de matéria compatível com o Regulamento e a ele recorrer, preenchidos que estejam os demais requisitos.

## 7. O carácter transfronteiriço do processo

O texto normativo em apreço aplica-se, em exclusivo, a contextos transfronteiriços no sentido expressamente indicado no artigo 3.º. Conforme daí resulta, o descolamento geográfico relevante para a materialização do carácter transfronteiriço deverá ocorrer entre o local de manutenção da conta bancária a arrestar e o tribunal perante o qual tenha sido apresentado o pedido de decisão de arresto ou entre o do domicílio do credor e o do tribunal e conta bancária. Sempre que não exista coincidência entre tais espaços territoriais, estamos perante uma situação de relevo transfronteiriço e, conseqüentemente, enquadrados no âmbito de estatuição do Regulamento.<sup>7</sup> O descolamento espacial, para ser relevante tem, porém, necessariamente, que ocorrer entre Estados-Membros da União Europeia, estando os demais excluídos do regime em apreço.

O momento de aferição do dito carácter transfronteiriço é o da dedução do pedido de emissão da decisão europeia de arresto.

## 8. Pedidos mistos

Em situações marcadas pelo facto de um credor domiciliado no Estado-Membro (EM) do Tribunal pretender, simultaneamente, o arresto de contas mantidas nesse EM e noutra Estado da União, poderá o mesmo apresentar não só um pedido destinado à obtenção de uma medida nacional, mas também um pedido de decisão europeia de arresto, não se divisando qualquer obstáculo à dedução paralela de pretensões.

## 9. Exclusões temáticas e por objecto

No que tange às exclusões temáticas constantes do n.º 2 do art. 2.º do Regulamento, podemos dizer que elas são comuns às usualmente feitas nos demais Regulamentos da UE da área do Direito civil. A necessidade desses afastamentos resulta ou da sobreposição regulatória emergente da existência de textos normativos europeus incidentes sobre as matérias excluídas, ou da necessidade de precisão técnica

---

*contra Hans Waidmann e Outros, C-172/91; Verein für Konsumenteninformation contra Karl Heinz Henkel, C-167/00; Gemeente Steenberghe contra Luc Baten, C-271/00; Préservatrice Foncière Tiard SA contra Staat der Nederlanden, C-266/01; Frahuil SA contra Assitalia, C-265/02; Irini Lechouritou and Others contra Dimosio tis Omospondiakis Dimokratias tis Germanias, C-292/05; Meletis Apostolides contra David Charles Orams e Linda Elizabeth Orams, C-420/07; Realchemie Nederland BV contra Bayer CropScience AG, C-406/09; Fahnenbrock e outros contra a República Helénica, processos apensos C-226/13, C-245/13, C-247/13 e C-578/13; Pula Parking d.o.o. contra Sven Klaus Tederahn, C-551/15; República Helénica contra Leo Kuhn, C-308/17; NK contra BNP Paribas Fortis, C-535/17; BUAK contra Gradbenstvo Korana, C-579/17; Agnes Weil contra Géza Gulácsi, C-361/18; Skarb Państwa Rzeczpospolitej Polskiej – Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad contra Stephan Riel, actuando como liquidatário de Alpine Bau GmbH, C-47/18.*

<sup>7</sup> “(...) deverá considerar-se que existe um processo transfronteiriço quando o tribunal que aprecia o pedido de decisão de arresto se situar num Estado-Membro e a conta bancária visada pela decisão for mantida noutra Estado-Membro. Também poderá considerar-se que existe um processo transfronteiriço quando o credor estiver domiciliado num Estado-Membro e o tribunal e a conta bancária a arrestar estiverem localizados noutra Estado-Membro” [Considerando (10)].

quer por razões de clareza quer face à coexistência de dois sistemas de Direito muito distintos ao nível dos conceitos e institutos – o continental e o de “*common law*”.

Com relevo específico no domínio do Direito financeiro e bancário aqui tributário encontramos, nos n.ºs 3 e 4 do apontado artigo, a rejeição da inclusão no objecto de incidência do encadeado de normas em apreço das:

- a) Contas bancárias impenhoráveis – conceito a definir não por apelo ao Direito da União, mas à lei do EM de manutenção da conta;
- b) Contas “ligadas ao funcionamento de qualquer sistema definido no artigo 2.º, alínea a), da Diretiva 98/26/CE do Parlamento Europeu e do Conselho” – *id est*, geradas e mantidas no quadro de um sistema sustentado em acordo formal de três ou mais participantes, legalmente regulado e orientado para “*a execução de ordens de transferência entre os participantes*”;
- c) Contas “*bancárias detidas pelos bancos centrais ou nestes bancos quando atuem na qualidade de autoridades monetárias*”.

## 10. Produtos financeiros contemplados

O PDEAC aplica-se a todos os produtos financeiros de depósito ou outros fundos reembolsáveis detidos em instituições de crédito, ou seja, em entidades com actividade estruturada e autorizada de recebimento do público desses depósitos ou fundos e de concessão de créditos. Mister é, quanto a esta última vertente de actuação, que a concessão ocorra por conta própria e não em representação de terceiros.

## 11. Pedido

É objectivo do pedido formulável no quadro do PDEAC assegurar a execução posterior de uma decisão sobre o mérito da causa que venha a ser proferida no mesmo processo, ou seja, assumir uma função cautelar semelhante à encontrada nos diversos sistemas nacionais europeus.<sup>8</sup>

O pedido de arresto pode ser deduzido:

- a) Antes da instauração de um processo relativo ao mérito da causa [art. 5.º, al. a)]<sup>9</sup> – neste caso, o tribunal ao qual seja apresentada a pretensão deverá certificar-se, com base nos elementos de prova carreados pelo credor, de que é provável que o mesmo obtenha ganho de causa no processo principal a instaurar contra o devedor; o credor deve interpor essa acção no prazo no prazo de 30 dias a contar da data em que tenha apresentado o pedido ou no prazo de 14 dias a contar da data de prolação da decisão de arresto (consoante o que ocorrer em último lugar); o prazo pode ser prorrogado (por exemplo para viabilizar a regularização do crédito); o credor tem que demonstrar a interposição da acção ao tribunal que tenha decretado o arresto europeu; caso o mesmo não cumpra esta obrigação, a decisão deverá ser revogada:
  - a.1. pelo tribunal por sua própria iniciativa, ou
  - a.2. automaticamente.

<sup>8</sup> V.d., quanto a Portugal, o enunciado em termos lapidares e “programáticos” no art. 3.º do Código de Processo Civil

<sup>9</sup> Quanto a esta norma, o TJUE forneceu um contributo interpretativo no processo C-555/18, K.H.K., de 07.11.2019, ao esclarecer que «*O artigo 5.º, alínea a) do Regulamento n.º 655/2014 deve ser interpretado no sentido de que um procedimento de injunção de pagamento em curso, como o que está em causa no processo principal, pode ser qualificado de «processo relativo ao mérito da causa», na aceção dessa disposição*».

- b) Durante um processo incidente sobre o mérito da causa – em qualquer fase, sendo coincidentes as regras atinentes à análise exigida ao tribunal.
- c) Após obtenção de
  - c.1. decisão judicial;
  - c.2. transação judicial;
  - c.3. instrumento autêntico que exija que o devedor efetue o pagamento do crédito ao credor.

## 12. A constituição de garantia pelo credor

Nos termos do disposto no n.º 1 do art. 12.º do Regulamento, quando a decisão de arresto seja pedida antes da obtenção de decisão judicial, transação judicial ou instrumento autêntico, o Tribunal não profere tal decisão sem que credor tenha constituído uma garantia. Tem todo o sentido que assim seja já que a decisão, neste contexto, aposta na ulterior cristalização com “*vis*” executiva de um quadro de procedência do pedido ainda não apreciado o que dilata o risco de produção de danos injustificados.

A garantia a constituir deve:

- a) Ser de montante suficiente para obviar à utilização abusiva do procedimento (que sempre colocaria em crise a solução normativa europeia e suas finalidades);
- b) Assegurar a eventual indemnização do devedor por prejuízos sofridos em resultado da decisão de arresto – cf. artigo 13.º.<sup>10</sup>

Mesmo quando a pretensão seja formulada depois de o credor ter obtido uma decisão judicial, uma transação judicial ou um instrumento autêntico que patenteiem a efectiva existência do crédito, o Tribunal pode, antes de proferir a decisão de arresto, exigir-lhe que constitua garantia se a mesma se revelar:

- a) Necessária (sendo a necessidade requisito a definir de forma casuística em atenção às circunstâncias específicas de cada quadro decisório);
- b) Adequada às circunstâncias do caso (ou seja, com condições de eficácia na obtenção do resultado imprescindível e virtualidade de produção de efeitos susceptíveis de serem entrevistados no contexto do proposto).

A garantia apenas pode ser dispensada pelo Tribunal:

- a) A título excepcional (logo num quadro incomum, não automático, definível em termos a preencher pelo próprio julgador);
- b) Mediante ponderação das circunstâncias do caso (mas de forma objectivável e justificável por apelo à razão e ao convencimento);
- c) Quando se demonstre que a sua constituição não é adequada (de novo num quadro essencialmente jurisdicional e casuístico).

Se o tribunal determinar que seja constituída garantia deve fornecer ao credor um conjunto de informações viabilizadoras da sua constituição. Neste contexto deve informá-lo:

- a) Do montante exigido (elemento óbvio e imprescindível);

<sup>10</sup> Buscando introduzir simetria na tutela de direitos mediante a edificação de um sistema assinalado pela efectiva protecção também dos direitos do devedor, conforme definido no considerando (14) do preâmbulo, que introduziu a noção de referência “equilíbrio adequado” de interesses. Atenta a arquitectura do diploma, tem que se concluir que o critério central informador da decisão a proferir no quadro do PDEAC deverá ser o que atenda ao carácter inafastável da necessidade de proporcionar balanço ajustado ao caso entre o interesse do credor em obter uma decisão (elemento informador da própria produção do texto legal) e o interesse do devedor em prevenir abusos da decisão (exigência que atende às necessidades de proteger direitos fundamentais e de credibilizar o próprio diploma).

- b) Das formas de garantia aceitáveis no direito do Estado-Membro em cujo território o tribunal está situado (apoio essencial no conhecimento do Direito nacional de outro EM, em clara sintonia com o espírito da cooperação judiciária em matéria civil e com o objectivo de construção de um espaço europeu de Justiça comum que devem presidir a todas as intervenções transfronteiriças nesta área temática);
- c) Da sua intenção de proferir a decisão de arresto logo que tenha sido constituída a garantia de acordo com esses requisitos (informação relevante quanto às consequências do acto assim concretizando um diálogo directo e próximo com o requerente consentâneo com o referido na alínea anterior e coerente com a dispensa de representação por advogado enunciada no art. 41.º do diploma em apreço).

### 13. Créditos abrangidos

A decisão de arresto visa garantir não só créditos vencidos, mas, também, créditos ainda não vencidos.<sup>11</sup> Quanto a estes, é admitida a utilização da decisão se os mesmos brotarem de transacção ou evento já ocorrido. Porém, para que tal ocorra, é necessário que o valor em dívida seja determinado ou determinável.

Não apenas a totalidade do capital em dívida, mas também um montante inferior podem justificar um pedido de decisão. Poderá fundar esta última opção, por exemplo, o facto de o credor já ter obtido alguma outra garantia que cubra a parte não reclamada do crédito.

Está terminantemente proscrita a apresentação de pedidos paralelos, ou seja, pretensões simultâneas dirigidas a distintos tribunais ou outras autoridades, relativas a um mesmo devedor e orientadas para a protecção da possibilidade de cobrança de um mesmo crédito.<sup>12</sup>

### 14. Competência dos tribunais

A competência internacional para proferir a decisão de arresto de conta é dos tribunais do Estado-Membro cujos órgãos jurisdicionais tenham poderes para decidir sobre o mérito da causa. Neste âmbito, o legislador da União forneceu um subsídio de relevo para a compreensão do regime instituído ao definir que são processos relativos ao mérito da causa todos os encadeados de actos processuais orientados para a materialização da finalidade de obtenção de um título executivo relativo ao crédito sob ponderação.<sup>13</sup>

Convocando para esta área um dos “*Leitmotiv*” da produção normativa da UE em matéria civil, o mesmo legislador dedicou atenção específica à defesa do consumidor concentrando as competências jurisdicionais nos tribunais de um único Estado-Membro (o do domicílio do consumidor), assim afastando dificuldades e esforços acrescidos de litigação transfronteiriça na área a proteger.

Nas situações em que o credor invoque decisão ou transacção judicial para estear o seu direito, são competentes para proferir a decisão de arresto os tribunais do Estado-Membro que tenham proferido a pontada decisão ou homologado a referida transacção.

<sup>11</sup> V.d. o n.º (12) dos “considerandos” iniciais.

<sup>12</sup> V.d. o n.º 1 do art. 16.º.

<sup>13</sup> Exemplificando, mesmo, com os “processos sumários relativos a injunções de pagamento e processos do tipo «procédure de référé» existentes em França (processo de medidas provisórias)” – cf. o n.º (12) dos “considerandos” iniciais.

Sustentando o requerente da decisão o seu pedido em instrumento autêntico, são competentes para a prolação referida no parágrafo anterior os órgãos jurisdicionais com competência atribuída para o efeito do Estado-Membro da formalização desse documento.

## 15. Necessidades de demonstração

Por forma a que possa ser proferida decisão de arresto, o credor tem que produzir prova. Nesse contexto, deve patentear a existência do crédito e a necessidade urgente de proteção judicial. Quanto a esta – correspondente à verificação de um quadro de *periculum in mora* – tem que tornar conhecida a existência de um risco real materializável na sua perda da garantia constituída por um concreto saldo bancário. Cumpre-lhe provar que, sem a decisão, a execução da decisão judicial em curso ou perspectivada se frustrará ou ficará consideravelmente dificultada em virtude de delapidação ou ocultamento de património mediante levantamento ou transferência de fundos mantidos no sistema financeiro em termos compatíveis com o regime emergente do Regulamento.

## 16. Produção de prova

São objecto da referida produção de prova<sup>14</sup> – *id est*, por constituírem elementos da imprescindível demonstração do risco – dados comportamentais (por exemplo o procedimento do devedor perante o concreto crédito invocado, a actuação assumida em prévios conflitos ou actos recentemente praticados pelo devedor em relação aos seus bens), elementos históricos (particularmente os referentes ao percurso de endividamento do devedor e ritmo e efectividade dos seus pagamentos) e dados patrimoniais (por exemplo natureza e dimensão dos bens do obrigado, levantamentos efetuados nas suas contas e dispêndios regulares de natureza pessoal, profissional ou familiar ou quaisquer outros qualificáveis como relevantes).

A avaliação a fazer deve assumir contornos globalizantes e de enquadramento, sendo de considerar que referentes parcelares e desgarrados não são, sem mais, suficientes para inculcar um juízo. Conforme expressamente verbalizado pelo legislador europeu, não justificam, por si só, a emissão de uma decisão, mas poderão ser tidos em conta na avaliação global da existência do risco, elementos tais como:

- a) A mera omissão de pagamento;
- b) A não oposição do devedor quanto à verificação e dimensão do crédito;
- c) A existência e amplitude de uma pluralidade de credores;
- d) A precariedade ou degradação em curso no que respeite à situação financeira do obrigado.

Os meios probatórios admitidos para o efeito são os permitidos pelo Direito adjectivo do EM de origem, ou seja, daquele que pondere a emissão da decisão.

## 17. Efeito surpresa e contraditório

Colocado perante a necessidade de garantir concretização à decisão a produzir e assim solucionar o problema premente da frustração da cobrança de créditos no espaço comum de justiça, o legislador da UE escolheu como instrumento de consecução do seu objectivo o afastamento do contraditório e a conseqüente produção do efeito surpresa. Esta compressão da simetria processual – que poderia ameaçar os comandos

---

<sup>14</sup> V.d. o ponto (14) do preâmbulo.

axilares emergentes das normas do travejamento do sistema europeu de justiça comum e internacionais relativos a tal simetria e à proibição da indefesa – tem expressão central na supressão da informação ao devedor atinente à dedução do pedido pelo credor, na sua não audição antes da prolação da decisão de arresto e na não notificação da existência e conteúdo desta antes da respectiva aplicação.

## **18. Responsabilidade do credor – o artigo 13.º**

Vigora, no seio do procedimento em apreço, a regra da plena responsabilidade do credor pelos danos infligidos ao devedor pela decisão de arresto, desde que gerados por falta sua. Neste âmbito, o ónus da prova cabe ao devedor. Porém, a culpa do credor é presumida nos termos e casos referidos no n.º 2 do artigo 13.º.

Os Estados-Membros podem erigir regras autónomas e complementares que acrescentem outros fundamentos de responsabilidade.<sup>15</sup>

O Direito substantivo aplicável na aferição da existência e dimensão da responsabilidade do credor é o do Estado-Membro de execução sendo que, em caso de arresto de contas em distintos EM, funcionam como elementos de definição da lei aplicável a residência habitual do devedor e o conceito aberto, a preencher casuisticamente, de conexão mais estreita com o caso.<sup>16</sup>

## **19. O pedido do credor**

O pedido do credor deve ter o conteúdo exigido pelo artigo 8.º e ser deduzido mediante uso de um formulário comum. Exige-se que seja único, estando interdita a apresentação de pretensões paralelas nos termos do estabelecido no n.º 1 do art. 16.º.

Pode ser formulado quando o credor disponha de decisão ou transação judicial ou instrumento autêntico que patenteiem o efectivo reconhecimento do direito de crédito, mesmo quando tais títulos ainda se mostrem desprovidos de força executiva. Neste último caso, para que possa ser aceite a pretensão de fornecimento de dados informativos, mister se torna que o montante a arrestar seja avultado, se encontre suficientemente confirmada a necessidade urgente da informação e o credor carreie elementos que inculquem noção segura da verificação de risco de deterioração substancial da situação financeira do credor.<sup>17</sup>

Pode, também, ser deduzido em situações caracterizadas por o credor não ter ainda obtido uma decisão judicial, uma transação judicial ou um instrumento autêntico.<sup>18</sup>

A decisão europeia de arresto contempla os juros vencidos nos termos do disposto na lei substantiva aplicável ao crédito. Tais juros são susceptíveis de ser contados até à data da prolação da referida decisão. Só não será assim no que se refere a juros de inclusão afastada por normas legais cogentes do Estado-Membro do tribunal que a profira.<sup>19</sup>

Podem ser também incluídas no pedido as despesas suportadas com vista à obtenção de decisão ou transação judicial ou instrumento autêntico, desde que o devedor tenha sido validamente responsabilizado pelo seu pagamento.<sup>20</sup>

---

<sup>15</sup> Cf. o n.º 3 do art. 13.º.

<sup>16</sup> Vd. o n.º 4 do art. 13.º.

<sup>17</sup> Vd. o n.º 1 do art. 14.º.

<sup>18</sup> Vd. o ponto i) da al. g) do n.º 2 do art. 8.º.

<sup>19</sup> Vd. o n.º 1 do art. 15.º e o n.º 11 do art. 4.º.

<sup>20</sup> Incluem-se aqui, manifestamente, as “custas de parte” referidas no n.º 4 do art. 529.º do Código de Processo Civil.

## 20. Aperfeiçoamento

É concedida ao credor a possibilidade de aperfeiçoar ou rectificar a sua pretensão nos casos em que não tenha inicialmente fornecido alguma das informações exigidas pelo artigo 8.º.

Não existe um prazo pré-determinado para tal operação sendo que será o tribunal receptor de pedido incompleto ou necessitado de rectificação a fixar esse lapso quando se pronunciar sobre a necessidade de aperfeiçoamento. É de tal forma importante este prazo que a sua ultrapassagem impõe, sempre, o indeferimento do pedido que se tenha tentado afeiçoar às exigências legais.

Ao referir que o tribunal “pode” dar ao credor a oportunidade de aperfeiçoar, o legislador afastou conclusão no sentido de estarmos perante concessão obrigatória e intervenção vinculada. Cabe ao órgão jurisdicional ajuizar sobre se essa oportunidade deve ser concedida (o que parece contrário a uma linha condutora que atravessa os diplomas legais da área da cooperação judiciária civil que estabelecem mecanismos processuais ou de cooperação, no sentido de os órgãos jurisdicionais nacionais envolvidos tudo fazerem para, em contextos transfronteiriços, salvar e aproveitar até aos limites do possível os pedidos formulados pelas partes).

Como é manifesto e previsível, não há lugar a qualquer aperfeiçoamento quando o pedido seja, de forma patente, não admissível ou desprovido de fundamento. Nesta situação, antes se impõe a rejeição da pretensão.

## 21. Decisão

A decisão do Tribunal tem como conteúdos possíveis o deferimento, o convite ao aperfeiçoamento e o indeferimento. O deferimento ou o indeferimento são decretados em função da prova produzida. Esta prova constitui, também, o elemento de sustentação da definição do montante a proteger pela decisão de arresto. Tal valor está balizado, no seu nível máximo, pela dimensão do pedido do credor. Vigora, pois, aqui, em pleno, a proibição de decretamento da medida judicial “*extra vel petitum*” conforme, aliás, é regra no Direito civil da generalidade dos sistemas nacionais do espaço comum.

A decisão europeia de arresto tem que ser proferida nos prazos muito curtos referidos no art. 18.º: cinco dias úteis se o credor já tiver obtido sentença ou transacção judicial ou instrumento autêntico que patenteiem o(s) direito(s) invocado(s) e dez dias úteis nos demais casos.

Na contagem dos lapsos temporais relevantes no âmbito da aplicação do RPDEAC não se recorre aos regimes nacionais incidentes sobre tal matéria, mas ao emergente do *Regulamento (CEE, Euratom) n.º 1182/71 do Conselho, de 3 de junho de 1971, relativo à determinação das regras aplicáveis aos prazos, às datas e aos termos* (in JO L 124 de 8.6.1971, p. 1).

## 22. Forma e conteúdo da decisão de arresto

A decisão de arresto é escrita e proferida mediante utilização de um formulário pré-aprovado<sup>21</sup> atendendo aos requisitos de forma e autenticação enunciados no art. 19.º.

<sup>21</sup> Constante, tal como os demais, do Regulamento de Execução (UE) 2016/1823 da Comissão de 10 de outubro de 2016 que estabelece os formulários a que se refere o Regulamento (UE) n.º 655/2014 do Parlamento Europeu e do Conselho que estabelece um procedimento de decisão europeia de arresto de contas para facilitar a cobrança transfronteiriça de créditos em matéria civil e comercial.

Essa decisão mantém a validade até à sua revogação ou à extinção da execução. Esta última justificar-se-á quando a medida de execução ordenada produza efeitos quanto aos fundos visados ou quando surja uma transformação do quadro do litígio em função da celebração de transação judicial ou elaboração de instrumento autêntico incidente sobre o crédito e que o garanta por outra via.

A decisão de arresto, o pedido do credor e cópias dos documentos por este apresentados ao Tribunal com o intuito de sustentar a sua pretensão bem como a declaração relativa ao arresto de fundos mencionada no art. 25.<sup>o</sup><sup>22</sup> são objecto de notificação formal ao devedor nos termos do estabelecido no art. 28.<sup>o</sup> e com submissão ao Direito do EM de origem, se o devedor tiver domicílio nesse Estado, ou, tal não ocorrendo, de acordo com as regras dos sistemas jurídicos apontados nos n.ºs 3 e 4 deste último artigo.

De acordo com as declarações de Portugal prestadas no quadro da al. e) do n.º 1 do art. 50.<sup>o</sup> da Regulamento, são *“Autoridades designadas como competentes para a recepção, transmissão e notificação da decisão europeia de arresto de contas e outros documentos; Os tribunais, mais precisamente os oficiais de justiça; A Ordem dos Solicitadores e Agentes de Execução (OSAE), mais precisamente os agentes de execução”*.

### 23. Recurso

Ainda que comprimida nas fases iniciais, por razões de natureza pragmática e relativas à consecução dos objectivos visados pela aprovação do encadeado normativo sob avaliação, é neste amplamente reconhecida a faculdade de impugnação judicial em momentos processuais que não coloquem já em causa a lógica cautelar do regime descrito.

É objecto de recurso pelo devedor a prolação da decisão de arresto.<sup>23</sup> Tal recurso é interposto perante o Tribunal competente do EM de origem.

A execução da decisão será limitada ou cessará num contexto de avaliação, a pedido do devedor, pelo Tribunal ou autoridade de execução (não necessariamente inserida, esta, no Poder Judicial) de pretensão que o legislador da União denomina de “recurso” apesar da potencial intervenção de órgão não judicial e de a reacção não surgir enquadrada no sistema de impugnação de decisões judiciais do EM de origem. Esse pedido de ponderação complementar é formulado no EM de execução no quadro dos contextos circunstanciais específicos definidos no art. 34.<sup>o</sup>. No apontado âmbito de reapreciação, ao contrário do que ocorre em outros encadeados normativos desta área da cooperação,<sup>24</sup> releva também a excepção de ordem pública.

O credor tem direito a recorrer de qualquer decisão do tribunal de indeferimento global ou parcial do seu pedido de emissão de decisão europeia de arresto. O prazo de dedução dessa impugnação judicial é 30 dias contado da data da notificação da decisão a submeter a reapreciação.<sup>25</sup> O tribunal competente para avaliar os recursos em cada

<sup>22</sup> “Se a decisão de arresto se aplicar a mais do que um banco, só é notificada ao devedor (...) a primeira declaração” emitida no âmbito do art. 25.<sup>o</sup> – cf. o n.º 6 do art. 28.<sup>o</sup>.

<sup>23</sup> V.d. art. 33.<sup>o</sup>.

<sup>24</sup> Cf. os n.ºs 2 e 3 do art 14.<sup>o</sup> do Regulamento n.º 1206/2001 do Conselho de 28 de Maio de 2001 relativo à cooperação entre os tribunais dos Estados-Membros no domínio da obtenção de provas em matéria civil ou comercial e os n.ºs 2 e 3 do art. 16.<sup>o</sup> do Regulamento (UE) 2020/1783 do Parlamento Europeu e do Conselho de 25 de novembro de 2020 relativo à cooperação entre os tribunais dos Estados-Membros no domínio da obtenção de prova em matéria civil ou comercial (obtenção de prova) (reformulação), que o substituirá.

<sup>25</sup> Vd. o n.º 2 do art. 21.<sup>o</sup>.

EM é o indicado nas comunicações referidas artigo 50.º, n.º 1, alínea d) (Portugal, nas suas declarações, atribuiu competência para o efeito aos “Tribunais da Relação”).

No art. 35.º contêm-se referências a outras formas de reacção do devedor e do credor perante o tribunal do EM de origem – *id est*, o tribunal que tenha proferido a decisão de arresto – impostas por alteração de circunstâncias, celebração de acordo ou aplicação de isenções de montante suficientemente elevado. É imprópria, aí, de novo, a utilização da palavra “recurso” já que não se convoca a intervenção de órgão jurisdicional de nível superior.

## 24. Alteração ou revogação oficiosas

Assiste ao tribunal do Estado-Membro de origem a faculdade de, por sua própria iniciativa e desde que a sua lei nacional o permita, alterar ou revogar tal decisão em função de uma modificação das circunstâncias em termos tais que imponham uma ou outra intervenção.

## 25. Reconhecimento, exequoriedade e execução da decisão de arresto

O PDEAC tenta colher proveito do sucesso que vem marcando a dinâmica de supressão do “*exequatur*” no âmbito do Direito civil da União iniciada com a aprovação do Regulamento *Bruxelas II bis*.<sup>26</sup> Por isso, a decisão de arresto é reconhecida nos demais EM sem necessidade de procedimento especial de acolhimento interno e é imediatamente executória em qualquer dos Estados da União, ou seja, com absoluta dispensa de declaração interna de atribuição de carácter executório.

No que tange à respectiva execução, a decisão europeia de arresto:

- a) É executada em termos coincidentes com os da execução de decisões nacionais de idêntica natureza no Estado-Membro de execução;
- b) É urgente – o que significa que todas as autoridades envolvidas na realização coerciva do decretado devem agir sem qualquer demora (impondo-se precisar casuisticamente o conceito de “*demora injustificada*”);<sup>27</sup>
- c) É executada com submissão ao Direito nacional do EM de execução;
- d) É realizada coercivamente, mas sempre impondo a obrigação do credor de solicitar a libertação dos montantes arrestados em excesso;<sup>28</sup>
- e) É executada salvaguardando os quantitativos declarados impenhoráveis pela lei do Estado-Membro de execução;<sup>29</sup>
- f) Goza, na sua execução, da mesma prioridade de que usufrua uma decisão nacional equivalente no Estado-Membro de execução;
- g) Pode ser executada mediante pagamento antecipado de taxas se o direito interno do EM da execução o previr;
- h) Pode ser objecto de realização coerciva através do mero bloqueio da(s) conta(s) ou da transferência do montante definido para uma conta reservada para esse

<sup>26</sup> Regulamento (CE) N.º 2201/2003 do Conselho de 27 de Novembro de 2003 relativo à competência, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria matrimonial e em matéria de responsabilidade parental e que revoga o Regulamento (CE) n.º 1347/2000.

<sup>27</sup> Nos termos do disposto no n.º 2 do art. 23.º.

<sup>28</sup> Nos termos definidos no art. 27.º.

<sup>29</sup> Vd., relativamente a Portugal, particularmente o disposto nos arts. 738.º e 739.º do Código de Processo Civil.

efeito sendo que o banco poderá, a pedido do devedor, proceder à transferência dos fundos arrestados para a conta do credor indicada na decisão.<sup>30</sup>

## **26. Vigência e âmbito geográfico**

O Regulamento (UE) n.º 655/2014 do Parlamento Europeu e do Conselho de 15 de Maio de 2014 que estabelece um procedimento de decisão europeia de arresto de contas para facilitar a cobrança transfronteiriça de créditos em matéria civil e comercial está em vigor desde 18 de janeiro de 2017 e vincula todos os Estados-Membros da União com exceção da Dinamarca.

---

<sup>30</sup> Cf. art. 24.º.

# Os meios alternativos de resolução de litígios online na União Europeia

*Marco Carvalho Gonçalves\**

## 1. Introdução

A facilidade de circulação de mercadorias, de pessoas, de serviços e de capitais no mercado interno da União Europeia – o qual “*compreende um espaço sem fronteiras internas*”<sup>1</sup> – conduziu, inevitavelmente, ao aumento de litígios transfronteiriços ou plurilocalizados. Ora, a resolução de tais litígios pelos meios tradicionais – em particular, mediante o recurso aos tribunais judiciais – encontra diversas dificuldades e obstáculos, particularmente de natureza jurídica e económica. É o que sucede, nomeadamente, com a diversidade de regimes jurídicos dos Estados-Membros da União Europeia, com a dificuldade de determinação de regras processuais comuns em matéria de competência judiciária, reconhecimento e execução de decisões,<sup>2</sup> com os custos associados ao acesso aos Tribunais – nomeadamente nos casos em que o valor da causa é diminuto<sup>3</sup> –, com as dificuldades e encargos inerentes à produção transfronteiriça de provas, bem como com as barreiras culturais e linguísticas.

Consequentemente, nos últimos anos, tem vindo a verificar-se a progressiva implementação dos meios alternativos de resolução de litígios na União Europeia, com particular destaque para a resolução alternativa de litígios em linha,<sup>4</sup> visando-se, dessa forma, assegurar o direito a um processo justo e equitativo, tal como consagrado nos arts. 6.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos (CEDH) e 47.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFUE).

Com efeito, um dos principais desafios com que a União Europeia se debate anualmente traduz-se na necessidade de se garantir o acesso efetivo ao Direito e à Justiça, motivo pelo qual os Estados-Membros devem assegurar meios de resolução de litígios que permitam a justa composição do conflito em prazo razoável.

Assim, procuraremos, no presente texto, analisar sumariamente alguns dos principais instrumentos de implementação da resolução alternativa de litígios na União Europeia e, subsequentemente, identificar quais os principais problemas e desafios que se colocam no domínio da resolução alternativa de litígios em linha.

---

\* Professor auxiliar da Escola de Direito da Universidade do Minho e Investigador integrado do Centro de Investigação em Justiça e Governança (JusGov).

<sup>1</sup> Cfr. os arts. 26.º e 45.º a 66.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE).

<sup>2</sup> *Vide*, a este respeito, o Regulamento (UE) n.º 1215/2012, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de dezembro de 2012.

<sup>3</sup> A este propósito, são paradigmáticos os litígios emergentes de relações de consumo. Cfr., sobre esta problemática, Pablo Cortés, *Online Dispute Resolution for Consumers in the European Union* (Oxon: Routledge, 2010), 11 e 12.

<sup>4</sup> *Vide*, no mesmo sentido, Gabrielle Kaufmann-Kohler e Thomas Schultz, *Online Dispute Resolution: Challenges for Contemporary Justice* (The Hague: Kluwer Law International, 2004), 86.

## 2. Resolução alternativa de litígios na União Europeia

A resolução alternativa de litígios, nomeadamente no âmbito civil e comercial, tem vindo a implementar-se progressivamente na União Europeia. Na verdade, os meios alternativos de resolução de litígios – concretamente a negociação, a mediação, a conciliação e a arbitragem<sup>5</sup> – constituem instrumentos fundamentais para se garantir uma maior facilidade e simplicidade no acesso à justiça, bem como a composição dos litígios de forma amigável, assegurando-se, dessa forma, o desenvolvimento, o equilíbrio e a proteção de um espaço europeu de liberdade, de segurança e de justiça.

Conforme se aludiu *supra*, essa implementação tem vindo a ter lugar de forma gradual, pelo que importa atentar, ainda que sumariamente, nos principais mecanismos impulsionadores da resolução alternativa de litígios na União Europeia.

### 2.1. Livro Verde sobre os modos alternativos de resolução dos litígios em matéria civil e comercial

O Livro Verde sobre os modos alternativos de resolução dos litígios em matéria civil e comercial foi instituído, em 2002, pela Comissão Europeia, e visou, fundamentalmente, lançar uma reflexão sobre a importância da resolução alternativa de litígios,<sup>6</sup> “*sensibilizar um maior número de pessoas relativamente aos ADR, bem como assegurar uma melhor compreensão das realizações e iniciativas tomadas neste domínio pelos Estados-Membros e a nível comunitário*”.

Com efeito, o legislador europeu assumiu, desde cedo, que a resolução alternativa de litígios é fundamental para assegurar aos cidadãos europeus um melhor acesso à justiça, particularmente pelo facto de permitir obviar aos custos e à morosidade própria dos processos judiciais e de potenciar a desejável pacificação social.

Esse Livro Verde viria a dar origem a dois instrumentos normativos de especial relevância para a implementação e desenvolvimento da resolução alternativa de litígios na União Europeia, concretamente a diretiva sobre os princípios gerais da mediação e o Código Europeu de Conduta para Mediadores.<sup>7</sup>

### 2.2. Diretiva sobre os princípios gerais da mediação

A Diretiva 2008/52/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de maio de 2008, relativa a certos aspetos da mediação em matéria civil e comercial,<sup>8</sup> visou garantir um melhor acesso à justiça, através da consagração de um conjunto de princípios comuns em matéria de mediação, transversais à generalidade dos diferentes Estados-Membros da União Europeia.<sup>9</sup>

<sup>5</sup> Para um enquadramento dos diversos meios alternativos de resolução de litígios, *vide* Mariana França Gouveia, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios* (Coimbra: Almedina, 2012), 17-18.

<sup>6</sup> Paul Rolland, “Toward a right of access to an amicable process and its challenges”, in *Privatizing Dispute Resolution*, eds. Loïc Cadiet, Burkhard Hess e Marta Requejo Isidro (Baden-Baden: Nomos Verlag, 2019), 298.

<sup>7</sup> *Vide*, a este respeito, Marco Carvalho Gonçalves, “Alternative dispute resolution in civil and commercial matters in the European Union”, in *Interdisciplinary Perspectives on Contemporary Conflict Resolution* (Hershey: IGI Global, 2016), 121-125.

<sup>8</sup> Esta diretiva tinha de ser transposta até ao dia 21 de maio de 2011. No que em particular se refere ao ordenamento jurídico português, a sua transposição viria a ter lugar através da Lei n.º 29/2013, de 19 de abril.

<sup>9</sup> Cfr., a este propósito, Philippe Billiet e Ewa Kurlanda, “An introduction to the Directive on Certain Aspects of Mediation in Civil and Commercial Matters”, in *The New EU Directive on Mediation: First Insight* (Antuérpia: Maklu, 2008), 13, os quais salientam que esta diretiva permitiu facilitar o acesso à resolução alternativa de litígios, encorajando o acesso à mediação enquanto meio adequado para a solução amigável de conflitos.

Com efeito, à luz do considerando (6) da referida diretiva, é possível concluir que o legislador europeu reconheceu, de forma inequívoca, a importância fundamental da mediação para se garantir a obtenção de uma “*solução extrajudicial rápida e pouco onerosa para litígios em matéria civil e comercial através de procedimentos adaptados às necessidades das partes*”, bem como as potencialidades da mediação no tocante à resolução consensual dos conflitos. De facto, caracterizando-se a mediação pela voluntariedade e pelo pleno domínio do processo pelas partes (*empowerment*), estas são responsáveis pela solução a dar ao seu litígio, sendo, por isso, muito provável que o acordo alcançado em sede de mediação seja voluntariamente cumprido, obviando-se à necessidade de se requerer a execução coerciva do acordo. Neste particular, importa ainda realçar o facto de estas vantagens serem substancialmente amplificadas no domínio dos litígios jurídicos transfronteiriços.<sup>10</sup>

Assim, de acordo com o seu art. 1.º, a Diretiva 2008/52/CE visou, fundamentalmente, tornar mais simples e mais fácil o acesso à resolução alternativa de litígios, bem como incentivar o recurso à mediação, enquanto meio especialmente vocacionado para se garantir a resolução amigável dos litígios, sem inviabilizar, naturalmente, a possibilidade de acesso aos tribunais.

No prosseguimento desse objetivo, as principais linhas orientadoras desta diretiva foram as seguintes:

- a) aplicação da mediação à resolução de litígios de natureza transfronteiriça ou plurilocalizada, sem prejuízo da possibilidade de os Estados-Membros aplicarem igualmente as disposições da diretiva à resolução de litígios internos;
- b) utilização das modernas tecnologias da comunicação no processo de mediação, atendendo à importância dessas tecnologias para a resolução de litígios em linha;
- c) aplicação em matéria civil e comercial, com exceção de litígios sobre direitos indisponíveis, particularmente nos domínios familiar e laboral;
- d) possibilidade de o juiz, de forma oficiosa ou mediante requerimento, remeter as partes para a mediação ou convidá-las a assistir a uma sessão de pré-mediação, sem prejuízo da faculdade de os Estados-Membros preverem o recurso obrigatório à mediação ou de imporem medidas de estímulo e/ou sanções;
- e) incentivo à formação de mediadores e à criação de mecanismos que garantam, de forma eficaz, o controlo da qualidade da mediação;
- f) reconhecimento automático do acordo de mediação e da sua força executiva;
- g) garantia da confidencialidade da mediação;
- h) suspensão dos prazos de prescrição e de caducidade em caso de recurso à mediação; e
- i) ampla divulgação, designadamente através dos sítios *internet*, de informações sobre a forma de contactar os mediadores ou as organizações que prestam serviços de mediação.

### **2.3. Código Europeu de Conduta para Mediadores**

O Código Europeu de Conduta para Mediadores veio estabelecer um conjunto de princípios gerais, aplicáveis à mediação civil ou comercial, aos quais os mediadores podem aderir voluntariamente.

Com efeito, a consagração desses princípios visou, fundamentalmente, proteger a confiança em relação ao processo de mediação, assegurando que a conduta do

<sup>10</sup> *Vide*, no mesmo sentido, Stefan Wrška, *European Consumer Access to Justice Revisited* (Cambridge: Cambridge University Press, 2015), 94.

mediador respeita um conjunto de regras basilares e essenciais para a salvaguarda do bom funcionamento da mediação.<sup>11</sup>

No prosseguimento desse desiderato, o Código Europeu de Conduta para Mediadores veio estatuir diversos princípios gerais, materializados nos seguintes deveres:

- a) só aceitar intervir numa mediação desde que possua a experiência e as competências necessárias, devendo, nomeadamente, ter uma formação adequada, estar devidamente informado em relação ao processo de mediação e realizar ações de formação contínua;
- b) esclarecer as partes sobre a sua formação e experiência profissionais, sempre que seja solicitado para o efeito;
- c) divulgar e promover a sua atividade de forma fiável, profissional e digna;
- d) comunicar imediatamente às partes qualquer facto que, por comprometer a sua independência ou imparcialidade, o impeça de aceitar ou de continuar a conduzir o processo de mediação (dever de revelação);
- e) atuar de forma neutra e imparcial, garantindo o respeito pelo princípio da igualdade e o tratamento equitativo das partes, assim como o direito de estas beneficiarem das mesmas oportunidades de participação no processo de mediação;
- f) esclarecer as partes sobre as características do processo de mediação, particularmente no que concerne ao papel do mediador e aos direitos e aos deveres das partes;
- g) assegurar a condução do processo de mediação em função das características e das particularidades do caso em concreto, por forma a garantir, sempre que possível, que a mediação seja bem-sucedida;
- h) garantir que o acordo obtido na mediação constitui o resultado da vontade livre e esclarecida das partes, as quais, por conseguinte, devem prestar o seu consentimento em relação aos termos do acordo; e
- i) salvaguardar a confidencialidade da mediação, assegurando, por conseguinte, o sigilo de toda a informação obtida ou produzida no decurso do processo.

#### **2.4. Resolução alternativa de litígios familiares**

No domínio dos litígios familiares, a resolução alternativa de litígios – com particular destaque para a mediação – viria a conhecer um forte impulso por via da Recomendação n.º R(98) 1 do Comité de Ministros do Conselho da Europa, de 21 de janeiro de 1998.

Na verdade, esta Recomendação assentou, fundamentalmente, em seis premissas nucleares:<sup>12</sup>

- a) reagir perante o aumento exponencial de litígios familiares, designadamente dos litígios referentes à separação de pessoas e ao divórcio, potenciados pela livre circulação de pessoas na União Europeia;
- b) acautelar as consequências negativas decorrentes dos litígios familiares – particularmente no que diz respeito à sã convivência de todas as partes neles envolvidas – bem como os custos sociais e económicos elevados para os Estados em consequência desses litígios;

<sup>11</sup> *Vide*, no mesmo sentido, Bilyana Gyaurova-Wegertseider, “Normative and positive developments in the field of Online Dispute Resolution: the European Union level”, in *Costs and Quality of Online Dispute Resolution* (Maklu: Martin Gramatikov, 2012), 14.

<sup>12</sup> *Vide*, a este propósito, Arno R. Lodder, John Zeleznikow, *Enhanced Dispute Resolution Through the Use of Information Technology* (Cambridge: Cambridge University Press, 2010), 23-24.

- c) salvaguardar o superior interesse da criança, particularmente no que concerne à regulação das responsabilidades parentais e à prevenção de conflitos decorrentes do incumprimento dessa regulação, *maxime* em matéria de guarda da criança e de direito de visita;
- d) adequar os procedimentos de resolução de litígios às especificidades e particularidades dos litígios familiares, concretamente o facto de os mesmos envolverem, pela sua natureza, pessoas cujas relações tendem, invariavelmente, a prolongar-se no tempo – *maxime*, as relações entre os progenitores e/ou destes com os filhos –, surgirem num “contexto emocional penoso” e acarretarem consequências emocionais e psicológicas profundamente negativas para toda a família;
- e) garantir a concretização efetiva do regime previsto no art. 13.º da Convenção Europeia sobre o Exercício dos Direitos das Crianças, o qual estatui que “*A fim de prevenir ou de resolver conflitos e de evitar processos perante uma autoridade judicial que digam respeito a crianças, as Partes deverão, nos casos apropriados por elas definidos, encorajar o recurso à mediação ou a qualquer outro meio de resolução de conflitos, bem como a sua utilização para chegar a um acordo*”; e
- f) propiciar uma justiça de qualidade na resolução dos litígios familiares, particularmente centrada na necessidade de se garantir a melhoria da comunicação entre os membros da família, a redução dos conflitos, a manutenção das boas relações interpessoais, a redução dos custos e a aceleração da resolução dos litígios.

## 2.5. Resolução alternativa de litígios de consumo

Os meios alternativos de resolução de litígios têm vindo a merecer a especial atenção da União Europeia no domínio das relações de consumo.

Na verdade, a livre circulação de bens e de serviços no espaço europeu originou o aumento progressivo das relações de consumo, as quais, cada vez mais, revestem natureza transfronteiriça.

Acresce, por outro lado, que, na generalidade dos casos, os litígios de consumo apresentam um valor económico diminuto, circunstância que torna praticamente inviável a resolução desses litígios por via judicial, considerando, desde logo, a desproporção entre o interesse económico do litígio e os custos elevados inerentes ao acesso aos tribunais (*v.g.* taxas de justiça, custas judiciais, honorários de advogados, etc.).<sup>13</sup>

Neste circunstancialismo, o legislador cedo se apercebeu das potencialidades dos meios alternativos de resolução de litígios – particularmente da mediação – para a composição amigável, rápida, simples e pouco dispendiosa de conflitos em matéria de consumo.<sup>14</sup> De resto, quer o art. 38.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, quer o art. 169.º, n.º 2, al. a), do TFUE, consagram expressamente o dever de a União Europeia assegurar um nível elevado de proteção e de defesa dos consumidores.

<sup>13</sup> Cfr., no mesmo sentido, Julia Hörnle, *Cross-border Internet Dispute Resolution* (Cambridge: Cambridge University Press, 2009), 37.

<sup>14</sup> *Vide*, a este propósito, a Recomendação 98/257/CE da Comissão, de 30 de março de 1998, relativa aos princípios aplicáveis aos organismos responsáveis pela resolução extrajudicial de litígios de consumo, bem como a Recomendação 2001/310/CE da Comissão, de 4 de abril de 2001, relativa aos princípios aplicáveis aos organismos extrajudiciais envolvidos na resolução consensual de litígios do consumidor.

No entanto, não obstante as suas potencialidades, o certo é que nem todos os Estados-Membros da União Europeia possuíam uma rede adequada de mecanismos de resolução alternativa de litígios.

Por via disso, o legislador europeu viu-se na necessidade de adotar a Diretiva 2013/11/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de maio de 2013, sobre a resolução alternativa de litígios de consumo.

Esta Diretiva visou, fundamentalmente, “*contribuir, através da realização de um elevado nível de defesa do consumidor, para o bom funcionamento do mercado interno, assegurando que os consumidores possam apresentar, voluntariamente, queixas contra os comerciantes a entidades que facultem procedimentos independentes, imparciais, transparentes, eficazes, céleres e equitativos de resolução de litígios*”.

No que concerne ao seu âmbito de aplicação, a mesma aplica-se, cumulativamente, aos procedimentos de resolução extrajudicial de litígios nacionais e transfronteiriços promovidos por uma entidade de resolução alternativa de litígios, nos casos em que um consumidor apresenta uma queixa contra um fornecedor de bens ou um prestador de serviços, bem como quando estejam em causa obrigações contratuais emergentes de contratos de compra e venda ou de prestação de serviços celebrados entre fornecedores de bens ou prestadores de serviços e consumidores estabelecidos ou residentes na União Europeia.

A Diretiva 2013/11/UE viria a ser transposta para o ordenamento jurídico português através da Lei n.º 144/2015, de 8 de setembro, a qual estabeleceu o enquadramento jurídico dos mecanismos de resolução extrajudicial de litígios de consumo.

De entre os vários deveres constantes do referido diploma legal, há a salientar a obrigação de as entidades de resolução alternativa de litígios:

- a) manterem um sítio eletrónico na *internet* atualizado, que proporcione às partes um acesso fácil a informações relativas ao procedimento de resolução alternativa de litígios e que permita que os consumidores apresentem *online* as reclamações e os documentos que, para o efeito, sejam necessários;
- b) permitirem que os consumidores apresentem reclamações pelos meios convencionais, sempre que tal se revele indispensável;
- c) assegurarem o intercâmbio de informações entre as partes por via eletrónica ou, se aplicável, por via postal;
- d) aceitarem litígios nacionais e transfronteiriços;
- e) adotarem as medidas necessárias para assegurar que o tratamento dos dados pessoais cumpre a legislação nacional sobre a proteção de dados pessoais;
- f) aderirem à plataforma eletrónica de resolução de conflitos em linha criada pelo Regulamento (UE) n.º 524/2013;
- g) disponibilizarem no seu sítio eletrónico na *internet* o plano anual de atividades depois de aprovado, o orçamento anual, o relatório anual de atividades e o resumo das decisões arbitrais proferidas;
- h) possuírem e disponibilizarem o livro de reclamações;
- i) assegurarem o tratamento de litígios de consumo durante todos os dias úteis, tanto em linha, como por meios convencionais; e
- j) divulgarem e manter atualizada, nos respetivos sítios eletrónicos na *internet*, informação sobre a arbitragem de consumo e respetiva atividade.

Paralelamente, as entidades de resolução alternativa de litígios devem assegurar que os procedimentos referentes aos meios alternativos de resolução de litígios são

eficazes, estão permanentemente disponíveis e são facilmente acessíveis – quer por via convencional, quer *on-line* –, que as partes não estão vinculadas à obrigação de recorrer a um advogado – sem prejuízo, no entanto, da possibilidade de as partes constituírem um mandatário ou de se fazerem acompanhar ou representar por terceiros – e, bem assim, que os procedimentos são gratuitos ou que têm um custo reduzido para os consumidores.

Já no que concerne à duração do procedimento de resolução alternativa de litígios, há a salientar o facto de a duração máxima do mesmo, em regra, ser de 90 dias a contar da data da apresentação da reclamação, podendo, no entanto, esse prazo ser prorrogado por duas vezes e por igual período de tempo.

Visa-se, por conseguinte, garantir o acesso simples, fácil e rápido aos meios alternativos de resolução de litígios, assegurando-se, por essa via, a adequada tutela dos direitos dos consumidores.

### 3. Resolução alternativa de litígios em linha na União Europeia

A resolução alternativa de litígios em linha (ODR) no contexto da justiça eletrónica europeia encontra, atualmente, a sua expressão máxima no domínio da resolução de litígios de consumo.

Com efeito, nos últimos anos, o comércio eletrónico tem vindo a crescer a um ritmo exponencial, atenta a facilidade com que a compra e venda de bens ou a prestação de serviços é realizada através das tecnologias de informação.<sup>15</sup>

Concomitantemente, a necessidade de se proteger o funcionamento adequado do mercado interno comum, bem como a plena confiança das transações de consumo em linha, seja no que diz respeito aos consumidores, seja no que concerne aos comerciantes estabelecidos na União Europeia, levou a que o legislador europeu equacionasse a possibilidade de os litígios de consumo serem igualmente resolvidos em linha, de forma simples, rápida e pouca onerosa para os consumidores e para os comerciantes.

Foi exatamente neste contexto que Regulamento (UE) n.º 524/2013 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de maio de 2013, sobre a resolução de litígios de consumo em linha (“Regulamento RLL”), viria a criar uma plataforma em linha, de âmbito europeu,<sup>16</sup> vocacionada para proporcionar “*a resolução de litígios entre*

<sup>15</sup> A este respeito, da informação disponibilizada pelo Instituto Nacional de Estatística ([https://www.ine.pt/xportal/xmain?xpid=INE&xpgid=ine\\_destaques&DESTAQUESdest\\_boui=473557834&DESTAQUESmodo=2](https://www.ine.pt/xportal/xmain?xpid=INE&xpgid=ine_destaques&DESTAQUESdest_boui=473557834&DESTAQUESmodo=2), acessado em 015.03.2022), resulta que, no ano de 2021, a percentagem de agregados familiares com ligação à *internet* em casa através de banda larga foi de 84,1% (o que representa um aumento de 2,4% em relação ao ano anterior).

Importa, igualmente, salientar que, em 2021, o comércio eletrónico registou um aumento de 5,2% em relação ao ano de 2020, sendo que 40,4% dos utilizadores de *internet*, dos 16 aos 74 anos, realizaram compras *online*.

Paralelamente, no domínio da União Europeia, é interessante constatar que, por referência ao ano de 2020, 54% dos utilizadores de *internet*, dos 16 aos 74 anos, realizaram compras *online*.

Por outro lado, no que concerne ao padrão de consumo, os lugares cimeiros são ocupados pelas relações de comércio que têm por objeto artigos de roupa, calçado e acessórios de moda (69%), refeições em *takeaway* ou entrega ao domicílio (46%), filmes, séries ou programas de desporto (34,9%), produtos de cosmética, beleza ou bem-estar (30,8%) e equipamento informático 29,6%).

Já no que diz respeito ao valor monetário despendido, os dados revelam uma clara “preponderância (36,7%) dos utilizadores que realizam encomendas através do comércio eletrónico com valor dos 100€ aos 499€.”

<sup>16</sup> Ainda que a plataforma RLL se encontre especialmente vocacionada para a resolução de litígios transfronteiriços ou plurilocalizados, a verdade é que, conforme resulta do considerando (11) do Regulamento (UE) n.º 524/2013, a referida plataforma pode igualmente ser utilizada para a resolução

*consumidores e comerciantes, em linha e por via extrajudicial, de forma independente, imparcial, transparente, eficaz, célere e justa*” (cfr. o art. 1.º). Nesta conformidade, por via da implementação da plataforma RLL, passou a garantir-se aos consumidores que adquiram bens ou serviços através de transações em linha uma via fácil e expedita para a resolução amigável, igualmente em linha, de eventuais conflitos emergentes dessas relações de consumo.<sup>17</sup>

Assim, no que concerne às suas finalidades, a plataforma RLL visa permitir a “*resolução extrajudicial de litígios relativos às obrigações contratuais resultantes de contratos de venda ou de serviços em linha entre um consumidor residente na União e um comerciante estabelecido na União através da intervenção de uma entidade de RAL inserida numa lista nos termos do artigo 20.º, n.º 2, da Diretiva 2013/11/UE*” (cfr. o art. 2.º).

Relativamente ao seu âmbito subjetivo, a plataforma RLL aplica-se, em regra, à resolução extrajudicial de litígios iniciados por um consumidor contra um comerciante, emergentes da celebração, em linha, de um contrato de compra e venda ou de prestação de serviços. Excecionalmente, alguns Estados-Membros da União Europeia – em particular, a Alemanha, a Bélgica, o Luxemburgo e a Polónia – admitem a possibilidade de a plataforma RLL ser utilizada para a resolução extrajudicial de um conflito requerida por um comerciante contra um consumidor.

No que diz respeito ao seu âmbito territorial, a plataforma RLL abrange todos os Estados-Membros da União Europeia, bem como a Islândia, o Listenstaine e a Noruega.

Do ponto de vista funcional, à luz do art. 5.º do Regulamento (UE) n.º 524/2013, a plataforma RLL constitui um “*ponto único de entrada para os consumidores e os comerciantes que pretendam obter a resolução extrajudicial dos litígios*”, devendo ser “*um sítio web interativo, gratuito e acessível em linha em todas as línguas oficiais das instituições da União*”.

Por sua vez, no que em particular se refere às suas potencialidades, a plataforma RLL permite a resolução extrajudicial de conflitos através de duas modalidades possíveis: contacto direto do consumidor com o comerciante ou intervenção de uma entidade de resolução alternativa de litígios.

Na primeira das referidas modalidades, a plataforma RLL funciona como um instrumento de comunicação entre o consumidor e o comerciante, já que, uma vez apresentada a respetiva reclamação, a plataforma RLL transmite ao comerciante o pedido dirigido contra ele e permite não só que este apresente a sua resposta ao consumidor, como também que as partes enviem mensagens ou realizem reuniões

---

de litígios emergentes de transações nacionais em linha.

<sup>17</sup> A este respeito, assume especial relevância o dever de informação ao consumidor, consagrado no art. 14.º do Regulamento (UE) n.º 524/2013. Com efeito, de acordo com o referido preceito legal, os comerciantes que se encontrem estabelecidos na União Europeia e que celebrem contratos de compra e venda ou de prestação de serviços em linha devem disponibilizar nos seus sítios da *internet* uma ligação eletrónica à plataforma RLL e comunicar o seu endereço de correio eletrónico.

Por outro lado, os comerciantes estabelecidos na União Europeia, que celebrem contratos de compra e venda ou de prestação de serviços em linha e que se tenham comprometido ou sejam obrigados a recorrer a uma ou mais entidades de resolução alternativa de litígios para resolver litígios com consumidores devem informar os consumidores da existência da plataforma RLL e da possibilidade de recorrer a essa plataforma para resolver os seus litígios. No que em particular se refere ao ordenamento jurídico português, importa salientar que, à luz da Lei n.º 63/2019, de 16 de agosto, “Os conflitos de consumo de reduzido valor económico [até € 5.000,00] estão sujeitos a arbitragem necessária ou mediação quando, por opção expressa dos consumidores, sejam submetidos à apreciação de tribunal arbitral adstrito aos centros de arbitragem de conflitos de consumo legalmente autorizados”.

através da plataforma. Significa isto que, neste caso, a plataforma RLL permite a resolução alternativa de litígios através de negociação, porquanto as partes procuram encontrar uma solução consensual para o seu conflito de forma direta e imediata, sem a intervenção ou a assistência de qualquer terceiro.

Na eventualidade de a negociação não seja bem-sucedida ou de se frustrar a possibilidade de ser alcançado um acordo entre as partes no prazo de 90 dias, estas têm a possibilidade de, no prazo de 30 dias, chegarem a um consenso em relação à entidade de resolução extrajudicial de conflitos que ficará incumbida de conduzir o processo de resolução amigável do conflito ou, em alternativa, recorrerem a uma outra forma de resolução de conflitos.

Por sua vez, na segunda das modalidades *supra* referidas, a plataforma RLL procura assegurar a resolução extrajudicial do conflito mediante a intervenção de uma entidade de resolução alternativa de litígios.

De facto, neste caso, a plataforma RLL funciona como um meio de contacto inicial entre o consumidor e o comerciante, tendo em vista o posterior reencaminhamento dos mesmos para uma entidade de resolução alternativa de litígios.

Em concreto, uma vez apresenta uma reclamação pelo consumidor (art. 8.º), a plataforma RLL notifica o comerciante quanto à apresentação dessa reclamação (art. 9.º), sendo que, se este se comprometer e/ou estiver obrigado a recorrer a uma entidade de resolução alternativa de litígios, as partes dispõem do prazo de 30 dias para chegarem a um acordo em relação à entidade de resolução alternativa de litígios que ficará responsável pelo conhecimento do litígio, sob pena de a queixa ser abandonada (art. 9.º, n.º 8).<sup>18</sup>

Observe-se ainda que, se as partes chegarem a um acordo relativamente à entidade de resolução alternativa de litígios que ficará responsável pelo tratamento do litígio, esta não se encontra obrigada a conduzir o procedimento de resolução alternativa de litígios através da plataforma RLL, atento o disposto no art. 10.º, al. d), do Regulamento (UE) n.º 524/2013. Daí que, conforme se aludiu *supra*, a plataforma RLL funcione apenas como um ponto de contacto inicial entre o consumidor e o comerciante e subsequente encaminhamento do processo para uma entidade de resolução alternativa de litígios, já que o litígio não carece de ser resolvido através da própria plataforma RLL.

Frustrando-se a possibilidade de resolução amigável do litígio através da plataforma RLL, o consumidor pode, desde logo, optar por contactar o Centro Europeu do Consumidor. Com efeito, o Centro Europeu do Consumidor tem por atribuição principal a prestação de auxílio aos consumidores no que diz respeito ao acesso a entidades de resolução alternativa de litígios que se encontrem estabelecidas num outro Estado-Membro da União Europeia e que sejam eventualmente competentes para a resolução de litígios plurilocalizados, emergentes da celebração de um contrato de compra e venda ou de um contrato de prestação de serviços (cfr. o art. 7.º, n.º 1, do Regulamento (UE) n.º 524/2013).

Em alternativa, o consumidor pode contactar diretamente uma entidade de resolução alternativa de litígios que seja competente para dirimir o conflito que o opõe ao comerciante.

---

<sup>18</sup> Cfr., a este respeito, Lorenzo M. Bujosa Vadell, “Procedure: proposals and recommendations”, in *Electronic Mediation and E-Mediator: Proposal for the European Union* (Salamanca: Editorial Comares, 2016), 14.

#### 4. Apreciação crítica: problemas e desafios

Muito embora a plataforma RLL tenha vindo impulsionar a resolução alternativa de litígios em linha na União Europeia, particularmente no que diz respeito aos litígios de consumo, a verdade é que esta plataforma apresenta, de forma manifesta, várias limitações.

De facto, conforme se aludiu *supra*, a plataforma RLL funciona, fundamentalmente, como um ponto de contacto inicial entre o consumidor e o comerciante,<sup>19</sup> razão pela qual, ressalvada a possibilidade de as partes negociarem diretamente a obtenção de um acordo para o seu litígio, a plataforma RLL não constitui, por si só, uma ferramenta de resolução alternativa de litígios.<sup>20</sup>

Acresce que, uma vez apresentada a reclamação ao comerciante e caso este não se encontre vinculado a aceitar a submissão do litígio a uma entidade de resolução alternativa de litígios, o procedimento extingue-se se as partes, no prazo de 30 dias, não lograrem chegar a um acordo quanto à entidade de resolução alternativa de litígios que ficará responsável pelo conhecimento do litígio.

De todo o modo, ainda que as partes logrem chegar a um acordo relativamente à entidade de resolução alternativa de litígios que ficará responsável pelo conhecimento do litígio, tal não afasta os obstáculos inerentes à natureza transfronteiriça do conflito, particularmente no que diz respeito às dificuldades linguísticas de comunicação ou à eventual necessidade de deslocação das partes.

Seria, por isso, importante que o legislador europeu dotasse a plataforma RLL de novas potencialidades na resolução alternativa de litígios, permitindo, em concreto, que o litígio seja dirimido integralmente na própria plataforma – *maxime* através da realização de reuniões virtuais síncronas ou assíncronas<sup>21</sup> ou do recurso a um serviço de *chat* eletrónico<sup>22</sup> que assegure o diálogo entre as partes, com ou sem a assistência de um mediador –, obviando-se, dessa forma, aos constrangimentos decorrentes da necessidade de as partes chegarem a um acordo sobre a entidade de resolução alternativa de litígios que ficará responsável pelo conhecimento do conflito, bem como a eventuais atuações dilatórias, atento o prazo de 30 dias de que as partes dispõem para esse efeito.<sup>23</sup>

Paralelamente, o avanço nas tecnologias de informação poderá permitir que a resolução alternativa de litígios através da plataforma RLL, em concreto, por via da mediação, seja assegurada através de sistemas de inteligência artificial, garantindo-se,

<sup>19</sup> Salientando o facto de esta plataforma desempenhar igualmente uma importante função preventiva, no sentido de incentivar o comerciante a chegar a um acordo com o consumidor, *vide* Tania Sourdin, *Judges, Technology and Artificial Intelligence: The Artificial Judge* (Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2021), 112.

<sup>20</sup> *Vide*, no mesmo sentido, Jie Zheng, *Judges, Online Resolution of E-commerce Disputes: Perspectives from the European Union, the UK, and China* (Cham: Springer, 2020), 46.

<sup>21</sup> Quanto às vantagens dos meios assíncronos na mediação eletrónica, particularmente no que diz respeito à maior flexibilidade do procedimento, à circunstância de as partes não se encontrarem limitadas pelos diferentes fusos horários e à possibilidade de as partes prepararem, adequadamente, os melhores argumentos, *vide* Pablo Cortés, “Online mediation in cross-border and commercial matters in the UK: A proposal for a European legal framework”, in *Electronic Mediation and E-Mediator: Proposal for the European Union* (Salamanca: Editorial Comares, 2016), 27.

<sup>22</sup> *Cfr.*, a este respeito, Federico Bueno de Mata, “Proposal for the regulation of an online dispute resolution platform within the scope of the European Union”, in *Electronic Mediation and E-Mediator: Proposal for the European Union* (Salamanca: Editorial Comares, 2016), 9.

<sup>23</sup> *Vide*, a este propósito, Marco Carvalho Gonçalves, “Proposal for a regulation online mediation in cross-border civil and commercial matters in the European Union: procedural aspects, recognition and enforcement of the agreement”, in *Electronic Mediation and E-Mediator: Proposal for the European Union* (Salamanca: Editorial Comares, 2016), 101.

por essa via, um procedimento de mediação eletrónica mais célere, expedito e eficaz – sem se descurar, naturalmente, os princípios fundamentais do Código Europeu de Conduta para Mediadores –, ou que as partes tenham acesso a instrumentos de inteligência artificial que lhes permitam determinar mais facilmente qual a melhor e a pior solução para o seu litígio.

Por último, tendo em conta que a plataforma RLL só se aplica à resolução de litígios emergentes de relações de consumo,<sup>24</sup> forçoso se torna concluir que a União Europeia tem ainda um longo caminho a percorrer no que diz respeito à resolução alternativa de litígios em linha em outros domínios jurídicos, nomeadamente no que diz respeito à cobrança transfronteiriça de créditos<sup>25</sup> e à resolução de litígios familiares e laborais.<sup>26</sup> Com efeito, ainda que não resultem, direta ou indiretamente, de relações jurídicas estabelecidas em linha, o certo é que a possibilidade de as partes resolverem esses litígios através de uma plataforma RLL será fundamental para se assegurar uma justiça mais rápida, mais eficiente e menos onerosa.

---

<sup>24</sup> Criticando esta limitação objetiva da plataforma RLL, *vide* Pablo Cortés, “Directive 2013/11/EU on alternative dispute resolution for consumers and Regulation (EC) 524/2013 on online dispute resolution”, in *EU Regulation of E-Commerce: A Commentary* (Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2017), 247.

<sup>25</sup> *Vide*, a este propósito, o Decreto-Lei n.º 105/2020, de 23 de dezembro, que institui um sistema público de apoio à conciliação no sobre-endividamento.

<sup>26</sup> Cfr., a este respeito, Almudena Gallardo Rodríguez, “Electronic mediation for family conflict: present and future”, in *Electronic Mediation and E-Mediator: Proposal for the European Union* (Salamanca: Editorial Comares, 2016), 44, a qual salienta as potencialidades das plataformas de resolução eletrónica de litígios familiares e laborais adotadas em diversos países, com particular destaque para a Holanda, plataformas essas que assentam num modelo *multi-step*, partindo da negociação para a mediação.

# A Inteligência Artificial como facilitador da conformidade demonstrada à luz do RGPD – oportunidades e desafios

*Leandra Dias\**

## 1. O uso generalizado da IA

A Inteligência Artificial (IA) convive conosco em todos os aspectos da nossa vida (profissional e pessoal) e naquelas que consideramos situações normais do dia a dia sem, na maioria das vezes, nos apercebermos disso ou sem refletirmos sobre essa realidade e as suas implicações. A IA e o *Machine Learning* são conceitos que, não sendo novos, dominam a atualidade e têm adquirido cada vez mais relevância, interesse e visibilidade fruto dos progressos alcançados, da sua crescente utilização e da mediatização deste tema. Neste pressuposto, a doutrina vem apresentando definições que ora parecem complementar-se, ora se distanciam, mas sempre com a finalidade de sistematizar conceptualmente a IA, cabendo notar que o conceito-padrão que em breve será adotado no âmbito da União Europeia advém daquele apresentado na Proposta de Regulamento sobre Inteligência Artificial.<sup>1</sup> Mas, até a entrada em vigor deste Regulamento, os argumentos advindos da doutrina sugerem que, a IA tem o desafio de desenvolver comportamentos inteligentes em computadores com o objetivo de “*emular os humanos na realização de tarefas do quotidiano, tais como a capacidade de compreender e utilizar uma linguagem, o reconhecimento de figuras, a aprendizagem ou a resolução de problemas*”.<sup>2</sup>

Outra compreensão, prende-se com a proposta de que através da IA, seria possível atribuir às máquinas as capacidades de raciocínio, conhecimento, planeamento, aprendizagem, comunicação, percepção e a capacidade para mover ou manipular objetos.<sup>3</sup>

---

\* PRIMAVERA Business Software Solutions.

<sup>1</sup> O artigo 3.º da Proposta de Regulamento sobre a Inteligência Artificial apresenta a seguinte definição: o sistema de IA corresponde a um “programa informático desenvolvido com uma ou várias das técnicas e abordagens enumeradas no anexo I (baseadas na lógica e no conhecimento, nomeadamente representação do conhecimento, programação (lógica) indutiva, bases de conhecimento, motores de inferência e de dedução, sistemas de raciocínio (simbólico) e sistemas periciais; baseadas na lógica e no conhecimento, nomeadamente representação do conhecimento, programação (lógica) indutiva, bases de conhecimento, motores de inferência e de dedução, sistemas de raciocínio (simbólico) e sistemas periciais; Abordagens estatísticas, estimação de Bayes, métodos de pesquisa e otimização), capaz de, tendo em vista um determinado conjunto de objetivos definidos por seres humanos, criar resultados, tais como conteúdos, previsões, recomendações ou decisões, que influenciam os ambientes com os quais interage, cfr. Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho, que estabelece regras harmonizadas em matéria de Inteligência Artificial (Regulamento Inteligência Artificial) e altera determinados atos legislativos da União, Bruxelas, 21.4.2021, COM(2021) 206 final.

<sup>2</sup> Francisco Carneiro Pacheco Andrade, *et al.*, “A inteligência artificial na resolução de conflitos em linha”, *Scientia Iuridica*, Tomo LIX, no. 321 (2010): 19, <http://repositorium.sdum.uminho.pt/bitstream/1822/19388/1/4%20-%202010b%20-%20Journal%20Scientia%20Iuridica.pdf>.

<sup>3</sup> Stuart Russell e Peter Norvig, *Artificial Intelligence: A Modern Approach*, citado por Francisco Carneiro Pacheco Andrade, *et al.*, “A inteligência artificial”, *op. cit.*, 19.

Outra definição possível a compreende como um “*sistemas de software (e eventualmente também de hardware) concebidos por seres humanos, que, tendo recebido um objetivo complexo, atuam na dimensão física ou digital percecionando o seu ambiente mediante a aquisição de dados, interpretando os dados estruturados ou não estruturados recolhidos, raciocinando sobre o conhecimento ou processando as informações resultantes desses dados e decidindo as melhores ações a adotar para atingir o objetivo estabelecido*”.<sup>4</sup>

Encontramos assistentes que direcionam os nossos pedidos, conhecem as nossas preferências de consumo, as rotas que habitualmente percorremos e apresentam-nos sugestões de todo o tipo. Em questões mais lúdicas ou mais sérias, a IA aí está. Vejam-se os exemplos de aplicações usadas para sugerir os melhores investimentos financeiros considerando o perfil de cada investidor (disposição maior ou menor para o risco, rentabilidade a curto, médio ou longo prazo...) ou as sugestões para assistir ou ouvir um conteúdo tendo por base as características e comportamentos do utilizador. Também as empresas recorrem cada vez mais a IA com vista a melhorar a sua produtividade, rentabilidade, tomarem melhores decisões e aumentarem a satisfação de clientes. Falamos de casas inteligentes e nomes que nos são familiares como *Alexa*, *Cortana*, *Siri* ou *Google Now*.<sup>5</sup> Também estamos familiarizados com a *Internet das coisas* (aspiradores, frigoríficos, relógios conectados à internet ou sistemas de ar condicionado inteligente). Noutras áreas talvez não tão perto de nós, mas que são uma realidade, também encontramos IA como é o caso da agricultura inteligente no que toca à irrigação, alimentação de animais, robôs que removem ervas daninhas, até ao uso da IA no âmbito da cibersegurança e combate à desinformação.

No nosso quotidiano, o contacto com a IA está normalizado e muitas vantagens lhe são reconhecidas.

Já o dissemos anteriormente: “*É comumente aceite e consensual que a tecnologia é sinónimo de digitalização, simplificação, aceleração, produtividade, potenciando a afirmação e expansão das relações comerciais, da satisfação de clientes, da fácil interação com fornecedores e outros agentes que se relacionam com as organizações*”.<sup>6</sup>

Estas vantagens, reconhecidas à tecnologia em geral e à IA em particular, podem (e, quanto a nós, devem), ser transportadas para o âmbito da conformidade com o Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados (RGPD).<sup>7</sup> Importa, então, conhecer essas vantagens, mas também quais as implicações, riscos ou ameaças que o uso de IA pode representar ou trazer nestes domínios. No entanto, não é nossa intenção apenas apontar essas implicações e riscos e com isso, de alguma forma, tolher o progresso tecnológico ou aumentar a desconfiança relativamente ao uso de IA,<sup>8</sup> mas sim ajudar

<sup>4</sup> Definição de acordo com o grupo independente de peritos de alto nível sobre a inteligência artificial criado pela Comissão Europeia em junho de 2018, *Uma definição de IA: principais capacidades e disciplinas científicas*, acessível em [https://ec.europa.eu/futurium/en/system/files/ged/ai\\_hleg\\_definition\\_of\\_ai\\_18\\_december\\_1.pdf](https://ec.europa.eu/futurium/en/system/files/ged/ai_hleg_definition_of_ai_18_december_1.pdf).

<sup>5</sup> Assistentes virtuais construídos com recurso a IA e *machine learning*.

<sup>6</sup> Leandra Dias, “O papel da tecnologia na busca pela conformidade com o RGPD”, in *UNIO E-BOOK 2019 O Mercado Único Digital da União Europeia como destino político: a interoperabilidade como o caminho a seguir*, coord. Alessandra Silveira, Joana Covelo de Abreu e Larissa Coelho (Braga: Pensamento Sábio e Universidade do Minho – Escola de Direito, 2019), <http://repositorium.sdum.uminho.pt/handle/1822/61446>.

<sup>7</sup> Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016 relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados e que revoga a Diretiva 95/46/CE.

<sup>8</sup> Embora com pressupostos diferentes, com velocidade diferente e consequências mais abrangentes, a esgrima de argumentos sobre as maravilhas e as amarguras associadas ao avanço tecnológico não é nova - veja-se o

a antecipar dificuldades que se possam colocar, minimizar os riscos e apoiar na construção de uma IA benéfica para todos. Relembremos que a tecnologia em si mesma é neutra, no sentido de não ser nem boa, nem má; a bondade ou maldade estará no uso que lhe é dado e em quem a usa.

Não podemos encarar a IA como a salvação de todos os males ou a fonte de todas as virtudes, mas também não podemos olhá-la como o inimigo número um.

De notar que a IA tem vários estádios, desde a IA reativa, à proativa, passando pela preditiva, prescritiva até chegar à autónoma. Por outro lado, existem usos da IA que implicam maior ou menor risco, não podendo todas as realidades ser catalogadas e tratadas da mesma forma, devendo fazer-se uma análise casuística.

## **2. A IA como facilitador da conformidade demonstrada à luz do RGPD – oportunidades**

Com o RGPD passamos para um modelo de autorregulação. Existe agora uma responsabilização acrescidas das entidades que recolhem e efetuam o tratamento de dados pessoais. Disso é prova, por exemplo, a inversão do ónus da prova e o conceito de conformidade demonstrada, cabendo a estas entidades apresentar evidências de que foram adotadas as medidas adequadas para garantir a segurança e a proteção de dados e que as mesmas estão de acordo com a legislação.

Desta forma, o apoio por parte na tecnologia e da IA na construção destas evidências traduz-se numa manifesta mais-valia para as organizações. Como tivemos oportunidade de defender,<sup>9</sup> são inegáveis as vantagens que, em nossa opinião, a tecnologia e a IA podem trazer no domínio da conformidade com o RGPD. Entendemos, assim, que podem ser desenvolvidos instrumentos/sistemas de análise colocados ao serviço quer das autoridades de controlo, em Portugal, a CNPD, quer das associações de defesa dos consumidores, possibilitando detetar falhas e/ou incoerências ou inconsistências na atuação dos responsáveis pelo tratamento, sendo uma enorme vantagem em situações de apoio em auditorias e inspeções.

Acreditamos que também os cidadãos enquanto consumidores finais de bens e serviços podem ser beneficiados.<sup>10</sup> Poderia, por exemplo ser disponibilizada uma *app* ou um sistema simples que nos auxiliaria a, de forma simples e rápida, perceber que dados (e com que catalogação) estão a ser recolhidos/tratados, com que fundamentos, para que finalidades e quais os prazos de manutenção desses dados e se os mesmos são ou não partilhados com terceiros. Estas aplicações possibilitavam dar mais informação e autonomia aos cidadãos.<sup>11-12</sup>

---

fenómeno da Revolução Industrial e das que lhe sucederam. Colhemos hoje reações semelhantes às dos que viveram essa época, também ela conturbada: o medo de perder o emprego, de tornar-se desnecessário, de não conseguir adaptar-se ao novo mundo, de ficar fora do mercado de trabalho, medo da “máquina” e do que ela representa. Ao mesmo tempo, colhemos a crença no progresso e nas oportunidades que lhe estão associadas, criando excitação, esperança num mundo melhor. É justo dizer-se que a Revolução Industrial fez com que a economia, a sociedade e a noção dos valores humanos se transformassem e que também contribuiu, fruto de vários problemas e questões que se levantaram, para o redesenho daqueles que hoje estão reconhecidos como direitos humanos, positivados em documentos de âmbito nacional e internacional.

<sup>9</sup> Leandra Dias, *O papel da tecnologia na busca pela conformidade com o RGPD*, op. cit., 81 e ss.

<sup>10</sup> *Ibidem*, 83-84.

<sup>11</sup> Giuseppe Contissa, et al., *CLAUDETTE MEETS GDPR – Automating the Evaluation of Privacy Policies using Artificial Intelligence* (Florence, Bologna, Reggio Emilia: BEUC, 2018), 1, [https://www.beuc.eu/publications/beuc-x-2018-066\\_claudette\\_meets\\_gdpr\\_report.pdf](https://www.beuc.eu/publications/beuc-x-2018-066_claudette_meets_gdpr_report.pdf), p. 56 e 57.

<sup>12</sup> Leandra Dias, “A inteligência artificial ao serviço do RGPD”, *Inovação e Tecnologia*, junho 4, 2019,

No entanto, o desenvolvimento e manutenção destas *apps* acarretam custos e isso pode dificultar o seu surgimento. Assim, para que a disponibilização deste tipo de ferramentas aconteça e o seu uso seja democratizado, seria necessário o envolvimento dos responsáveis pelo tratamento de dados pessoais ao abrigo da lealdade, da transparência e do próprio direito de acesso e direito à informação dos titulares dos dados.

Pode defender-se que para que uma organização invista numa ferramenta deste tipo, desenvolvendo-a de raiz ou investindo para poder aceder a uma solução já existente, é necessária uma contrapartida monetária pela sua utilização, ainda que essa contrapartida seja fixada em termos que, ao mesmo tempo, a torne apelativa para os potenciais utilizadores e seja rentável para o fabricante ou investidor. Doutra forma, a sua utilização poderia ser proibitiva para os potenciais utilizadores ou pouco apelativa para investidores e estaríamos perante um investimento que poucas organizações teriam interesse, capacidade ou disponibilidade para fazer. Nesse caso, apesar da utilidade que estas *apps* representam, não passariam do plano das ideias e das intenções. Todavia, acreditamos existir outro caminho. Se o resultado obtido através destas *apps* for considerado uma forma efetiva e válida de concretização e de operacionalização do direito de acesso e do direito à informação, este poderia ser o incentivo suficiente para que os responsáveis pela recolha e tratamento dos dados investissem em ferramentas deste tipo, traduzindo-se numa manifesta mais-valia para ambas as partes: responsáveis pelo tratamento, que estariam a operacionalizar o direito de acesso e direito à informação, assim como reunir mais evidências de conformidade demonstrada; e titulares dos dados, que teriam acesso a informação correta, válida, mais rápida e autonomamente.

O acesso a estas *apps* poderia ser facilitado a partir dos locais onde os dados pessoais são recolhidos. Por exemplo, dando-se conhecimento da sua existência e forma de obtenção na área de “Definições” do *Facebook* ou *Instagram*, nos portais onde o titular dos dados efetua a marcação de consultas e exames médicos e acede aos respetivos resultados. O mesmo se passaria nos portais onde se efetuam inscrições para formação ou *Webinar*, no sítio de internet de um fabricante de *software* (na área relacionada com o produto que faz recolha e uso de dados pessoais) ou em associação a um motor de busca.

Para facilitar a construção destes sistemas e para otimizar os resultados obtidos, poderia, por exemplo, ser efetuada uma catalogação prévia de todos os dados considerados dados pessoais de entre os dados recolhidos ou potencialmente recolhidos numa aplicação, sistema, página *web* ou formulário em informatizado. Por outro lado, se relativamente a esses dados existisse também uma catalogação prévia daqueles que integram as categorias especiais de dados ou fossem elencadas as características que têm de ter para se incluírem nessa categoria, então mais facilmente poderiam ser construídos padrões que apoiariam na deteção e identificação desses dados. Também as finalidades de uso associadas a cada um dos dados recolhidos teriam de ser previamente enumeradas e atualizadas sempre que se adicionasse ou removesse uma finalidade. Ou seja, o *machine learning* poderia ser um sério apoio neste processo, mas a intervenção humana nos procedimentos atrás enunciadas e na sua evolução seria determinante para o sucesso destas aplicações.

Acresce que, como já tivemos oportunidade de defender, as organizações poderiam submeter as atividades de tratamento que realizam a um rastreio de conformidade com recurso a IA para, por exemplo, ajudar a perceber se existem não conformidades.

Neste âmbito já existem soluções que auxiliam em algumas áreas, por exemplo, na realização de forma automatizada de *avaliações de impacto*, os chamados *DPIAs*, permitindo aceder a propostas de conteúdo, guias, *workflows* automatizados, modelos pré-existentes que guiam o utilizador neste processo. Existem também soluções que permitem o mapeamento automático dos dados pessoais usados numa organização e que apoiam na gestão de incidentes de violação de dados.<sup>13</sup>

No entanto, o que propomos é algo mais amplo. Imagine-se uma auditoria relativa à conformidade de uma organização com o RGPD na parte relacionada com as atividades de tratamento realizadas e que essa auditoria é levada a cabo por um auditor externo à organização. Não defendemos que um algoritmo possa substituir o humano na realização de entrevistas, na avaliação da atuação dos colaboradores dessa organização no seu dia a dia no que se relaciona com este tema ou em tarefas mais complexas. Estamos também plenamente cientes da necessidade de intervenção humana neste processo. No entanto, da listagem de verificação usada para realizar a auditoria constam os vários pontos a serem avaliados relativamente a cada atividade de tratamento e muitos deles poderiam ser automatizados. Dentro desses automatismos poderiam incluir-se validações para determinar se os dados recolhidos integram o conceito de dados pessoais; se integram categorias especiais de dados; se são dados relativos a menores; se existe fundamento para recolha e tratamento desses dados; se, comparando os dados recolhidos com as finalidades de tratamento, está a ser respeitado o princípio da minimização de dados; se o período de conservação de dados é o adequado; se existem processos implementados para o arquivo e destruição de dados quando deixam de ser necessários ou cessa o fundamento. Por outro lado, podem ser usados automatismos para simular pedidos de acesso e validar o tempo de resposta ou simular a existência de um incidente

Assim, facilmente se diagnosticaria a existência de não conformidades e poderiam adotar-se medidas adequadas a minimizá-las ou eliminá-las. A tecnologia poderia também ser bastante benéfica na construção de mecanismos de resposta rápida e eficaz a direitos de titulares, aumentar a segurança dos dados e diminuir o impacto e os danos em caso de incidentes de violação de dados. A tecnologia é, ainda, um grande aliado no sentido em que possibilita definir diferentes perfis de utilização e níveis de acesso à informação, bem como viabilizar a existência de *Logs* de operações para permitir identificar e monitorizar quem, quando, onde e ao quê teve acesso. Estas medidas auxiliam quer na prevenção de incidentes de violação de dados, quer a apurar responsabilidades associadas aos mesmos.

Acresce que, recorrendo a padrões previamente construídos, é possível acelerar a identificação de dados pessoais dentro de uma organização, efetuar a sua catalogação automática e garantir uma maior proteção para aqueles que se enquadrem em alguma das categorias especiais de dados de acordo com o RGPD.

Reconhecemos ainda que a tecnologia e a IA podem ser um apoio importante e facilitador das funções do Encarregado de Proteção de Dados. Ferramentas semelhantes às avançadas também poderiam ser usadas para apoiá-lo a avaliar a necessidade ou não de realizar uma avaliação de impacto com base em *inputs* previamente fornecidos ou a decidir sobre a necessidade de realização de uma Consulta Prévia à CNPD. Falamos de um verdadeiro sistema de apoio à decisão como já existe noutras áreas. Para além disso, a IA poderia ser também usada para auxiliar na própria realização da *avaliação de impacto*, indicando e validando a existência dos elementos mínimos exigidos nesta avaliação. Por outro lado, a IA será uma importante ferramenta na deteção de incidentes de violação de

---

<sup>13</sup> Veja-se a título de exemplo as soluções da *OneTrust*.

dados, na identificação dos titulares de dados afetados e na avaliação da necessidade de realizar notificações e a operacionalizá-las num muito menor lapso temporal do que se fossem realizadas por humanos. O DPO pode ser largamente apoiado na inventariação das atividades de tratamento, na gestão de consentimentos, na gestão de prazos de conservação de dados, na operacionalização do direito ao esquecimento, assim como na garantia e efetivação do princípio da minimização de dados.

Se dúvidas restassem quanto ao uso (e aos resultados obtidos) da inteligência artificial através do *machine learning* nos domínios da demonstração de conformidade com o RGPD, as mesmas foram dissipadas com o desenvolvimento e utilização do algoritmo *Claudette*.<sup>14</sup> Esta iniciativa foi levada a cabo pela Organização Europeia de Consumidores, que recorreu ao algoritmo *Claudette* para analisar as políticas de privacidade de 14 empresas de tecnologia. O objetivo era avaliar a conformidade com o RGPD das políticas de privacidade de entidades como a *Google*, *Facebook* (e *Instagram*), *Amazon*, *Apple*, *Microsoft*, *WhatsApp*, *Twitter*, *Uber*, *AirBnB*, *Booking.com*, *Skyscanner*, *Netflix*, *Steam* e *Epic Games* de forma automática.<sup>15</sup> A questão que estava na base era a de saber se uma máquina poderia apoiar na deteção de falhas ou insuficiências de um texto face a exigências legais? E assumia-se que muito provavelmente sim.<sup>16</sup>

Face aos resultados obtidos, concluiu-se que o algoritmo *Claudette* constitui uma prova de conceito de que é possível usar, com bons resultados, a IA através do *machine learning* já que foi possível detetar que um terço das cláusulas analisadas era “potencialmente problemático” ou continha “informação insuficiente” e mais de onze por cento continham termos pouco claros.<sup>17</sup>

### 3. Desafios e ameaças associados ao uso de IA

A IA coloca desafios estimulantes, sendo a ética, a autorregulação e a *due diligence* em relação aos direitos humanos pontos essenciais para uma IA confiável e benéfica para todos.

No dia a dia das organizações, muitas são as possíveis utilizações da IA que teriam uma utilização positiva, entre elas, o seu apoio na demonstração da conformidade com o RGPD, como acabamos de expor. A IA pode contribuir para uma gestão mais colaborativa, mais preditiva e eficaz. Imaginemos, por exemplo, uma métrica que auxiliasse as organizações a prever necessidade de substituição dos seus colaboradores antecipando os impactos das ausências que iriam ocorrer no futuro. Desta forma, seria possível antecipar a necessidade de substituição temporária ou definitiva desses colaboradores minimizando o impacto da sua ausência na produtividade da organização e ajudando no planeamento e gestão de pessoas, essencial ao bom funcionamento. Ou seja, o objetivo desta métrica, baseada em padrões previamente definidos e dados de histórico, seria prever antecipadamente a necessidade de contratar colaboradores para substituir os ausentes apontando as funções, o número e a época dessa necessidade.

No entanto, sem os devidos cuidados, facilmente esta métrica poderia ser construída e passar a ser usada com objetivos que em nada tocam a utilização pensada e

<sup>14</sup> “Automated CLAUse DETeCTER”, <http://claudette.eui.eu>.

<sup>15</sup> Giuseppe Contissa et al., *CLAUDETTE MEETS GDPR – Automating the Evaluation of Privacy Policies using Artificial Intelligence* (Florence, Bologna, Reggio Emilia: BEUC, 2018), 1, [https://www.beuc.eu/publications/beuc-x-2018-066\\_claudette\\_meets\\_gdpr\\_report.pdf](https://www.beuc.eu/publications/beuc-x-2018-066_claudette_meets_gdpr_report.pdf).

<sup>16</sup> Giuseppe Contissa et al., *CLAUDETTE: an Automated Detector of Potentially Unfair Clauses in Online Terms of Service* (2019), <https://arxiv.org/pdf/1805.01217.pdf>.

<sup>17</sup> *Ibidem*, 56-57.

rapidamente passariam a prejudiciais e até inadmissíveis. Se não, vejamos: esta métrica poderia ser usada para tomar decisões relativamente à manutenção do contrato de trabalho, à progressão na carreira, aos planos de sucessão e até ao despedimento de alguém que o sistema prevê estar na iminência de ausência (por parentalidade, doença, aproximação da idade da reforma, etc.), podendo ser promotor da desigualdade de género e de discriminação.

Um outro exemplo de métrica criada com recurso à IA e *machine learning* que poderia ser muito útil à gestão de pessoas é a atribuição de aumentos salariais em função da produtividade dos colaboradores com recurso a padrões universais como, por exemplo, produção de x unidades por hora/dia de trabalho; resposta a x pedidos de apoio; entregas dentro de prazos previamente definidos; índices de satisfação de clientes, etc... Numa primeira análise, diríamos que esta métrica poderia trazer maior justiça e imparcialidade na distribuição do reconhecimento e dos aumentos salariais, pois todos seriam avaliados da mesma forma, com os mesmos critérios, de acordo com o mesmo processo e não haveria lugar a preferências subjetivas e infundadas na atribuição desses benefícios.

No entanto, mais uma vez, se esta métrica não for construída com os cuidados necessários, poderia gerar profunda desigualdade e injustiça. Isto, porque, se os dados sobre os quais o algoritmo faz a sua aprendizagem não tiverem diversidade suficiente e forem “despidos” de preconceitos, rapidamente a “máquina” vai reproduzir e perpetuar esses preconceitos. Por exemplo, se não forem consideradas as diferenças existentes entre colaboradores, designadamente a deficiência ou incapacidade que possam ter e que podem ter impacto na sua produtividade ou se não se diferenciar os níveis de produção esperados de um colaborador que não teve licença de parentalidade face a um outro que teve, então esta métrica, à partida benéfica, pode levar a resultados discriminatórios. Estaríamos, portanto, perante sérias ameaças aos direitos fundamentais.

Por outro lado, se qualquer destas métricas implicasse tomada de decisão sem intervenção humana no processo estaríamos perante uma situação de decisão automatizada com impacto direto na esfera jurídica dos colaboradores afetados, prática proibida à luz do RGPD.

Assim, não obstante todos os benefícios que enumeramos e que se reconhece ao uso da IA nestes domínios, não podemos deixar de defender que a mesma deve ser usada de forma cautelosa e exclusivamente dentro dos limites legais e éticos. Para isso, será necessária uma cooperação estreita entre tecnólogos e juristas.<sup>18</sup> Tal só será possível se houver uma revisão dos planos de estudos dos juristas, que precisam conhecer como funcionam os sistemas não apenas na ótica da utilização, mas sim da sua construção, conceção e funcionamento. Só assim poderão perceber as várias problemáticas que se colocam e ajudar a construir formas de os ultrapassar sem abdicar da tecnologia e evolução, mas também sem abdicar dos direitos fundamentais, dos direitos humanos, da proteção e privacidade de dados e dos diferentes regimes e regras jurídicas que se mostrem aplicáveis. Também os tecnólogos terão de ter conhecimentos jurídicos, pelo menos quanto ao RGPD, direitos de propriedade intelectual, direitos fundamentais e direitos humanos. Só assim poderão conceber e desenvolver sistemas que verdadeiramente respeitem cada uma destas áreas. Em ambos os casos, a ética *by design and by default* terá de estar presente.

---

<sup>18</sup> Leandra Dias, “A inteligência artificial ao serviço do RGPD”, Inovação e Tecnologia, junho 4, 2019, <https://pt.primaverabss.com/pt/blog/como-aplicar-a-inteligencia-artificial-ao-rgpd/>.

A União Europeia tem revelado atenção a esta temática, propondo um conjunto de diretrizes éticas neste domínio. Neste sentido, o Grupo de Peritos de Alto Nível da Comissão Europeia disponibilizou um Guia de princípios éticos que devem nortear o desenvolvimento de IA - Princípios éticos para uma inteligência artificial de confiança<sup>19</sup> para se atingir uma IA confiável, recorrendo para isso a princípios centrados nos humanos. Este é um documento que necessita de ser amplamente divulgado e explicado para que as empresas, as organizações e os cidadãos o conheçam. Só com uma divulgação alargada e demonstrando os benefícios que do seu cumprimento advém é que se poderá aumentar a adesão a estes princípios.

No entanto, estes princípios não são leis, nem podem ser considerados *soft law*,<sup>20</sup> o que os fragiliza, sendo, por isso, necessário desenvolver outras iniciativas. Pensamos que a mitigação dos riscos associados ao desenvolvimento e utilização da IA passa também por ter em consideração as questões ligadas aos direitos humanos no desenvolvimento de novas tecnologias. Os direitos humanos deverão ser considerados desde o início do desenvolvimento das tecnologias, serviços ou produtos que usem IA. Os direitos humanos e os direitos fundamentais devem ser considerados por predefinição e desde a conceção, tal como acontece com a privacidade e proteção de dados pessoais de pessoas singulares.

Ou seja, muito graças ao RGPD, as organizações tiveram de incluir na sua atividade a realização de avaliações de impacto para apreciar os riscos e as consequências que um determinado processo ou prática acarretam ao nível da privacidade de dados pessoais de pessoas singulares. Sugere-se, então, a utilização do mesmo tipo de avaliação agora associada à análise do impacto do uso de sistemas de IA ao nível dos direitos fundamentais, incorporando-se nas práticas e políticas das organizações as recomendações que saiam dessas avaliações. Este tipo de ferramenta fará ainda maior sentido em organizações que produzem tecnologia, produtos ou serviços que usem de alguma forma IA e *machine learning*, mas isso só será conseguido se as organizações perceberem que têm na conformidade ao nível dos direitos humanos um importante aliado.

O processo de *due diligence* de uma organização relativamente aos direitos humanos está relacionado com o grau razoável de prudência levada a cabo pela organização no que se refere a questões ligadas com esta matéria, não se tratando de uma exigência legal, mas sim de uma boa prática com vista a gerir questões e impactos que o seu negócio e a sua atuação possam trazer para os direitos humanos. Não havendo normativos legais que regulem como deve ser garantida a adequação e o respeito pelos direitos humanos dentro de uma organização, estas e os Estados terão de socorrer-se dos Princípios Orientadores sobre Empresas e Direitos Humanos da ONU, aprovados em 2011, que, apesar de não estarem especificamente direcionados para a área da IA, também aqui podem ser aplicados. Nesse sentido, as organizações devem garantir o respeito pelos direitos humanos em todos os seus projetos e atuações; devem procurar prevenir e, quando tal não é possível, mitigar os riscos, questões e violações relacionados com os direitos humanos que possam estar a ser provocados pela atuação da organização ou dos seus parceiros de negócio.

---

<sup>19</sup> High-Level Expert Group on Artificial Intelligence, *Ethics guidelines for trustworthy AI* (Brussels: European Commission, 2019), <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/ethics-guidelines-trustworthy-ai>, consultado em 30 de janeiro de 2020.

<sup>20</sup> Leandra Dias, *O papel da tecnologia na busca pela conformidade com o RGPD*, op. cit., 84.

Defendemos também que deve ainda garantir-se a existência de políticas e processos dentro das organizações que permitam endereçar e gerir as questões que possam surgir associadas a direitos humanos, assumindo-se o compromisso de respeitar os direitos humanos através de *políticas organizacionais*. Muito relevante é garantir que estas boas práticas não fiquem apenas no papel ou no plano das intenções e, por isso, é recomendável fazer-se avaliações e auditorias que permitam identificar áreas de risco neste âmbito, assim como ter processos para gerir e ultrapassar potenciais questões ou não conformidades.

Paralelamente, é necessária uma boa comunicação interna e externa sobre esta temática e ter claro como a organização endereça este assunto, tal como ter acessível um canal para eventual reporte de queixas ou questões nesta área. Neste sentido, a *Internet Corporation for Assigned Names and Numbers (ICANN)*, refere “*A first important step for organizations to fulfill their human rights due diligence obligations is to identify human rights impacts and subsequently to manage them effectively.*”<sup>21</sup>

Não podemos esquecer a necessidade de autorregulação, estabelecendo princípios, regras e limites que devem ser respeitados no desenvolvimento e/ou na utilização de IA, fazendo um uso consciente.<sup>22</sup> É incontornável a elaboração de orientações e regras no domínio da ética aplicadas ao desenvolvimento e uso de IA, de forma a garantir que os avanços tecnológicos não se fazem à custa do sacrifício de valores comuns à sociedade e que são assumidos como fundamentais e transversais, como é o caso dos direitos humanos.

Assim, defendemos que a criação de códigos de conduta e comissões de ética serão também formas muito válidas de colocarmos exigência que se refletirá na proteção ou minimização de riscos para os direitos humanos/direitos fundamentais.

Preocupações como esta não são exclusivas da área de desenvolvimento de IA, mas também dos respetivos testes, sendo necessário que esses testes sejam adequados e tenham em consideração as preocupações com os direitos humanos. Se assim for, os testes serão mais uma forma de controlo sobre os efeitos da IA contribuindo para uma garantia de supervisão humana. Um dos desafios que se colocam aos testes de sistemas inteligentes é, por exemplo, a necessidade de validar os *inputs* que estão a ser recebidos ou que são fornecidos ao sistema. Ou seja, os testes podem ser uma ferramenta muito relevante de controlo sobre esses *inputs*, já que todos os sistemas que usam IA e *machine learning* aprendem a partir dos dados que lhes são fornecidos pelo ser humano, que poderão, voluntária ou involuntariamente conter preconceitos, podendo esses preconceitos gerar situações discriminatórias e atentatórias dos direitos humanos como já tivemos oportunidade de exemplificar.

Os sistemas de apoio à decisão que se baseiem em decisões humanas anteriores, que aprendem a partir delas e que decidem com base em padrões que se criaram a partir desses *inputs*, poderão ser veículos de replicação de preconceitos. Note-se a este respeito um sistema de reconhecimento facial que recorria a IA usado nos Estados Unidos, cujos *inputs* que lhe foram dados foram exclusivamente imagens de pessoas brancas, não conseguindo esse aplicativo reconhecer pessoas negras, causando, assim, uma situação de diferenciação. Para evitar situações semelhantes é necessário

<sup>21</sup> ICANN, *Summary report of the first Human Rights Impact Assessment for the ICANN organization*, acessível em <https://www.icann.org/en/system/files/files/summary-report-hria-15may19-en.pdf>.

<sup>22</sup> Veja-se o exemplo da Google que criou um conselho de ética para a IA, dando um exemplo de boas práticas. No entanto, uma semana depois este conselho acabou por ser dissolvido face a polémicas ligadas à escolha de alguns dos seus membros.

analisar os dados que são usados como *inputs*, validar se esses dados/informações têm diversidade suficiente e avaliar as respostas do sistema, estando particularmente atentos à possibilidade de preconceito.

Urge garantir a existência de pluralidade e diversidade de dados e não contribuir para que exista uma visão unívoca, totalizadora e, por isso, castradora e injusta. Torne-se, assim, evidente que os casos de teste usados pelos *testers* neste domínio terão de ser mais abrangentes considerando IA *causes*, capazes de avaliar, por exemplo, a existência de preconceitos, de discriminação, de violação de direitos fundamentais, de direitos humanos e comportamentos eticamente relevantes.

Defendemos então que da mesma forma que existem regras seguidas por humanos no desenvolvimento de trabalho em diferentes áreas, as máquinas devem também seguir regras.

Desta forma, além do controlo dos algoritmos por algoritmos, estando estes últimos “treinados” para detetar ameaças e problemas causados pelos primeiros, é evidente, como temos vindo a explicar, o controlo dos algoritmos por humanos. Nos processos dominados pela máquina tem de existir sempre intervenção humana, funcionando este como garante último. A IA deve centrar-se no humano para que os cidadãos possam ter confiança e segurança nos sistemas inteligentes.

Para além da intervenção humana ao nível dos testes dos algoritmos e dos sistemas inteligentes, esta intervenção pode e deve acontecer noutros níveis. Uma validação e garantia adicional seria conseguida se, no processo de certificação da produção de *software*, de que é exemplo a Certificação CMMI (*Capability Maturity Model Integration*), fosse incluída a avaliação da conformidade também nestes domínios. Isso permitiria uma contínua auditoria interna e externa que diminuiria os riscos e ameaças.

Em paralelo, todos os profissionais que estejam envolvidos no desenvolvimento ou utilização de IA devem ser verdadeiros provedores do respeito pelos princípios éticos, do respeito pelos direitos fundamentais e direitos humanos no trabalho que executam e no trabalho desenvolvido nas suas equipas e nas suas organizações. Cada um deve ser um Provedor *ad hoc* no exercício das suas funções. Outra medida que pode ajudar na diminuição dos riscos é a garantia de diversidade nas equipas de desenvolvimento de aplicações, sistemas ou produtos em que é usada IA. Na verdade, a tecnologia não deve ser exclusiva de tecnólogos, a tecnologia deve ser criada por um grupo diversificado de pessoas, aí se incluindo perfis ligados à interpretação legal e regimes jurídicos, pessoas que conheçam a realidade da sociedade, com diferentes mentalidades e sensibilidades.

Apesar das diferentes contribuições que fomos apontando, é inegável a urgência de ter legislação sobre estes temas e regular o desenvolvimento e uso de IA, delimitando as atuações admissíveis. Pode aqui discutir-se quem deve regular o desenvolvimento e uso de IA e como deve fazê-lo: se os parlamentos de cada Estado, se as instituições supranacionais, se a indústria ou se uma força conjunta. Consideramos que esta última hipótese será a mais produtiva, importando agregar os contributos de diferentes áreas.

Vejam o exemplo da regulação da proteção, segurança e privacidade de dados pessoais: foi aprovado a nível europeu o RGPD, que veio estabelecer regras relativas à proteção de dados pessoais das pessoas singulares - tratamento e livre circulação desses dados. Há enormes benefícios associados ao facto de se tratar de um Regulamento e não uma Diretiva, não havendo necessidade de transposição para a ordem jurídica interna de cada Estado-Membro, com as dificuldades que esse processo normalmente

acarreta, designadamente quanto aos diferentes ritmos de transposição e quanto à adoção de diferentes regras e interpretações que acabam por acontecer ao nível de cada um dos Estados. Com esta solução tornou possível que a entrada em vigor e aplicabilidade destas regras acontecesse no mesmo momento para todos e com o mesmo conteúdo.<sup>23</sup> Por outro lado, o RGPD permitiu a atualização da legislação que, de forma dispersa e com diferentes regras existia nos vários Estados-Membros, possibilitando a adequação a novas realidades que surgiram ou tomaram outras dimensões nos últimos 20 anos, como é o caso das redes sociais, da Internet das coisas e do *Marketing Digital*. Este Regulamento permitiu também harmonizar a legislação dos diferentes Estados-Membros da União Europeia (UE), dando um importante passo para a concretização do mercado único digital.

Desta forma, parece-nos que nos temas relacionados com o desenvolvimento da IA deve ser adotada uma solução semelhante, por todas as razões meritórias atrás apontadas, mas também pelo facto de isso refletir um consenso mais alargado, além de que as obrigações constantes no Regulamento teriam de ser respeitadas, sob pena de coimas e outras sanções, ultrapassando-se, assim, as dificuldades de adesão e aplicação dos princípios sobre a IA ética. Passaríamos do desejável para o exigível.

#### 4. A resposta europeia

No sentido do que vínhamos defendendo, foi apresentada pela Comissão Europeia uma proposta de Regulamento que estabelece regras harmonizadas em matéria de IA, regulando o seu uso, proposta apresentada a 21 de abril de 2021<sup>24</sup> (Proposta).

Esta Proposta de Regulamento em conjunto com o plano coordenado com os Estados-Membros tem como principais objetivos afirmar e aprofundar a segurança, a defesa e um elevado nível de proteção dos direitos fundamentais dos cidadãos da UE e, ao mesmo tempo, reforçar o investimento, a inovação e a utilização de IA na UE, não querendo ser um obstáculo, mas um impulsionador do desenvolvimento tecnológico.

De acordo com esta Proposta, o Regulamento irá aplicar-se a fornecedores que coloquem no mercado ou em serviço sistema de IA no território da UE, independentemente de estarem estabelecidos na UE ou num país terceiro. Aplicar-se-á também aos utilizadores de sistema de IA localizados na UE e, ainda, a fornecedores e utilizadores de sistemas de IA localizados num país terceiro, desde que o resultado produzido pelo sistema seja utilizado na União. Por outro lado, há também disposições que se aplicam aos distribuidores e importadores de sistemas de IA.

Nesta Proposta, prevêem-se exigências diferentes em função do risco que o sistema de IA represente ou possa representar, diferenciando-se os níveis de risco e aumentando-se a exigência colocada de forma proporcional ao risco associado. Assim, temos aqui definidas práticas consideradas proibidas, sistemas de risco elevado, sistemas de risco limitado e sistemas de risco mínimo.

Na base da pirâmide, temos o risco mínimo relativamente ao qual não foram previstas obrigações ou regras. Falamos, por exemplo, da utilização de um filtro de *spam*

<sup>23</sup> Com exceção das chamadas cláusulas de abertura.

<sup>24</sup> Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho que estabelece regras harmonizadas em matéria de inteligência artificial (Regulamento Inteligência Artificial) e altera determinados atos legislativos da União, acessível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:52021PC0206&from=EN>.

ou jogos de vídeo baseados em IA. Já quanto ao risco limitado, falamos de sistemas que implicam maior interação entre o sistema de IA e os utilizadores, como é o caso dos *chatbots*. Aqui, é necessário garantir que os utilizadores tenham consciência de que estão a interagir com um sistema e não com um humano de forma que as suas ações assentem em decisões informadas. Isto, porque, atualmente é muitas vezes difícil distinguir, numa conversação via *chat*, se o nosso interlocutor é uma pessoa ou um *bot*, devendo o utilizador ser previamente advertido de que está a interagir com um *bot*. Estão previstas obrigações adicionais de transparência para alguns sistemas de IA que, mesmo não sendo considerados de alto risco, devido à sua natureza implicam maior exigência. É o caso de sistemas de IA que se destinam a interagir com pessoas singulares; os sistemas que se destinam ao reconhecimento de emoções ou categorização biométrica e ainda os sistemas que geram “*deep fakes*”.

Já quando se trata de sistemas de IA de risco elevado, foco principal desta Proposta, existe um conjunto de regras e de obrigações que os fornecedores e os utilizadores desses sistemas terão de cumprir. Falamos, por exemplo, de sistemas de IA utilizados para gestão e operação de infraestruturas críticas que possam colocar pessoas em perigo como é o caso do tráfego rodoviário e eletricidade. Falamos também de sistemas utilizados durante o processo de recrutamento, de promoção ou progressão na carreira ou que levem à cessação da relação laboral. Nestes casos, entre as obrigações e exigências demandadas pela Proposta, estão a necessidade de avaliar a conformidade do sistema de IA antes de o colocar no mercado ou de o colocar em serviço; a necessidade de supervisão humana para prevenir ou atenuar riscos; a robustez, precisão e garantia de cumprimento de requisitos de cibersegurança; a implementação de sistemas de gestão de risco e sistemas de gestão da qualidade; o registo do sistema de IA na base de dados da UE e a comunicação à autoridade nacional competente da existência de incidentes graves ou o mau funcionamento/funcionamento defeituoso que constituam uma violação das obrigações destinadas a proteger os direitos fundamentais dentro de um prazo bastante curto. Por outro lado, também é exigível, nestes casos, que se estabeleçam práticas adequadas de gestão dos dados usados pelos sistemas, garantindo que os dados usados para a aprendizagem da máquina são relevantes, suficientemente representativos, completos e desprovidos de erro, assim como garantir transparência para que o utilizador compreenda o sistema de IA e manter documentação e registos e até a rastreabilidade das decisões tomadas pelos sistemas.

No topo da pirâmide estão as práticas de IA proibidas, situações em que se considera estar perante um risco inaceitável, pois, nestes casos, estamos perante ameaças à segurança e aos direitos das pessoas. Falamos de sistemas de IA que utilizam técnicas subliminares que distorcem o comportamento das pessoas de forma que cause ou seja suscetível de causar danos físicos ou psicológicos a essa ou outras pessoas. Falamos de sistemas de IA que explorem qualquer vulnerabilidade de um grupo específico de pessoas associadas à sua idade ou deficiência física ou mental, distorcendo o comportamento de uma pessoa pertencente a esse grupo que cause ou possa causar danos. Estão proibidos sistemas ao serviço de autoridades públicas ou em seu nome para efeitos de avaliação ou classificação da credibilidade de pessoas singulares, a chamada “classificação social”. Está aqui incluída a utilização de sistemas de identificação biométrica à distância e “em tempo real” em espaços acessíveis ao público para efeitos de manutenção da ordem pública, salvo para alcançar alguns objetivos específicos e delimitados nesta Proposta essencialmente relacionados com criminalidade.

Mas, a Proposta vai mais além, pois para promover e assegurar o cumprimento destas regras está prevista a criação do Comité Europeu para a IA. Por outro lado, a nível nacional, cada um dos Estados-Membros deverá designar uma autoridade de controlo que supervisione a aplicação e implementação do Regulamento.

Acresce, ainda, o aspeto sancionatório no sentido de ser um elemento dissuasor do incumprimento das regras e exigências constantes no Regulamento. Nesta Proposta, o incumprimento da proibição das práticas de IA referidas no art.º 5.º e o incumprimento dos requisitos do art.º 10.º da Proposta implicam coimas até 30 000 000,00 euros ou, no caso, de pessoas coletivas, até 6% do seu volume de negócios anual total, a nível mundial, relativo ao exercício financeiro anterior, conforme o valor mais elevado. Já o incumprimento de outros requisitos ou obrigações previstas no Regulamento exceto os previstos nos art.º 5.º e 10.º implicam coimas até 20 000 000,00 euros ou, no caso, de pessoas coletivas, até 4% do seu volume de negócios anual total, a nível mundial, relativo ao exercício financeiro anterior, consoante o valor mais elevado. Em situações de prestação de informações incorretas, incompletas ou enganosas aos organismos notificados e às autoridades de controlo competentes, as coimas podem ir até 10 000 000,00 euros ou, no caso, de pessoas coletivas, até 2% do seu volume de negócios anual total, a nível mundial, relativo ao exercício financeiro anterior.

Esta é uma iniciativa que acolhemos com o maior entusiasmo, pois muitas preocupações e inquietações que tivemos oportunidade de partilhar estão a ser também sentidas pelas mais altas instituições europeias, revelando verdadeiro interesse pelo tema. Desta forma, ao mesmo tempo que estão previstas sanções elevadas no sentido de dissuadir práticas ameaçadoras e perigosas, também estão previstas soluções que visam facilitar o desenvolvimento da IA, apoiando a cooperação entre as autoridades de controlo e medidas que visam reduzir as obrigações no caso de fornecedores e utilizadores com menor dimensão e de *start-ups*. No âmbito do Plano Coordenado para a IA estão definidas estratégias de financiamento, desenvolvimento de redes de investigação e inovação, prevendo-se o apoio a formações, intercâmbio de conhecimento e troca de experiências, estando, ainda, previstos fortes investimentos na IA, tentando, assim, criar-se as condições ideais para que se desenvolva e adote IA, mas não qualquer IA, uma IA competitiva e de vanguarda, ao mesmo tempo segura, confiável e ética. Relembramos as palavras de Margrethe Vestager, vice-presidente executiva de Uma Europa Preparada para a Era Digital, que nos dizia “*No domínio da inteligência artificial, a confiança é um imperativo, não um acessório. Com esta regulamentação histórica, a UE lidera o desenvolvimento de novas normas mundiais, para garantir uma inteligência artificial de confiança. Ao estabelecermos as normas, podemos abrir caminho à tecnologia ética em todo o mundo e garantir simultaneamente que a UE se mantenha competitiva. Preparadas para o futuro e favoráveis à inovação, as nossas regras serão aplicadas quando estritamente necessário: sempre que se trate da segurança e dos direitos fundamentais dos cidadãos da UE*”.<sup>25</sup>

## 5. Conclusão

O recurso à tecnologia e o uso cada vez mais generalizado de IA é um fenómeno imparável e julgamos que o recurso à ética, à legislação específica destas matérias

---

<sup>25</sup> José Ricardo Sousa, “Comissão propõe novas regras e ações para promover a inteligência artificial”, Europe Direct Minho, 22.04.2021, <https://europedirectminho.ipca.pt/comissao-propoe-novas-regras-e-aco-es-para-promover-a-inteligencia-artificial/>.

e todas as medidas que apontamos como soluções não devem tornar-se forças de bloqueio da evolução, mas de resolução antecipada das dificuldades, riscos e/ou ameaças que daí advêm e que daí podem surgir.

No fundo, acreditamos não deve ceder-se à tentação do sentimento ludista a ponto de condenar a “máquina”, impedindo que nos dê aquilo que de melhor tem. Permitamo-nos continuar a trilhar um caminho de evolução, mas que essa evolução seja norteada pela ética, pelos direitos humanos, pelos direitos fundamentais, pelo ser humano, funcionando como crivo e garantia.

Assim, todo o processo de criação e de uso da IA deve centrar-se no ser humano, considerando os direitos humanos e a ética desde a sua conceção e por predefinição. Só dessa forma poderemos ter uma IA confiável e benéfica para todas a sociedade e aproveitar aquilo que de melhor tem para oferecer.

É com esta dupla missão que surge a Proposta de Regulamento sobre o uso de IA com regras destinadas a construir um quadro jurídico uniforme a nível europeu com o objetivo de fazer da Europa um centro mundial de IA fiável, onde os cidadãos têm a garantia de segurança e defesa dos seus direitos fundamentais, mas também onde existirá incentivo e não bloqueio para o desenvolvimento e o avanço tecnológico nesta área, fazendo da Europa líder no desenvolvimento e uso de uma IA fiável, segura e centrada no humano.

## O ELSJ, a eu-LISA e o paradigma da justiça eletrónica

*Larissa Coelho\**

*Sandra Nunes\*\**

Nos últimos anos tem sido constante a prolação de propostas legislativas com vista a reforçar os sistemas informáticos existentes, bem como criar sistemas adicionais vocacionados a tornar célere, eficiente e segura a comunicação entre os Estados-Membros e as organizações europeias no âmbito do conjunto das matérias que compõem o chamado espaço de liberdade, segurança e justiça (doravante, ELSJ). Este espaço, apontado pela doutrina como um diferencial favorável ao processo de integração europeia por comunitarizar matérias tradicionalmente vinculadas à soberania nacional<sup>1</sup> – no qual se destacam a circulação e residência de pessoas, a imigração, o terrorismo e a criminalidade, a investigação policial e a cooperação civil e penal –, quando associado a infraestruturas de sistemas de tecnologia de informação e da comunicação (a seguir, TIC), desenvolve-se modificando a sua estrutura, transformando o seu paradigma a partir da cooperação mútua, aproximando-se cada vez mais de um processo de colaboração plena e comum entre os Estados-Membros e destes para com as instituições europeias.

Este salto qualitativo tem se tornando possível, sobretudo, em razão das atividades operacionais da eu-LISA – Agência Europeia para a Gestão Operacional de Sistemas Informáticos de Grande Escala –, que desde o ano de 2011 é responsável por assegurar o funcionamento ininterrupto dos sistemas tecnológicos de larga escala afetos ao espaço de segurança e justiça que garantem a existência e eficácia de um espaço de liberdade de circulação<sup>2</sup> (eu-LISA é considerada como o *Digital heart*

---

\* Docente da Escola de Direito da Universidade do Minho. Investigadora do JusGov.

\*\* Chefe de Gabinete da Agência da União Europeia para a Gestão Operacional de Sistemas Informáticos de Grande Escala no Espaço de Liberdade, Segurança e Justiça (eu-LISA).

*As opiniões expressas neste contributo são da exclusiva responsabilidade das Autoras e não das instituições às quais pertencem.*

<sup>1</sup> Jerónimo Maillo, “Differentiation in the European Area of Freedom, Security and Justice”, in *Unity and Flexibility in the future of the European Union: the challenge of enhanced cooperation*, dir. José María Beneyto (Madrid: CEU Ediciones, 2009), 89, [https://repositorioinstitucional.ceu.es/bitstream/10637/3011/1/unity\\_beneyto\\_2010.pdf](https://repositorioinstitucional.ceu.es/bitstream/10637/3011/1/unity_beneyto_2010.pdf).

<sup>2</sup> Abel Gomes, “Agência Europeia para a Gestão Operacional de Sistemas Informáticos de Grande Escala (EU-LISA)”, in *Instituições, órgãos e organismos da União Europeia*, coords. Joana Covelo de Abreu e Liliana Reis (Coimbra: Almedina, 2020), 353. Sobre a instituição da eu-LISA ver: Regulamento (UE) n.º 1077/2011 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de outubro de 2011, que cria uma Agência europeia para a gestão operacional de sistemas informáticos de grande escala no espaço de liberdade, segurança e justiça, *Jornal Oficial L 286* de 1.11.2011; sua atuação atual encontra-se regida pelo: Regulamento (UE) 2018/1726 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 14 de novembro de 2018, relativo à Agência da União Europeia para a Gestão Operacional de Sistemas Informáticos de Grande Escala no Espaço de Liberdade, Segurança e Justiça (eu-LISA), que altera o Regulamento (CE) n.º 1987/2006 e a Decisão 2007/533/JAI do Conselho, e que revoga o Regulamento (UE) n.º 1077/2011, *Jornal Oficial L 295* de 21.11.2018.

*of Schengen*). Deste modo, o artigo que segue visa identificar os atuais progressos advindos da aplicação das TIC no âmbito do ELSJ, que se encontram a cargo da eu-LISA, especialmente no campo da justiça.

Sendo assim, em sede de revisão, importa reter que o ELSJ, cujo regime jurídico se encontra atualmente previsto no artigo 3.º, n.º 2 do Tratado da União Europeia (a seguir, TUE), conjugado com o Título V da Parte III do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (a seguir, TFUE), mais especificamente entre os artigos 67.º e 87.º, corresponde à concretização do objetivo de uma Europa sem controlos nas fronteiras internas, presente desde o início do processo de integração europeia, mas cuja configuração foi normatizada apenas com o Tratado de Amsterdão. Mas, ao estabelecer o direito de livre circulação como elemento fundamental para a conformação do ELSJ, foi necessário, em paralelo, implementar medidas compensatórias que garantissem a segurança, através de meios adequados que prevenissem e combatessem a criminalidade e que salvaguardassem a tutela jurisdicional efetiva.<sup>3</sup>

Por isso, desde os primórdios da construção europeia as áreas que hoje integram esse espaço foram conduzidas por tratados bilaterais no âmbito da justiça e assuntos internos. A título de exemplo podemos citar o acordo celebrado entre os Estados-Membros em 1967 dedicado ao reforço da cooperação aduaneira e a luta contra o tráfico (*Convenção de Nápoles sobre a cooperação e a assistência mútua entre as autoridades aduaneiras*); em 1975 com vista à promoção de um intercâmbio de informações, experiências e conhecimento sobre imigração, asilo e a cooperação policial (*Cooperação Política Europeia*); ano no qual também tiveram lugar reuniões que se dedicaram ao terrorismo e à segurança nacional (*Grupo de Trevi*).<sup>4</sup>

Neste primeiro momento a comunicação e a troca de informações entre os Estados-Membros, as instituições e as organizações europeias eram estabelecidas por meio de uma cooperação intergovernamental, estando regida pelas regras do direito internacional.

Mas a incorporação destas matérias no Tratado de Maastricht (Título VI do TUE), não seria responsável por desenvolver os mecanismos e infraestruturas de comunicação e troca de informação, uma vez que a cooperação aqui subjacente pretendia estabelecer, em verdade, posições e ações comuns, bem como convénios. Em que por *posição comum* seria entendido o estabelecimento de uma visão comum da União Europeia sobre uma determinada matéria; ao passo que a *ação comum* correspondia à pretensão de se atingir objetivos coletivos que isoladamente não seriam possíveis um Estado alcançar; enquanto os *convénios* se vertiam em acordos internacionais. Ao mesmo tempo, no campo institucional as matérias adstritas ao ELSJ estavam condicionadas, visto que o Tribunal de Justiça não teria competência para aferir sobre a sua interpretação e/ou incumprimento, o seu desenvolvimento legislativo estava limitado a propostas partilhadas entre a Comissão e os Estados-Membros, sendo o Parlamento Europeu um órgão de consulta.<sup>5</sup>

A reformulação do campo da justiça e assuntos internos ficaria então devedora ao Tratado de Amsterdão, que elevou o ELSJ a um objetivo da União, coroado no artigo

<sup>3</sup> Encontra-se na base do estabelecimento do princípio da livre circulação o Ato Único Europeu e o Acordo Schengen, ambos da década de 1990.

<sup>4</sup> Juan Manuel Rodríguez Barrigón, “El Espacio de libertad, seguridad y justicia”, in *Lecciones básicas de derecho e instituciones de la Unión Europea*, coord. José Ángel Camisón Yagüe (Cáceres: Universidad de Extremadura, Servicio de Publicaciones, 2011), 170.

<sup>5</sup> Juan Manuel Rodríguez Barrigón, “El Espacio de libertad, seguridad y justicia”, 171.

2.º do TUE, ideia reforçada no Conselho Europeu de Tampere (1999). A partir de então às matérias sobre vistos, imigração e asilo aplicava-se um regime jurídico comunitário, enquanto à cooperação policial e judicial em matéria penal permanecia a adoção do modelo de cooperação intergovernamental (o chamado III Pilar), cujos instrumentos normativos tinham por fundamento o reconhecimento mútuo das decisões judiciais.

Neste período, embora possamos verificar que se davam progressivamente passos no sentido da adoção de uma visão cada vez mais comum, sobretudo em razão da introdução de valores comuns, o certo é que a mobilidade e a comunicação interna ainda não se repercutiam no dia-a-dia do cidadão, sendo necessário “*vencer a distância e a desconfiança dos cidadãos*”.<sup>6</sup> Como apontado em publicação anterior,<sup>7</sup> o ELSJ consolidava-se, então, como uma área de “[...] maior proteção e responsabilidade comum”;<sup>8</sup> no entanto, esta sua primeira versão parecia silenciar-se perante os desenvolvimentos das tecnologias da informação, o que levou Lucas Pires a exclaimar que a Europa de então parecia ter perdido a ligação com o progresso tecnológico mundial.<sup>9</sup>

Contudo, seria a efetivação do princípio basilar do ELSJ – a livre circulação – e a consequente salvaguarda da política de segurança e justiça comum, que passariam a indicar a necessidade para uma instrumentalização de infraestruturas seguras e fluidas com vista a incrementar e facilitar a comunicação entre Estados e instituições. A política de segurança, composta pelas políticas de fronteira externa comum, de imigração e asilo, conforme determinou a declaração anexa ao Ato Único, estabelecia a cooperação entre os Estados em relação à entrada, circulação e residência de nacionais de países terceiros, à luta contra o terrorismo e ao combate à criminalidade (tráfico de drogas, de obras de arte, delinquência e o comércio irregular). A política vocacionada à justiça comum abrangia o âmbito civil e penal, assente no reconhecimento mútuo das decisões judiciais, pretendia estabelecer uma cultura de cooperação entre as autoridades judiciais nacionais.

Todavia, a adoção efetiva das TIC com vista a auxiliar as políticas identificadas teria início cerca de uma década depois da sua comunitarização, sobretudo no âmbito da criminalidade internacional e da gestão integrada das fronteiras externas, nomeadamente, analisando os resultados alcançados pela implementação do Sistema de Informação Schengen (SIS) e os estudos para a criação de sistemas de informação que incluíam identificadores biométricos com vista a complementar a política comum de vistos,<sup>10</sup> e, por outro lado, no intercâmbio de informações promovido desde 2002 pela Rede Judiciária em matéria civil e comercial.<sup>11</sup>

<sup>6</sup> Francisco Lucas Pires, “Amestdão: Maastricht 2 ou 1,5?”, *Europa: novas fronteiras*, no. 2 (1997):121.

<sup>7</sup> Larissa Coelho, “O Espaço de Liberdade, Segurança e Justiça e o paradigma da justiça eletrónica”, in *O Contencioso da União Europeia e a cobrança transfronteiriça de créditos: compreendendo as soluções digitais à luz do paradigma da Justiça eletrónica europeia (e-Justice) - Volume II*, coord. Joana Covelo de Abreu, Larissa Coelho e Tiago Sérgio Cabral (Braga: Pensamento Sábio - Associação para o conhecimento e inovação, Universidade do Minho, Escola de Direito, 2021), 109.

<sup>8</sup> Lucas Pires, “Amesterdão”, 123.

<sup>9</sup> Lucas Pires, “Amesterdão”, 123.

<sup>10</sup> Comunicação da Comissão ao Conselho e ao Parlamento Europeu, de 10 de maio de 2005, Programa de Haia: dez prioridades para os próximos cinco anos. Parceria para a renovação europeia no domínio da liberdade, da segurança e da justiça, COM(2005) 184 final, *Jornal Oficial C 236*, de 24.9.2005 e Comunicação da Comissão ao Conselho e ao Parlamento Europeu de 28 de Junho de 2006, Aplicação do Programa de Haia: o rumo a seguir, COM(2006) 331 final, *Jornal Oficial C 184*, de 8.8.2006.

<sup>11</sup> “Rede Judiciária Europeia em matéria civil e comercial”, Comissão Europeia, acesso em 01.06.2021, [https://e-justice.europa.eu/content\\_european\\_judicial\\_network\\_in\\_civil\\_and\\_commercial\\_matters-21-pt.do?init=true](https://e-justice.europa.eu/content_european_judicial_network_in_civil_and_commercial_matters-21-pt.do?init=true).

Deste modo, o maior desenvolvimento das TIC ao serviço do ESLJ, torna-se contemporâneo, observado sob a égide do Tratado de Lisboa, que dedica os artigos 67.º, n.º 4, 81.º e 82.º do TFUE especificamente ao espaço de justiça em matéria civil e penal, de cuja leitura se compreende o acesso à justiça e à facilitação da cooperação judiciária entre os Estados-Membros como sendo um dos objetivos do próprio ELSJ.<sup>12</sup> E por isso, aquele articulado reafirma o princípio do reconhecimento mútuo numa dupla dimensão, por um lado esse reconhecimento recai sobre as resoluções judiciais e extrajudiciais civis, e por outro, sobre o reconhecimento de sentenças e resoluções judiciais penais. No entanto, o atual espaço de justiça não se encontra reduzido ao reconhecimento de resoluções judiciais, uma vez que se adota o modelo de cooperação nos seguintes campos: i) citação e notificação transfronteiriça de documentos judiciais e extrajudiciais; ii) obtenção de provas; iii) tutela jurisdicional efetiva; iv) eliminação de obstáculos para o bom funcionamento dos procedimentos civis; v) cooperação entre as autoridades policiais no âmbito da investigação e do exercício da ação penal; vi) implementação de métodos alternativos de resolução de litígios; vii) execução de decisões e viii) apoio à formação de magistrados e pessoal administrativo.<sup>13</sup>

Por conseguinte, a realização desse espaço de justiça encontrava-se subjacente aos seguintes critérios: i) a harmonização e uniformização legislativa e ii) a partilha de informações sobre os sistemas jurídicos, legislações e jurisprudência disponíveis aos órgãos jurisdicionais e aos cidadãos, com vista a tornar-se possível uma compreensão uniforme das informações.

Ocorre que, no que toca à partilha de informação, a sua realização era inicialmente feita por meio de troca de documentos em suporte de papel, remetidos pelos serviços postais ou outros equivalentes que possibilitassem a mobilidade *física* da informação e documentos, não tendo sido a via digital a plataforma de eleição para as comunicações. Contudo, a consolidação de um modo de vida transnacional teria como consequência um aumento na mobilidade de dados sensíveis, tornando evidente que a diferença linguística e dos próprios sistemas jurídicos, bem como a distância geográfica, representam desafios a um eficaz espaço de justiça.<sup>14</sup>

Com vista a ultrapassar esse desafio, a introdução de novas tecnologias e o recurso ao apoio de sistemas de informação começaram a ser aplicados à administração da justiça, apresentando-se como uma infraestrutura que tem em vista assegurar uma comunicação eficaz entre as partes e os tribunais, mas também entre as autoridades dos Estados-Membros e europeias. Por outro lado, tornar-se-ia sinónimo de uma via facilitada de acesso aos direitos por permitir que pessoas singulares e coletivas pudessem consultar seus pedidos, apresentar ações judiciais e partilhar dados sobre os processos judiciais junto às autoridades judiciárias nos processos civis e comerciais.<sup>15</sup> O conceito

<sup>12</sup> Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho, relativo a um sistema informatizado de comunicação em processos cíveis e penais transnacionais (sistema e-CODEX) e que altera o Regulamento (UE) 2018/1726, Bruxelas, 2.12.2020, COM(2020) 712 final.

<sup>13</sup> Juan Manuel Rodríguez Barrigón, “El Espacio de libertad, seguridad y justicia”, 177-178.

<sup>14</sup> As preocupações acerca dos desafios que um sistema judicial transfronteiriço enfrenta foram objeto de consideração do Parlamento Europeu na Resolução de 18 de dezembro de 2008, que contém recomendações à Comissão em matéria de e-Justice [2008/2125 (INI)], *Jornal Oficial C45 E/63*, 23.02.2010. Sobre ver também, Larissa Coelho, “O Espaço de Liberdade, Segurança e Justiça e o paradigma da justiça eletrónica”, 109.

<sup>15</sup> Considerando 7, Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho relativo à digitalização da cooperação judiciária e do acesso à justiça em matéria civil, comercial e penal com incidência transfronteiriça, e que altera determinados atos no domínio da cooperação judiciária, Bruxelas, 1.12.2021, COM(2021) 759 final, 19.

de *justiça em linha (e-justice)* seria materializado com a criação do Portal Europeu de Justiça.<sup>16</sup>

No entanto, o atual desenvolvimento da digitalização do espaço de justiça encontra-se estabelecido no Plano de ação para a justiça eletrónica europeia para 2019-2023,<sup>17</sup> que renova os compromissos assumidos nos planos anteriores (2009-2013; 2014-2018), dedicados a fixar medidas quanto i) ao acesso à informação, ii) a comunicação eletrónica no domínio da justiça e iii) a interoperabilidade.<sup>18</sup>

Dentre essas medidas destacamos as que conformam o quesito das comunicações eletrónicas no domínio da justiça, por estruturar medidas que se destinam à criação de condições de segurança para a transmissão e/ou garantias de confiança no caráter fidedigno do conteúdo de um documento transmitido. Nesta categoria encontra-se a implementação do projeto *e-Codex*, considerado como a ferramenta de eleição para a desmaterialização dos processos judiciais e extrajudiciais proporcionando um acesso simplificado aos tribunais e a videoconferência como o mecanismo que facilita a interação entre as autoridades judiciais, bem como a comunicação com os cidadãos e os profissionais no âmbito dos processos judiciais.<sup>19</sup> Esse projeto encontra-se na base de duas propostas de regulamento: i) a Proposta de Regulamento relativa à digitalização da cooperação judiciária e do acesso à justiça em matéria civil, comercial e penal com incidência transfronteiriça<sup>20</sup> e a ii) Proposta de Regulamento relativa a um sistema informatizado de comunicação em processos cíveis e penais transnacionais (sistema *e-Codex*).<sup>21</sup>

Essas propostas visam concretizar a pretensão da União Europeia em estabelecer uma digitalização global da cooperação judiciária transfronteiriça<sup>22</sup> e de dar efetividade ao princípio do digital por defeito, compreendido como uma “*forma de melhorar a eficiência e a resiliência da comunicação e reduzir os custos e os encargos administrativos, dando preferência à utilização do canal de comunicação digital*”.<sup>23</sup>

<sup>16</sup> Larissa Coelho, “O Espaço de Liberdade, Segurança e Justiça e o paradigma da justiça eletrónica”, 109-110.

<sup>17</sup> Conselho da União Europeia, Plano de ação para a justiça eletrónica europeia para 2019-2023 (2019/C 96/05), *Jornal Oficial C96/9*, 13.03.2019 e Conselho da União Europeia, Estratégia de justiça eletrónica para 2019-2023 (2019/C 96/04), *Jornal Oficial C96/3*, 13.03.2019.

<sup>18</sup> A explicação quanto aos Planos de ação para a justiça eletrónica 2009-2013; 2014-2018 e 2019-2023 pode ser consultada em Larissa Coelho, “O Espaço de Liberdade, Segurança e Justiça e o paradigma da justiça eletrónica”.

<sup>19</sup> Larissa Coelho e Sandra Nunes, “A cooperação europeia e a gestão operacional dos sistemas de tecnologia da informação no âmbito do Espaço de liberdade, segurança e justiça: deslindando o futuro da União?”, in *O Contencioso da União Europeia e a cobrança transfronteiriça de créditos: compreendendo as soluções digitais à luz do paradigma da Justiça eletrónica europeia (e-Justice)*, coord. J. C. de Abreu, L. Coelho e T. S. Cabral (Braga: Pensamento Sábio - Associação para o conhecimento e inovação; Universidade do Minho, Escola de Direito, 2020), 75, DOI: 10.21814/1822.65807 e “eu-LISA Single Programming Document 2021–2023”, eu-LISA, acesso 01.06.2021, 13, <https://www.eulisa.europa.eu/Publications/Corporate/SPD%202021-2023.pdf>.

<sup>20</sup> Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho relativo à digitalização da cooperação judiciária e do acesso à justiça em matéria civil, comercial e penal com incidência transfronteiriça, e que altera determinados atos no domínio da cooperação judiciária, Bruxelas, 1.12.2021, COM(2021) 759 final.

<sup>21</sup> Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho relativo a um sistema informatizado de comunicação em processos cíveis e penais transnacionais (sistema e-CODEX).

<sup>22</sup> Conclusões do Conselho, “O mandado de detenção europeu e os processos de extradição — desafios atuais e caminho a seguir” (2020/C 419/09), *Jornal Oficial C 419*, 4.12.2020, 29.

<sup>23</sup> Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho relativo à digitalização da cooperação judiciária e do acesso à justiça em matéria civil, comercial e penal com incidência transfronteiriça, nota

Neste sentido, a proposta sobre a digitalização da cooperação judiciária foi apresentada pelo Parlamento Europeu e o Conselho em dezembro de 2021, reiterando a ideia de que a cooperação judiciária transfronteiriça exige uma comunicação segura, fiável e atempada entre os tribunais, as autoridades, as agências e organismos europeus no domínio da justiça e assuntos internos. Isto porque consideram os autores da proposta que até ao momento existe uma lacuna nos instrumentos normativos quanto à disponibilização dos canais digitais, bem como uma falta de mecanismos que viabilizem o reconhecimento de documentos, assinaturas e selos eletrónicos. A Proposta de Regulamento visa, portanto, colmatar tais lacunas apresentando uma abordagem comum para a utilização de tecnologias modernas no âmbito da cooperação judiciária transfronteiriça e no acesso à justiça. Assim, pretende-se tornar os sistemas de justiça mais eficientes, aliviando os encargos administrativos, reduzindo o tempo para o tratamento dos processos, tornando a comunicação mais segura e fiável, automatizando parcialmente o processo.

Neste seguimento, o seu conteúdo pauta-se por estabelecer um quadro jurídico para a comunicação eletrónica no contexto dos procedimentos de cooperação judiciária transfronteiriça em matéria civil, comercial e penal e do acesso à justiça em matéria civil e comercial com incidência transfronteiriça. O articulado aplicar-se-á à utilização e reconhecimento de serviços de confiança, estabelecendo os efeitos jurídicos dos documentos eletrónicos, os requisitos para a utilização de videoconferência e outras tecnologias de comunicação à distância para audição de pessoas em processos civis, comerciais e penais, instando os tribunais e autoridades dos Estados-Membros a aceitarem as comunicações eletrónicas de pessoas singulares e coletivas em processos judiciais (embora esta seja uma possibilidade facultativa), mas atribuindo um peso equivalente às apresentadas em suporte de papel. Contudo, o futuro Regulamento não será aplicado às matérias de obtenção de prova em matéria civil e comercial, nem tão-pouco estabelece novos procedimentos, fazendo em determinadas circunstâncias remissão ao direito nacional.

Em resumo, a aprovação do que hoje se configura como uma proposta de Regulamento para a digitalização da cooperação transfronteiriça contribuirá para a adoção de meios de comunicação eletrónica no âmbito de processos transfronteiriços entre: i) pessoas singulares e coletivas, autoridades judiciárias dos Estados-Membros e as autoridades competentes, exceto nos processos abrangidos pelos regulamentos relativos à citação e notificação; ii) facilitar a participação das partes em audições orais por videoconferência ou outra tecnologia de comunicação à distância; iii) assegurar que os documentos e os seus efeitos jurídicos não sejam recusados e, por fim, iv) assegurar a validade e aceitação de assinaturas e selos eletrónicos.

Para realizar os seus objetivos, a infraestrutura prevista como sendo o principal sistema tecnológico e que servirá de base para a execução das medidas previstas é o *e-Codex*,<sup>24</sup> o que nos coloca diante da segunda Proposta.

A segunda proposta de Regulamento que se encontra atualmente em discussão dedica-se a regular e ampliar as funções do *e-Codex*. Este sistema foi lançado ao abrigo do Plano de Ação Plurianual 2009-2013, cuja base jurídica se encontra inscrita nos artigos 81.º e 82.º do TFUE. Essa tecnologia visa promover a digitalização dos

---

6 e Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões, Digitalização da justiça na União Europeia. Uma panóplia de oportunidades, Bruxelas, 2.12.2020 COM(2020) 710 final.

<sup>24</sup> Considerando 6, Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho relativo à digitalização da cooperação judiciária e do acesso à justiça em matéria civil, comercial e penal com incidência transfronteiriça, 19.

processos judiciais transnacionais, facilitando a comunicação entre as autoridades judiciais, ao permitir uma comunicação por meio de soluções personalizadas, com o intercâmbio de mensagens eletrónicas no domínio da cooperação judiciária. Deste modo, como meta o *e-Codex* pretende ser um sistema que facilita o acesso à justiça civil e à cooperação entre as autoridades judiciárias no âmbito da investigação e do exercício da ação penal, sob a premissa de completar o espaço comum de segurança e justiça.<sup>25</sup> Por isso, vem sendo considerado como uma ferramenta que pode permitir às autoridades judiciárias em matéria penal intensificar a luta contra o crime transnacional, o terrorismo e a cibercriminalidade.<sup>26</sup> O seu funcionamento baseia-se na execução de um conjunto de *softwares* que permitem a criação de um ponto de acesso comum para comunicações seguras, podendo estar também ligado a um sistema nacional de gestão de processos com o objetivo de trocar documentos de forma segura e interoperável.<sup>27</sup>

Futuramente, pretende-se que o *e-Codex* seja a infraestrutura onde se alojará uma plataforma de TI para a cooperação judiciária em matéria penal (*e-Evidence*), um sistema vocacionado à citação, notificação de documentos e obtenção de provas,<sup>28</sup> integrando, portanto, a infraestrutura de serviços digitais para a justiça eletrónica no âmbito do Mecanismo Interligar a Europa.<sup>29</sup>

No entanto, a gestão do *e-Codex*, até o momento, encontra-se a cargo de um consórcio de Estado-Membros com financiamento da Comissão Europeia, cenário que será alterado em 2023 quando essa mesma gestão será confiada à eu-LISA, conforme estabelece a proposta de Regulamento.

Todavia, a contribuição da eu-LISA com o desenvolvimento do espaço de justiça já é uma realidade. Desde 2019, o Regulamento (UE) 2019/816 que cria um sistema centralizado para a determinação dos Estados-Membros que possuem informações sobre condenações de nacionais de países terceiros, de apátridas e cidadãos europeus que também tenham nacionalidade de países terceiros, sistema mais conhecido pela sigla ECRIS-TCN, adotado no âmbito e com vista a completar o sistema europeu de informação sobre registos criminais,<sup>30</sup> atribuiu à eu-LISA a responsabilidade pelo desenvolvimento e futura gestão do ECRIS-TCN, destacando exatamente a experiência desta Agência na gestão de outros sistemas de grande escala no domínio da justiça e dos assuntos internos.<sup>31</sup>

---

<sup>25</sup> Sobre a implementação do e-Codex no âmbito do projeto da justiça criminal digital ver o relatório da Comissão Europeia, *Cross-border Digital Criminal Justice: final report* (Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2020)

<sup>26</sup> Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho, relativo a um sistema informatizado de comunicação em processos cíveis e penais transnacionais (sistema e-CODEX), 3.

<sup>27</sup> Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho, relativo a um sistema informatizado de comunicação em processos cíveis e penais transnacionais (sistema e-CODEX), 1-3.

<sup>28</sup> Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho, relativo a um sistema informatizado de comunicação em processos cíveis e penais transnacionais (sistema e-CODEX), 6.

<sup>29</sup> Regulamento (UE) n.º 1316/2013 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de dezembro de 2013, que cria o Mecanismo Interligar a Europa, altera o Regulamento (UE) n.º 913/2010 e revoga os Regulamentos (CE) n.º 680/2007 e (CE) n.º 67/2010, *Jornal Oficial L 348*, 20.12.2013, 129.

<sup>30</sup> A criação do sistema europeu de informação sobre registos criminais (ECRIS) encontra-se prevista na Decisão 2009/316/JAI do Conselho, passando este sistema a estar também sob a responsabilidade da eu-LISA a partir de abril de 2020.

<sup>31</sup> Considerando 11 do Regulamento (UE) 2019/816 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de abril de 2019 que cria um sistema centralizado para a determinação dos Estados-Membros que possuem informações sobre condenações de nacionais de países terceiros e de apátridas (ECRIS-TCN) tendo em vista completar o Sistema Europeu de Informação sobre Registos Criminais e que altera o

De acordo com o citado Regulamento, o ECRIS-TCN permite o intercâmbio de informações dos registos criminais, entre as autoridades dos Estados-Membros, relativos a dados de nacionais de países terceiros, sendo o sistema alimentado com informações de nacionais de países terceiros que tenham sido condenados por um tribunal, de acordo com uma determinada moldura penal, na União Europeia. Esta solução permite ultrapassar os problemas que existiam anteriormente, uma vez que as informações eram compiladas e armazenadas apenas nos Estados-Membros de condenação, o que gerava encargos administrativos e processos de consulta complexos e morosos sobretudo quando se pretendia traçar um quadro completo dos antecedentes criminais de nacionais de países terceiros, o que dependia de uma verificação feita em cada Estado-Membro, fossem eles portadores ou não de tais informações.<sup>32</sup>

O sistema informático ECRIS-TCN permite assim o armazenamento de dados dactiloscópicos, imagens faciais e dados alfanuméricos (nomeadamente, apelido e nome próprio, pseudónimo e alcunhas), mas também a introdução de dados que são considerados como informação adicional, como por exemplo, o número do documento de identificação ou um número de identificação, e também a designação da autoridade que emitiu os documentos.

Para além dos sistemas identificados, um salto qualitativo para o futuro do espaço de justiça criminal começou a ser delineado em dezembro de 2021, com a apresentação da Proposta de Regulamento que estabelece uma plataforma de colaboração para apoiar o funcionamento das Equipas Conjuntas de Investigação (cuja sigla em inglês corresponde a JITs CP), cuja responsabilidade pela concepção, desenvolvimento, gestão técnica e manutenção da plataforma também é atribuída à eu-LISA. A JITs CP visa, portanto, auxiliar as equipas dedicadas à investigação criminal transnacional, permitindo que se estabeleçam entre elas comunicações seguras e não rastreáveis, ferramentas de comunicação com sistema de mensagens instantâneas com recurso a *chat*, áudio e videoconferência; mas também dentre as suas funcionalidade prevê-se a implementação de um sistema de *upload* e *download* eficiente para troca de informações e evidências de arquivos grandes e um mecanismo de registo no qual será possível rastrear comportamentos probatórios que podem ser partilhadas pela plataforma, bem como utilizados como provas perante os tribunais. A consolidação do sistema JITs CP fundamenta-se no artigo 82.º, n.º 1, alínea d) do TFUE com vista a facilitar e implementar a cooperação entre as autoridades judiciárias em matéria de processo penal.<sup>33</sup>

Deste modo, podemos afirmar que tanto o *e-Codex*, o ECRIS-RI,<sup>34</sup> o ECRIS-TCN, quanto a plataforma JITs CP desenvolvem e implementam o processo de digitalização do espaço de justiça, sob a responsabilidade da eu-LISA; o que como consequência amplia as competências da própria Agência, responsável de acordo com o Regulamento (UE) 2018/1726, por implementar a utilização das tecnologias de informação para o desenvolvimento de políticas da União no âmbito do ELSJ.

Esta Agência foi criada exatamente com vista a encontrar soluções para as lacunas oriundas da necessidade de se transformar dados em informação. Neste sentido, desde

Regulamento (UE) 2018/1726, *Jornal Oficial L 135*, 22.05.2019, 2.

<sup>32</sup> Considerando 5 do Regulamento (UE) 2019/816, 1.

<sup>33</sup> Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council establishing a collaboration platform to support the functioning of Joint Investigation Teams and amending Regulation (EU) 2018/1726, Brussels, 1.12.2021, COM(2021) 756 final.

<sup>34</sup> Mais sobre ver: Larissa Coelho e Sandra Nunes, “A cooperação europeia e a gestão operacional dos sistemas de tecnologia da informação, 74 e ss.

2012 tem especialmente contribuído para a cooperação integrada em matéria de gestão de fronteiras e migração, através da gestão operacional do Sistema de Informação Schengen (SIS), do Sistema de Informação sobre Vistos (VIS), da base de dados dactiloscópicos da União (Eurodac), bem como através do desenvolvimento e futura gestão operacional do Sistema de Entradas/Saída (SES) e do Sistema Europeu de Informação e Autorização de Viagens (ETIAS) considerados sistemas vitais para o funcionamento do espaço Schengen;<sup>35</sup> mas também tem a seu cargo o desenvolvimento de um novo ecossistema no domínio do ELSJ, nomeadamente a arquitetura de interoperabilidade e as suas várias componentes (sBMS, CIR, ESP, MID, CRRS), visando assegurar a interoperabilidade entre os diversos sistemas de informação,<sup>36</sup> incluindo os já existentes e os que ainda se encontram em fase de desenvolvimento, de acordo com a legislação em vigor que está na base de cada um desses sistemas. Também faz parte das competências da eu-LISA monitorizar a qualidade dos dados inseridos nos sistemas de informação, cuja recolha continua a cargo e sujeita a responsabilidade dos Estados-Membros; realizar projetos-piloto e as chamadas *proof-of-concept* destinadas a apoiar a Comissão Europeia na preparação de novas iniciativas legislativas; realizar atividades de pesquisa e investigação, acompanhando e facilitando a inovação tecnológica; incluindo, aconselhar e apoiar os Estados-Membros, a Comissão, e outras Agências Europeias, em matérias e projetos diretamente relacionados com o mandato da Agência.<sup>37</sup>

Sob a premissa de que a tecnologia deve estar direcionada no sentido “*de tornar a Europa mais segura*”,<sup>38</sup> a eu-LISA contribui para a governança europeia a partir da implementação de soluções interoperáveis e seguras para a troca de dados e partilha de informações.<sup>39</sup> Ao passar a gerir o *e-Codex* ficará responsável por manter o sistema em plena funcionalidade, mas com a devida atenção às constantes mudanças que possam requerer uma adaptação do sistema à evolução dos utilizadores e a uma própria atualização dos modelos digitais.<sup>40</sup>

Todavia, se porventura os desenvolvimentos dos sistemas informáticos estivessem a cargo dos Estados-Membros, o espaço de justiça estaria longe do atual cenário, associado ao risco de uma abordagem fragmentada, com soluções não compatíveis, com tecnologias em diferentes níveis de implementação, de progresso lento e sem uma garantia de interoperabilidade. Neste ponto, a atuação da eu-LISA materializa uma ação ao nível europeu, necessária para “[...] *coordenar os esforços dos Estados-Membros e estabelecer um quadro coerente para a implementação das regras da UE existentes*”.<sup>41</sup>

<sup>35</sup> Larissa Coelho e Sandra Nunes, “A cooperação europeia e a gestão operacional dos sistemas de tecnologia da informação”, 72 e ss.

<sup>36</sup> Regulamento (UE) 2019/817 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de maio de 2019, relativo à criação de um regime de interoperabilidade entre os sistemas de informação da UE no domínio das fronteiras e vistos, *Jornal Oficial L 138*, 22.5.2019, 27 e Regulamento (UE) 2019/818 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de maio de 2019, relativo à criação de um regime de interoperabilidade entre os sistemas de informação da UE no domínio da cooperação policial e judiciária, asilo e migração, *Jornal Oficial L 135*, 22.5.2019, 85.

<sup>37</sup> Larissa Coelho e Sandra Nunes, “A cooperação europeia e a gestão operacional dos sistemas de tecnologia da informação”, 69 e ss.

<sup>38</sup> “Relatório anual de atividades consolidadas eu-LISA”, eu-LISA, 26 de junho de 2019, 12, acesso em 07.06.2020, [https://www.eulisa.europa.eu/Publications/Documents/AAR2018/eu-LISA%20Annual%20Activity%20Report%202018\\_PT.pdf](https://www.eulisa.europa.eu/Publications/Documents/AAR2018/eu-LISA%20Annual%20Activity%20Report%202018_PT.pdf).

<sup>39</sup> Considerando n.º 7 do Regulamento (UE) 2018/1726.

<sup>40</sup> Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho, relativo a um sistema informatizado de comunicação em processos cíveis e penais transnacionais (sistema e-CODEX), 5.

<sup>41</sup> Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho relativo à digitalização da cooperação

Assim, podemos concluir que o paradigma da justiça eletrónica tem vindo a promover uma nova forma de interação e desenvolvimento do ELSJ, com impacto na cultura jurídica europeia, que adota o princípio do digital por defeito, contribui para a construção da via europeia com uma transição digital humanista, visto que a tecnologia deve encontrar-se ao serviço e em benefício do ser humano, para que este prossiga as suas aspirações, em segurança e com um pleno respeito dos seus direitos fundamentais, como consagra a Declaração Europeia sobre os direitos e princípios digitais para a década digital.<sup>42</sup> Para tal, as soluções tecnológicas desenhadas ou geridas pela eu-LISA permitem uma comunicação eficiente, transparente e segura entre os Estados-Membros e os organismos europeus, facilitam o acesso a justiça dos cidadãos, empresas e profissionais de justiça, assegurando uma efetiva justiça transnacional.

---

judiciária e do acesso à justiça em matéria civil, comercial e penal com incidência transfronteiriça, 6

<sup>42</sup> Parág. 1º, Capítulo I da Declaração Europeia sobre os direitos e princípios digitais para a década digital, Bruxelas, 26.1.2022 COM(2022) 28 final e Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões, Construir o futuro digital da Europa, Bruxelas, 19.2.2020, COM(2020) 67 final.

# A eCuria – enquanto aplicação de tramitação processual junto do TJUE

*Maria José Costeira\**

## 1. Introdução

Vivemos num mundo em constante evolução e transformação. A chamada 4ª revolução industrial, marcada pela interação das tecnologias físicas, digitais e biológicas, caracteriza-se por uma evolução tecnológica impressionante que revolucionou e continua a revolucionar o nosso quotidiano. Nas palavras de Knaus Schwab: “*Estamos a bordo de uma revolução tecnológica que transformará fundamentalmente a forma como vivemos, trabalhamos e nos relacionamos. Em sua escala, alcance e complexidade, a transformação será diferente de qualquer coisa que o ser humano tenha experimentado antes*”.<sup>1</sup>

A noção de tempo é hoje outra. As distâncias deixaram de ser uma barreira. Estamos globalmente ligados, conectados, cercados por todo o tipo de informação, a todo o momento e em tempo real. Vivemos na chamada era digital, uma era que se caracteriza pela desmaterialização. A informação, os documentos, o saber, deixaram de estar assentes em suporte físico. Do papel passámos para os suportes eletrónicos – disquetes, CDs, DVDs, pens – e destes para “armazéns” virtuais, as chamadas “*clouds*”. Trata-se de uma verdadeira mudança de paradigma, também cultural, que perpassa por todas as áreas da vida social, técnica e científica.

O mundo da justiça não podia ficar alheio a esta mudança global de paradigma. Visível a vários níveis, ela é desde logo evidente na forma de comunicação entre os Tribunais e os seus “utentes”, designadamente na substituição do tradicional envio de peças e requerimentos por correio postal por formas de transmissão eletrónica de dados: de início o fax, depois o correio eletrónico e agora as plataformas específicas de acesso personalizado. Mais ousado é o fenómeno da digitalização ou desmaterialização dos processos judiciais, consistente na passagem de processos em suporte em papel para processos em suporte eletrónico ou digital. Os chamados processos virtuais. Se a desburocratização da comunicação é mais simples e exige menos adaptações tecnológicas, razão pela qual está bem mais avançada e generalizada, a desmaterialização completa dos processos, isto é, o fim definitivo dos processos em papel, não é ainda uma realidade em todo os países nem em todas as jurisdições.<sup>2</sup>

---

\* Juíza no Tribunal Geral da União Europeia. As opiniões expressas neste texto são estritamente pessoais e não vinculam, de modo algum, a instituição onde a autora exerce funções.

<sup>1</sup> Knaus Schwab, *A quarta revolução industrial* (Lisboa: Levoir, 2019).

<sup>2</sup> Davide Carnevalli, “E-Justice and Policies for Risk Management”, in *E-justice: Using Information Communication Technologies in the Court System*, eds. A. Cerrillo e P. Fabra (New York: IGI Global, 2009) e Marco Velicogna, “Use of Information and Communication Technologies (ICT) in European Judicial Systems”, European Commission for the Efficiency of Justice, CEPEJ Studies, 7, 2008.

Este fenómeno da desmaterialização dos processos judiciais não é isento de controvérsia. Apesar de implementado em vários sistemas judiciais, dúvidas sobre a sua viabilidade e sobretudo sobre a sua segurança permanecem.

Vozes contra a “obrigatoriedade” do uso de computador e da internet para aceder aos tribunais ainda persistem. Por um lado, há ainda uma geração de utilizadores do sistema de justiça que não se familiarizaram com a informática nem com a internet. Por outro lado, há os que não têm condições económicas para o fazer.

No que à segurança respeita, discussões sobre a eventual perda de informações judiciais ou sobre o acesso aos dados por quem é alheio aos processos continuam na ordem do dia. Talvez até mais agora do que antes quer por força da nova legislação europeia transposta para os vários Estados-membros de proteção de dados pessoais, quer por força dos recentes ataques cibernéticos que demonstram bem quão frágeis são os sistemas informáticos mesmo de grandes organizações.<sup>3</sup> A necessidade de garantir a proteção de dados pessoais exige que o sistema seja seguro de modo a impedir qualquer acesso ilegal a esses dados. Ao mesmo tempo, as informações constantes dos processos, todas elas, relevem ou não de dados pessoais, não podem ficar vulneráveis a fraudes, manipulações e alterações ou ataques de hackers, sob pena de o sistema de justiça deixar de ser fiável.

Importa, pois, assegurar que o processo digital permite a mesma certeza, quanto à autenticidade e à integridade dos documentos eletronicamente produzidos, que o processo em papel garantia (embora também com potenciais falhas), e que está protegido contra o acesso indevido e indiscriminado. O caminho a percorrer é ainda longo sendo certo que a genuinidade e a segurança do processo digital, impossíveis de alcançar de modo absoluto, podem ser reforçadas nomeadamente através da assinatura digital, da criptografia e da certificação digital.

Como contraponto a esta críticas apontam-se aos processos digitais vantagens inegáveis, sobretudo do ponto de vista da acessibilidade, da celeridade do processo e da transparência da justiça.

Por um lado, o acesso aos processos, incluindo à sua consulta e às decisões nele proferidas, passa a ser mais fácil já que é feito a partir de qualquer ponto e a qualquer hora. Por outro lado, tendo os processos eletrónicos inevitavelmente uma tramitação mais simples e que exige a prática de menos atos (dada a introdução de automatismos próprios da informatização) e sendo a comunicação necessariamente mais rápida (a transmissão da informação é imediata ou quase imediata), o processo passa a ser mais célere. A própria organização do processo, que é mais simples e ágil, torna a gestão e organização do trabalho por parte dos operadores judiciais mais eficaz e eficiente, ou seja, também ela contribui para esta maior celeridade. Logo, a justiça passa a ser mais acessível e transparente.

Por outro lado, dois outros argumentos não podem deixar de ser tidos em consideração. As vantagens do ponto de vista económico - com o processo digital a redução de custos com consumíveis e “mão de obra” é evidente – e ecológico – a “poupança” em papel é manifesta, são inegáveis.

## **2. O Tribunal de Justiça da União Europeia e a desmaterialização dos processos**

### **2.1. O início da utilização da aplicação *e-Curia***

O Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) não podia obviamente ficar

<sup>3</sup> “Relatório sobre os Sistemas Judiciais Europeus”, Comissão Europeia para a Eficiência da Justiça (CEPEJ), 2018, 212 e ss.

indiferente a este movimento global de desmaterialização dos processos. Tendo sempre a segurança como preocupação fundamental, os primeiros passos foram dados no ano de 2011 e respeitaram à transmissão de peças processuais pelas partes e às notificações pelo Tribunal. O TJUE começou por implementar uma aplicação informática – “*e-Curia*” -, comum às duas jurisdições (Tribunal de Justiça – TJ – e Tribunal Geral – TG ou Tribunal), que permite às partes a apresentação por via eletrónica de peças processuais e documentos e ao TJUE, igualmente por via eletrónica, a realização de notificações processuais.

Assim, a partir de 2011 os representantes das partes passaram a poder optar, na comunicação com o TJUE, por enviar os articulados ou quaisquer outros documentos quer por uma das formas tradicionais de transmissão de peças processuais - correio, fax ou e-mail – quer através da aplicação *e-Curia*. Por sua vez o TJUE passou a poder comunicar com as partes pela mesma via, sendo mesmo desde o início a via preferencial de comunicação (embora estando de algum modo limitado à iniciativa das partes uma vez que só é possível notificar através do *e-Curia* quem possua uma conta de acesso *e-Curia*).

Esta aplicação foi desde o seu início um sucesso. Do ponto de vista do utilizador, verificou-se ao longo dos anos, no que ao TG respeita, um aumento constante do número de contas de acesso *e-Curia*, um incremento assinalável do envio de peças processuais através da aplicação e uma satisfação generalizada expressa pelos usuários. Este sucesso está patente no aumento consistente de envio de peças processuais e documentos que se pode ver no gráfico abaixo:

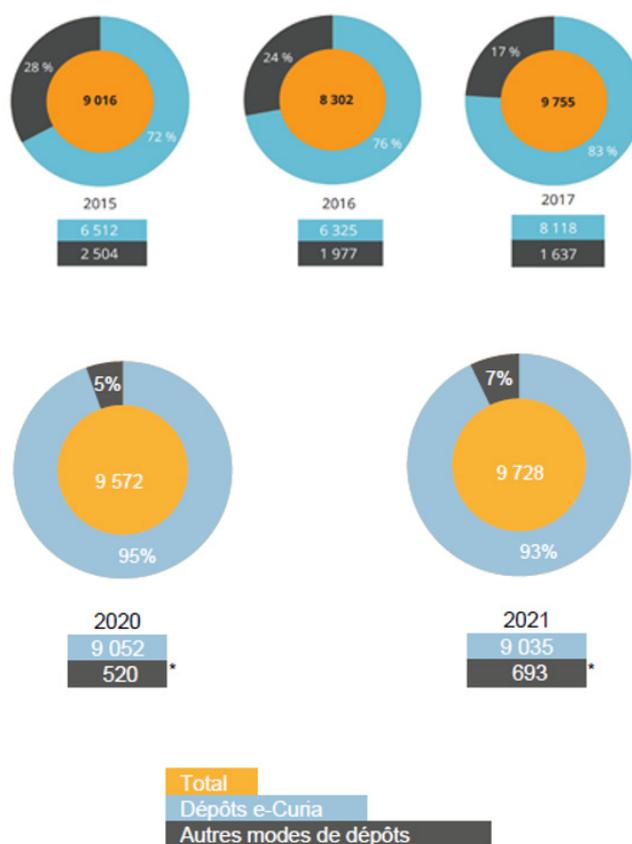


Figura 1<sup>4</sup>

<sup>4</sup> “Meios de apresentação dos atos processuais do Tribunal Geral”, in Tribunal de Justiça da União Europeia, *Relatório Anual 2021: atividade judiciária* (Luxemburgo: TJUE/Direção da Comunidade/Unidade Publicações e Meios de Comunicação Eletrónicos, 2021), no prelo.

A nível do volume de “papel” enviado via *e-Curia* os números são os seguintes:

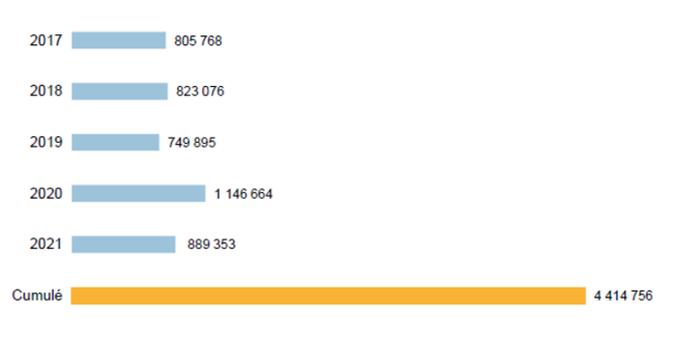


Figura 2<sup>5</sup>

Este sucesso do ponto de vista do utilizador é facilmente explicado se tivermos em conta que o acesso e a utilização da aplicação são simples; que a mesma está disponível todos os dias da semana durante 24 horas; que é gratuita e evita os gastos com os portes do correio bem como o depósito dos originais em papel; que dispensa o envio de cópias certificadas e que dispensa a assinatura manuscrita das peças processuais enviadas.

Por outro lado, do ponto de vista do Tribunal e dos serviços de secretaria, a existência de uma única forma de receção de peças processuais e documentos, assim como de uma única modalidade de efetuar notificações processuais, traz inegáveis ganhos de produtividade e eficiência.

Nada mais natural pois, que, na senda do movimento generalizado a que se assistia um pouco por todos os estados-membros, o TG continuasse a trabalhar na informatização do processo.

## 2.2. A passagem para o uso obrigatório da aplicação *e-curia* no TG

Em 2016 o TG iniciou uma nova fase da reforma da desmaterialização do processo destinada a tornar a utilização da aplicação *e-Curia* obrigatória. Esta decisão foi tomada após uma série de audições que apontaram todas para os benefícios da aplicação. Quer os Estados-Membros quer os advogados (representados pelo Conselho das Ordens dos Advogados e Sociedades de Advogados da Europa - CCBE), reconhecem no sistema vantagens para o utilizador - como a simplicidade e modernidade (ligadas às tecnologias e à Internet), a gratuidade e acessibilidade - e vantagens para o tribunal - como a racionalização e eficiência - para além da inegável dimensão ecológica.

Depois de, em 2016, se tomar a decisão de tornar a transmissão de dados via *e-Curia* obrigatória, essa obrigatoriedade só veio a ser posta em prática em 2018,<sup>6</sup> cerca de 7 anos depois da implementação da aplicação. Com efeito, para se chegar ao atual regime em que a *e-Curia* é obrigatória para todas as partes (requerentes, requeridos e intervenientes) e para todos os tipos de processos<sup>7</sup> (havendo algumas exceções para assegurar o respeito pelo princípio de acesso ao juiz, como veremos mais adiante), foi preciso trabalhar em três frentes distintas.

<sup>5</sup> “Páginas entregues através do e-Curia (2017-2021)”, in Tribunal de Justiça da União Europeia, *Relatório Anual 2021*.

<sup>6</sup> Obrigatoriedade aprovada por decisão do TG de 11 de julho de 2018, relativa ao depósito e à notificação de atos através da aplicação e-Curia (*JO L 240*, 25.9.2018, 72).

<sup>7</sup> No TJ o envio via *e-Curia* não é obrigatório, ver: [https://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2\\_7030/pt/](https://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2_7030/pt/).

Desde logo foi necessário mudar o quadro legal e regulamentar vigente, procedendo-se à adaptação de toda a regulamentação relativa à transmissão de dados e às notificações, por um lado, e à utilização da aplicação por outro.

Assim, foi introduzido no Regulamento de Processo do Tribunal Geral<sup>8</sup> (regulamento), um novo artigo 56-A, com a epígrafe “*e-Curia*”, que consagra o princípio da utilização exclusiva da aplicação: todos os atos processuais devem ser entregues e notificados através da *e-Curia*. Simultaneamente foram alteradas várias outras normas que regulavam o modo de entrega e de notificação dos atos processuais a fim de suprimir a possibilidade de essa entrega se poder fazer também em papel, fax ou e-mail ou de a notificação se poder fazer por fax.<sup>9</sup>

As Disposições práticas de execução do regulamento de processo do tribunal geral<sup>10</sup> sofreram as alterações necessárias para consagrar a obrigatoriedade do uso da aplicação na comunicação entre as partes e o Tribunal.<sup>11</sup>

Foram ainda adotadas novas regras para a utilização da aplicação *e-Curia* (comuns a ambas as jurisdições), tendo em conta as especificidades dos diferentes procedimentos de abertura de contas de acesso *e-Curia* (representantes das partes, por um lado, e assistentes por outro).<sup>12</sup>

Do ponto de vista técnico e organizacional, realizaram-se uma série de modificações durante o ano de 2018 de modo a introduzir no sistema as alterações necessárias para que a aplicação respondesse sem falhas no quadro de um aumento massivo da sua utilização, isto é, de um maior número de utilizadores e, portanto, de um aumento do volume de peças e documentos enviados.

Finalmente, do ponto de vista da comunicação, houve um esforço significativo de fazer chegar a todos os “utentes”, atuais e futuros, dos serviços do Tribunal a informação necessária para que a implementação da obrigatoriedade da aplicação *eCuria* fosse possível sem que se pusesse em causa o direito de acesso ao Tribunal.

Desde comunicados de imprensa - publicado no site da Curia, veiculado na conta do Twitter da instituição, e depois completado por uma animação no *YouTube* e acessível no site da Curia - a outras formas de divulgação da informação (que continua, aliás, disponível no site da instituição),<sup>13</sup> a sessões de informação várias, para além de comunicações feitas em conferências, encontros e sessões de trabalho, a disponibilização de informação sobre esta alteração foi não só atempada mas também massiva.

Por outro lado, dando-se particular atenção aos advogados e representantes das partes, com alguns meses de antecedência em relação à data da obrigatoriedade da utilização da aplicação, todas as notificações enviadas pelo Tribunal passaram a

---

<sup>8</sup> Regulamento de Processo do Tribunal Geral, de 4 de março de 2015, *JO 2015, L 105*, de acordo com a 5ª alteração de 11 de julho de 2018, *JO 2018, L 240*, 68, [https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2018-11/tra-doc-pt-div-t-0000-2018-201810296-05\\_01.pdf](https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2018-11/tra-doc-pt-div-t-0000-2018-201810296-05_01.pdf).

<sup>9</sup> Modificações do Regulamento de Processo do Tribunal (*JO L 240*, 11.07.2018, 68).

<sup>10</sup> Disposições Práticas de Execução do Regulamento de Processo do Tribunal Geral, de 20 de maio de 2015, [https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2018-11/tra-doc-pt-div-t-0000-2018-201810283-05\\_02.pdf](https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2018-11/tra-doc-pt-div-t-0000-2018-201810283-05_02.pdf).

<sup>11</sup> Modificações das disposições práticas de execução do Regulamento de processo do Tribunal (*JO L 294*, 2018, 23, retificado pelo *JO L 296*, 22.11.2018, 40).

<sup>12</sup> As condições de utilização da aplicação *e-Curia* são comuns aos dois tribunais que compõem o Tribunal de Justiça da União Europeia e são adotadas pelos respetivos secretários nos termos do artigo 8.º, n.º 1 da já referida decisão do TG de 11 de julho de 2018 e da decisão do TJ de 16 de outubro de 2018, relativa ao depósito e à notificação de atos através da aplicação *e-Curia* (*JO L 293*, 20.11.2018, 37).

<sup>13</sup> No que ao TG respeita disponível no seguinte endereço: [https://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2\\_7039/pt/](https://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2_7039/pt/).

incluir a informação relativa à alteração das regras de envio de peças processuais e de notificações; foram enviadas cartas com todas essas informações aos 234 advogados de processos pendentes que não tinham conta de acesso *e-Curia*, assim como a todas as 28 Instituições, agências, organismos e gabinetes da União.

Este trabalho intenso de comunicação foi produtivo e eficiente, permitindo que a passagem para o sistema agora vigente tenha sido fácil e sem sobressaltos.

### 3. O regime em vigor a partir de 1 de novembro de 2018

A partir de 1 de novembro de 2018 o regime regra é, pois, o do uso obrigatório da aplicação *e-Curia* como meio de transmissão de documentos e informação entre as partes e o Tribunal e como meio de notificação do Tribunal às partes.<sup>14</sup>

Como se pode ver dos dados estatísticos reproduzidos *supra*, a diferença na apresentação de documentos via *e-Curia* de 2018 para 2021 foi praticamente inexistente (de 85% para 93%), o que se explica pela adesão que a plataforma vinha já a ter nos últimos anos.

#### 3.1 A conta de acesso *e-Curia*

Quer para enviar peças e documentos, quer para receber notificações, é necessária a abertura de uma conta (artigo 56 A, n.º 2). Os procedimentos para a abertura da conta, que são especificados nas condições de utilização aprovadas pelo TG,<sup>15</sup> variam de acordo com o tipo de procedimento pretendido.

O *procedimento comum*, aplicável também no âmbito do envio de peças para o TJ, pressupõe a abertura prévia de uma conta de acesso *e-Curia* e da respetiva validação pela secretaria.<sup>16</sup>

Assim, com o formulário de abertura de conta<sup>17</sup> devidamente preenchido e assinado, é necessário enviar determinados documentos, dos quais destaco, no caso dos agentes, o documento de legitimação que ateste a capacidade de representação de um Estado-Membro, de uma instituição, órgão, serviço ou agência da União, de um Estado parte no Acordo sobre do Espaço Económico Europeu ou do Órgão de Fiscalização da EFTA, e no caso dos advogados de particulares, a autorização para o exercício da advocacia perante um tribunal de um Estado-Membro ou de outro Estado parte do Acordo sobre o Espaço Económico Europeu.

No que toca ao TG, existe um *procedimento específico* pensado para as situações em que o representante da parte não dispõe ainda de conta de acesso *e-Curia* mas precisa de entregar uma peça ou documento com urgência por ex. porque um determinado prazo está prestes a terminar. Para estas situações está prevista a possibilidade de pedir online a abertura imediata de uma conta provisória, sem intervenção prévia da secretaria, e proceder de seguida ao envio da peça ou documento em causa (artigo 56.º, n.º 4).

Nestes casos, após o envio em questão, o representante da parte tem de enviar em suporte de papel, no prazo de 10 dias, os documentos necessários (referidos *supra*) para

<sup>14</sup> Sobre as condições de utilização da aplicação do *e-Curia* consultar: [https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2018-11/tra-doc-pt-div-c-0000-2018-201808778-05\\_02.pdf](https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2018-11/tra-doc-pt-div-c-0000-2018-201808778-05_02.pdf).

<sup>15</sup> Decisão do Tribunal Geral, de 11 de julho de 2018, relativa à entrega e à notificação de atos processuais através da aplicação *e-Curia*, *JO L240*, 25.9.2018.

<sup>16</sup> Esta abertura faz-se através do envio, para a secretaria do TG ou do TJ, do formulário de abertura de conta acompanhado de vários documentos (pontos 10 a 12 das condições de utilização).

<sup>17</sup> Disponível no website do TJUE: <https://curia.europa.eu>.

que a conta de acesso *e-Curia* seja validada.<sup>18</sup> O não envio dentro do prazo dos referidos documentos acarreta a inadmissibilidade da peça ou dos documentos enviados.

### 3.2 As exceções à obrigatoriedade de utilização da aplicação *e-Curia*

Esta regra, tal como todas as outras, comporta exceções. foi necessário precaver as situações em que pode não ser possível o recurso à aplicação e a inexistência de uma alternativa poria em risco o direito fundamental de acesso ao Tribunal e, por essa via, de acesso à justiça. Tais exceções estão ligadas à natureza do ato ou do documento a enviar (artigos 57.º, 72.º e 105.º do regulamento); à capacidade da parte que envia a peça ou que recebe a notificação (artigos 80.º, 147.º, 148.º e 178.º do regulamento) ou a questões técnicas.

As exceções relacionadas com a natureza do ato ou o documento a enviar englobam:

- o envio de documentos considerados sensíveis: informações ou peças respeitantes à segurança da União ou de um dos seus Estados-Membros ou à condução das suas relações internacionais (artigo 105.º, n.º 1 e 2);<sup>19</sup>
- o envio de documentos anexos a uma peça processual que pela sua própria natureza não possam ser entregues através da *e-Curia* (artigo 72.º, n.º 4);
- a notificação de atos que pela sua própria natureza não podem ser notificados por via eletrónica (artigo 57, n.º 2);

Por sua vez, as exceções relacionadas com a capacidade da parte que quer enviar o documento ou que tem de ser notificada pelo tribunal incluem:

- o pedido de assistência judiciária quando o requerente não é representado por um advogado (artigo 147.º, n.º 6);
- a notificação a demandados que não disponham de uma conta de acesso *e-Curia* (artigo 80.º, n.º 1);
- a notificação a requerentes de assistência judiciária que não sejam patrocinados por advogado (artigo 148.º, n.º 9);
- a notificação aos recorridos ou aos terceiros intervenientes no processo administrativo, nos casos dos recursos das decisões do EUIPO quando não disponham de uma conta de acesso *e-Curia* (artigo 178.º, n.º 2 e 3).

Finalmente, não podia deixar de estar prevista a possibilidade de, em virtude de uma impossibilidade técnica, o uso da aplicação *e-Curia* não ser possível. Neste caso, em que cabe à parte alegar e demonstrar a alegada impossibilidade, quer o envio das peças e documentos quer a notificação a fazer pelo Tribunal podem ser realizados através de qualquer meio adequado disponível.

### 3.3 Balanço

Cerca de quatro anos depois do início da entrada em vigor deste novo sistema o balanço é francamente positivo. Desde logo o esforço feito com a divulgação atempada do novo sistema obrigatório permitiu que a transição do regime facultativo para o regime obrigatório não tivesse sobressaltos.<sup>20</sup>

<sup>18</sup> Este prazo não é prorrogável e não se lhe aplica o prazo de dilação de distância de 10 dias previsto no artigo 60.º do Regulamento.

<sup>19</sup> Decisão (UE) 2016/2387 do Tribunal Geral, de 14 de setembro de 2016 relativa às regras de segurança aplicáveis às informações ou peças apresentadas ao abrigo do artigo 105.º, n.º 1 ou n.º 2, do Regulamento de Processo, *JO L 355*, 24.12.2016.

<sup>20</sup> Emmanuel Coulon, “Numérisation du processus judiciaires: un pas de plus avec *e-Curia* obligatoire devant le Tribunal de l’Union européenne”, *L’Observateur de Bruxelles*, no. 117 (2019) e Giulia Pinotti, «Numérisation de la justice: développement du dialogue entre les juges?», acesso em 09.06.2021,

Com efeito, poucas foram as situações de “conflito”, tendo sido geralmente bem aceite a obrigatoriedade do *e-Curia*, até por força das já apontadas vantagens da aplicação.

Por outro lado, a existência de um único meio de transmissão de dados entre as partes e o Tribunal permitiu introduzir uma dose de racionalização no tratamento dos atos do processo que aumentou a eficiência e eficácia do trabalho da secretaria. Basta pensar que deixou de ser necessário imprimir documentos, numerar documentos depositados em papel, tratar duas vezes os mesmos requerimentos quando enviados por fax e depois por correio, verificar a conformidade do original com o documento ou peça previamente enviado por fax, etc.

Por isso presentemente apenas cerca de 5% das peças e documentos enviados para o Tribunal não o são através da *e-Curia*, ou seja, 95% de toda a comunicação das partes com o Tribunal é feita através da aplicação.

#### **4. O presente e o impacto da pandemia**

A crise sanitária que eclodiu em março de 2020 atuou como um acelerador das mudanças que vinham sendo feitas e uma alavanca para parte das que estavam pensadas mais ainda não iniciadas.

Depois de um período inicial de dois meses em que o TJUE esteve de portas fechadas e em regime exclusivo de teletrabalho, tendo todas as audiências de julgamento agendadas para esses dois meses sido adiadas, em finais de maio de 2020, retomou-se a atividade presencial no que às audiências respeita. Novos fluxos processuais para permitir a assinatura “virtual” dos acórdãos (enquanto se aguarda a possibilidade de utilização da assinatura digital) foram criados, organizaram-se diligências de leitura de acórdãos agrupados, e, no que é verdadeiramente um passo à frente, desenvolveu-se a tecnologia necessária para que as audiências se pudessem realizar de modo “virtual”.

A evolução neste domínio foi assinalável. No início da pandemia (março 2020) a realização de audiências com recurso a videoconferência não era pura e simplesmente possível. Para além de tal possibilidade não estar prevista no regulamento do tribunal, tecnicamente não havia condições para o fazer.

Em junho de 2020 já num primeiro estágio do desenvolvimento da tecnologia necessária, a técnica existente permitia a participação à distância numa audiência de um único interveniente e com uma única língua em simultâneo.

Hoje o sistema específico de videoconferência permite realizar a interpretação em simultâneo, quando necessário, a partir de e para 24 línguas oficiais, com vários participantes à distância (com exceção para os juízes que estão sempre fisicamente na sala de audiências).

Esta nova realidade, não sendo ainda perfeita designadamente porque o sistema exige das partes um investimento de alguma monta em equipamento tecnológico, permitiu a realização de inúmeras audiências que, de outro modo, e fruto das restrições de deslocação impostas pela crise pandémica, teriam de ser adiadas, com o evidente prejuízo para as partes e a justiça em geral.

Em 2020, num total de 227 audiências realizadas no Tribunal Geral (correspondendo a 335 audiências), 38 tiveram lugar por videoconferência. Já no Tribunal de Justiça realizaram-se videoconferências em mais de 50 processos. De notar que algumas das videoconferências envolveram até quatro partes que participaram à

distância. Este sistema continua a ser utilizado no contexto pandémico deste o início de 2021.<sup>21</sup>

Por outro lado, introduziu-se finalmente o sistema de assinatura eletrónica que permite agilizar todo o procedimento existente previamente de recolha das assinaturas dos juízes que participavam em cada decisão.

## 5. O futuro

Muito há ainda a fazer para tornar cada vez mais simples o acesso ao Tribunal e para aproximar o Tribunal das partes e dos seus representantes.

Desde logo há que tornar possível o envio das peças e documentos por outros formatos distintos do único possível neste momento que é o “pdf”. Importa trabalhar nos constrangimentos técnicos existentes e que impedem que as peças possam ser enviadas por outro formato (o objetivo é de permitir o envio por qualquer formato desde que editável e que garanta a integridade do conteúdo do documento).

Num segundo momento haverá que criar um modo de comunicação mais simples e eficiente entre o tribunal e os representantes das partes. A criação de um “Portal das partes”, concebido como uma plataforma que permita por um lado enviar peças e documentos e por outro aceder a todas as informações relevantes relacionadas com os processos em que intervêm, exige um investimento significativo para assegurar a fiabilidade e a segurança do sistema<sup>22</sup> mas é essencial neste caminho da desmaterialização dos processos.

E aliás, é fundamental que assim seja. Com efeito, sendo o processo no TG um processo virtual, sabemos que é hoje possível, à semelhança do que sucede por exemplo em Portugal com o “*Citius*”, que os advogados não só enviem requerimentos, peças e documentos através da aplicação informática, mas também que consultem os processos em que intervêm. Esta possibilidade de consulta dos processos à distância tem inúmeras vantagens e é, sobretudo, um passo enorme no sentido da transparência da justiça.<sup>23</sup>

---

<sup>21</sup> Entre junho e dezembro de 2020 foi pedido o adiamento de 119 audiências por razões ligadas à pandemia.

<sup>22</sup> Desenvolvimento da assinatura digital, da criptografia e da certificação digital.

<sup>23</sup> Francisco Barros Leite e Pedro Antunes, “Acesso à justiça - análise das divergências do CITIUS”, *Atas da 12ª Conferência da Associação Portuguesa de Sistemas de Informação*, v. 12 (2012), [http://www3.dsi.uminho.pt/CAPSI2012/CD/submissions/capsi2012\\_submission\\_4.pdf](http://www3.dsi.uminho.pt/CAPSI2012/CD/submissions/capsi2012_submission_4.pdf).

# Da assistência à substituição dos advogados – a repercussão da Proposta europeia de Regulamento sobre a Inteligência Artificial no *LegalTech*

Susana Navas Navarro\*

## I. Introdução

A profissão jurídica está a ser objeto de grande transformação que se irá repercutir nos próximos anos.<sup>1</sup> Um dos fatores, na medida em que existem outros, como a globalização<sup>2</sup> e a liberalização do setor dos serviços profissionais e, em concreto, dos serviços jurídicos,<sup>3</sup> que impulsiona essa transformação é a aplicação

---

\* Professora Catedrática de Direito Civil. Universidad Autónoma de Barcelona (Espanha). Este trabalho é realizado ao abrigo do Projeto I+D+i: “Nuevos retos tecnológicos del derecho probatorio” (PID2020-115304GB-C21). Justiça e Governança - JusGov.

<sup>1</sup> Richard Susskind e Daniel Susskind, *El futuro de las profesiones. Cómo la tecnología transformará el trabajo de los expertos humanos*, trad. por Juan Carlos Ruiz Franco (Zaragoza: Editorial Teell, 2016), 65 ss. Três importantes estudos evidenciam este processo de mudança: no Reino Unido, o relatório apresentado por diversos sectores profissionais, “Setting Standards: The future of legal services education and training regulation in England and Wales”, Report of the Legal Education and Training Review (junho, 2013); nos EUA, o apresentado pela American Bar Association, “Report on the Future of Legal Services in the United States”, ABA Commission on the Future of Legal Services (2016) e, no Canadá, deve citar-se o relatório “Futures: Transforming the Delivery of Legal Services in Canada”, impulsado pela Canadian Bar Association. Em Espanha, a inquietação determinada pelo surgimento dos sistemas inteligentes baseados em inteligência artificial no âmbito da prática jurídica manifesta-se em diversas publicações e atos públicos que desde a própria advocacia se estão a promover como, por exemplo, Relatório “Abogacía Futura 2020: áreas de negocio emergente: identificar oportunidades” do Consejo General de la Abogacía Española publicado pela Wolters Kluwer, disponível *online*: <https://www.abogacia.es/2019/05/10/informe-abogacia-futura-2020-areas-de-negocio-emergente-identificar-oportunidades/>. Mais recentemente, cabe verificar “Abogacía Futura 2021: Prospectiva de negocio emergente”, Consejo General de la Abogacía, acesso em 02.04.2022, <https://www.abogacia.es/publicaciones/informes/otros-informes/abogacia-futura-2021-prospectiva-de-negocio-emergente/>.

<sup>2</sup> Carole Silver, “What we know and need to know about global lawyer regulation”, *South Carolina Law Review*, v. 67 (2016): 461-483.

<sup>3</sup> Conhecido é o processo de liberalização que está a sofrer o mercado dos serviços jurídicos, o que está a fomentar que surjam novos prestadores de serviços jurídicos como clara alternativa aos escritórios de advogados. Neste sentido, deve citar-se *Legal Profession Act (Incorporated Legal Practices)*, de 2001, da Nova Gales do Sul (Austrália) e *Legal Services Act* no Reino Unido e em Gales, de 2007. Na Alemanha apresentou-se, em 2019, um projeto de lei que, ainda que timidamente, pretende também que outras entidades, diferentes das tradicionais sociedades de advogados, possam oferecer serviços jurídicos. De facto, já o vêm a fazer (*Gesetzentwurf zur Modernisierung des Rechtsdienstleistungsrechts*, BT-Drs. 19/9527). Depois de passar pelo Senado deste país, a norma mudou a sua denominação. Agora, parece centrar-se mais na proteção dos consumidores ou utilizadores de serviços jurídicos automatizados proporcionados por outras entidades (especialmente, empresas tecnológicas) para que possam oferecer os seus serviços previamente à obtenção da *Inkassolizenz* (licença para operar como empresa de garantia). Aplica-se, pois, a regulação existente para que estas empresas possam exercer a sua atividade, com algumas modificações, para acolher, no seu âmbito, as entidades dedicadas ao *LegalTech*. De uma leitura do projeto de lei resultava que a referida proteção se referia, em grande parte, à transparência dos honorários a satisfazer por aqueles. A respeito da autonomização, deve advertir-se, tão somente,

da tecnologia “inteligente” para levar a cabo as tarefas que, até há pouco tempo, eram desempenhadas pelos advogados ou por outro pessoal que trabalha nos seus escritórios, como os conhecidos *paralegals*.

O desenvolvimento de ferramentas jurídicas baseadas na inteligência artificial<sup>4</sup> dá-se tanto na sua aplicação nos escritórios de advogados, independentemente do seu tamanho,<sup>5</sup> como também, com maior impacto, nas grandes empresas, como para a sua acessibilidade ao público em geral, ou seja, pelos consumidores e por pequenas e médias empresas. Em relação especialmente aos consumidores e utilizadores, a sua proteção surge como uma das finalidades a prosseguir através das normas que liberalizam as profissões e, em particular, as profissões jurídicas.<sup>6</sup>

O aparecimento de novos atores no mercado, que oferecem serviços jurídicos sem intermediação por advogado,<sup>7</sup> com base na criação de ferramentas jurídicas que compreendem elementos “inteligentes”, acessíveis a quem a elas queira aceder, conduz a que se fale de *LegalTech* e de *LawTech* e que não se aluda a “serviço de assessoria”, mas a um “fornecimento de informação jurídica” em formato digital.

---

o consumidor a este propósito. O projeto de lei acabou denominando-se *Entwurf eines Gesetzes zur Förderung verbrauchergerichteter Angebote im Rechtsdienstleistungsmarkt*, podendo ser consultado online no seguinte endereço eletrónico [https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RegE\\_Rechtsdienstleistungsmarkt.pdf;jsessionid=483F5BF41ACE42BCCBA4ACDA792188B0.2\\_cid324?\\_\\_blob=publicationFile&v=2](https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RegE_Rechtsdienstleistungsmarkt.pdf;jsessionid=483F5BF41ACE42BCCBA4ACDA792188B0.2_cid324?__blob=publicationFile&v=2). e com este título se converteu na Lei de 17 de agosto de 2021 (BGBl. Teil I, no. 53, 3415 ss. disponível, online, através do seguinte endereço eletrónico [https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/Bgbl\\_Rechtsdienstleistungsmarkt.pdf;jsessionid=E48058326726662A3F07169B84DFA752.2\\_cid334?\\_\\_blob=publicationFile&v=2](https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/Bgbl_Rechtsdienstleistungsmarkt.pdf;jsessionid=E48058326726662A3F07169B84DFA752.2_cid334?__blob=publicationFile&v=2). Recentemente, o BGH, através da decisão de 9 de setembro de 2021, estabeleceu que a operação, num mercado jurídico, de um gerador automatizado de contratos é válida (I ZR 113/20). Em Espanha, desde dezembro de 2013, que existe um *Anteproyecto de Ley de servicios y colegios profesionales*, que introduz uma certa liberalização no mercado dos serviços, incluindo os serviços jurídicos, embora, desde 2015, a sua tramitação se encontre parada. Pode ser consultada online em: <https://www.abogacia.es/wp-content/uploads/2013/05/anteproyecto-ley-servicios.pdf>.

<sup>4</sup> Um estudo muito interessante a respeito é o que desenvolve José Ignacio Solar Cayón, *La inteligencia artificial jurídica. El impacto de la innovación tecnológica en la práctica del Derecho y el mercado de servicios jurídicos* (Cizur Menor: Aranzadi Thomson Reuters 2019), 60 ss.

<sup>5</sup> Marta del Moral Otero, “Legal Tech en pequeños y medianos despachos”, in *Legal Tech. La transformación digital de la abogacía*, dir. Moisés Barrio Andrés (Madrid: Wolters Kluwer, La Ley, 2019), 407-417.

<sup>6</sup> Como amostra, a *Legal Services Act* (Reino Unido e Gales) estabelece, na sua Parte I, sec. 1 (1) (d) como um dos objetivos da regulação “a promoção e a proteção dos consumidores”. Por seu lado, o *Anteproyecto de Ley de servicios y colegios profesionales* prevê, no artigo 1.º, n.º 2, que os poderes públicos velarão pela proteção dos consumidores e utilizadores por referência à incidência que pode ter a prestação de serviços profissionais nos seus direitos. Os artigos 50.º a 53.º tratam a qualidade do serviço e a proteção dos consumidores e utilizadores atendendo, primeiro, à necessidade de os informar adequadamente dos serviços e, segundo, a criação de esquemas de certificação dos serviços que se prestam através de novas empresas que se constituam. Para além disso, insiste que os conflitos decorrentes da prestação destes serviços se devam resolver extrajudicialmente. Por seu lado, a norma alemã já deixa clara a sua intenção desde o mesmo título atendendo à modificação de diferentes normas que afetam os serviços jurídicos, se bem que, na minha opinião, tenha mais de intenção do que de proteção efetiva para o consumidor ou utilizador (*Gesetz zur Förderung verbrauchergerichteter Angebote im Rechtsdienstleistungsmarkt*).

<sup>7</sup> O florescimento destas novas estruturas, que oferecem serviços e produtos jurídicos, tem conduzido à sua intromissão no setor jurídico e à ausência de uma regulamentação clara que lhes permita o exercício da sua atividade. Quanto a isto, em relação aos EUA, Raymond H. Brescia, Walter McCarthy, Ashley McDonald, Kellan Potts e Cassabdra Rivais, “Embracing Disruption: How Technological Change in the Delivery of Legal Services Can Improve Access to Justice”, *Albany Law Review*, v. 78, no. 2 (2014): 580-586. Para a Alemanha, o primeiro projeto de lei (*Gesetzesentwurf zur Modernisierung des Rechtsdienstleistungsrechts*, BT-Drs. 19/9527) apresentou-se como resposta à polémica emergente da decisão do *LG Berlin* (Urt. v. 24-1-2019 – 67, 277/78, BeckRS 2019, 382) que considerou que o portal de internet “*wenigermiete.de*” (LexFox GmbH), com o seu modelo de negócio “*Mietpreisbremse*” (contenção de renda) não poderia oferecer os seus serviços obtendo a licença própria das *Inkassodienstleister* (entidades de cobrança), coisa que agora se admite com a lei vigente.

## II. *LegalTech e LawTech*

A expressão *LegalTech* – e o que esta representa – é já de uso corrente entre os juristas, em particular, entre os advogados.<sup>8</sup> Trata de descrever a aplicação das novas tecnologias à prestação de serviços jurídicos por advogados, concretamente face a determinadas tarefas que são desempenhadas por advogados; ainda que a sua aplicação, no âmbito da justiça, já seja uma realidade.<sup>9</sup> Os operadores do Direito já se auxiliam, desde há algum tempo, de programas de computador que facilitam o exercício da sua profissão, contando com bases de dados cada vez mais sofisticadas e com comunicações eletrónicas que se realizam através de smartphones (por exemplo, *WhatsApp* ou correio eletrónico). Não é desconhecida, para eles, esta tecnologia.

Agora trata-se de ir mais além, incorporando tecnologia de alto nível na sua atuação quotidiana. As diferentes técnicas e sistemas que se inserem na expressão “inteligência artificial”<sup>10</sup> não vão apenas facilitar o trabalho do advogado numa espécie de colaboração homem-máquina, mas vai-se desenvolver – e já se desenvolve – a consecução de trabalhos de forma autónoma, trabalhos para os quais, até ao momento, ainda se precisava de intervenção humana,<sup>11</sup> como seriam, entre outros possíveis cenários, a análise de casos (por exemplo, através do *e-discovery*, do *Big Data analytics*), a redação de um documento jurídico como uma petição inicial, a redação automatizada de contratos ou a utilização de robôs “jurídicos” que fornecem informação jurídica aos clientes. Está-se a trabalhar em modelos computacionais, em relação ao silogismo jurídico, que permitem a extração de argumentos jurídicos diretamente dos materiais legais (normas, sentenças, artigos científicos...) para que se possam prever desfechos judiciais, responder a questões jurídica complexas ou tomar decisões com relevância jurídica.<sup>12</sup>

<sup>8</sup> Assim o atestam diversas publicações – tanto online como em papel – que citarei ao longo do trabalho, como o Relatório “Abogacía Futura 2020: áreas de negocio emergente: identificar oportunidades” do Consejo General de la Abogacía Española, publicado pela Wolters Kluwer, pode ser consultado *online*: <https://www.abogacia.es/2019/05/10/informe-abogacia-futura-2020-areas-de-negocio-emergente-identificar-opportunidades/>.

<sup>9</sup> Jordi Nieva Fenoll, *Inteligencia artificial y proceso judicial* (Madrid, Barcelona: Marcial Pons, 2018), in totum; Daniel Ben-Ari, Yael Frish, Adam Lazovski, Uriel Eldan e Dov Greenbaum, “Artificial Intelligence in the practice of law: An analysis and proof of concept experiment”, *Richmond Journal of Law & Technology*, v. 23, no. 2 (2017): 35. Mais recentemente, cabe equacionar o estudo de S. Barona Vilar, *Algoritmización del Derecho y de la Justicia. De la inteligencia artificial a la Smart Justice* (Valencia: Tirant Lo Blanch, 2021), 344 ss.

<sup>10</sup> Parte-se da definição dada pelo Grupo de Peritos de Alto Nível para o estudo da Inteligência Artificial, no âmbito da União Europeia, AIHLEG, “A definition of AI: Main capabilities and disciplines”, de 8 de abril de 2019, que pode ser consultado *online*: <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/definition-artificial-intelligence-main-capabilities-and-scientific-disciplines>. Segundo esta definição “Artificial intelligence (AI) systems are software (and possibly also hardware) systems designed by humans that, given a complex goal, act in the physical or digital dimension by perceiving their environment through data acquisition, interpreting the collected structured or unstructured data, reasoning on the knowledge, or processing the information, derived from this data and deciding the best action(s) to take to achieve the given goal. AI systems can either use symbolic rules or learn a numeric model, and they can also adapt their behaviour by analysing how the environment is affected by their previous actions. As a scientific discipline, AI includes several approaches and techniques, such as machine learning (of which deep learning and reinforcement learning are specific examples), machine reasoning (which includes planning, scheduling, knowledge representation and reasoning, search, and optimization), and robotics (which includes control, perception, sensors and actuators, as well as the integration of all other techniques into cyber-physical system”.

<sup>11</sup> Jens Wagner, *Legal Tech und Legal Robots. Der Wandel im Rechtsmarkt durch neue Technologien und künstliche Intelligenz* (Wiesbaden: Springer, 2018), 2-4; Moisés Barrio Andrés, “Legal Tech y la transformación del sector legal”, in *Legal Tech. La transformación digital de la abogacía*, dir. Moisés Barrio Andrés (Madrid: Wolters Kluwer, La Ley, 2019), 37-66.

<sup>12</sup> A este respeito, deve citar-se a excelente monografia de Kevin Ashley, *Artificial Intelligence and Legal Analytics* (Cambridge: Cambridge University Press, 2017), 10 ss. Nestas questões, já nos pronunciamos

Com base na classificação proposta por Solar Cayón, podem-se agrupar as diferentes tarefas nas quais a atividade jurídica está a começar a automatizar-se graças a ferramentas de inteligência artificial,<sup>13</sup> como as seguintes: i) investigação jurídica em relação a tarefas de busca, seleção e análise de informação jurídica; ii) cumprimento normativo (*compliance*); iii) tarefas de auditoria jurídica ou legal (*due diligence*); iv) análise preditiva perspetivando a conduta dos juízes e dos tribunais de forma a verificar melhor o êxito ou o insucesso inerente à propositura de uma ação; v) *e-discovery* ou a seleção de material probatório; vi) elaboração automática de documentos legais personalizados através de aplicações e vii) resolução de litígios em linha, conhecidas como ODR.

As ferramentas “inteligentes” chegaram para ficar, permitindo que os advogados se dediquem ao trabalho intelectual complexo que, atualmente, as máquinas inteligentes não podem, contudo, desempenhar.<sup>14</sup>

As ferramentas criadas principalmente por empresas tecnológicas,<sup>15</sup> essencialmente *start-ups*<sup>16</sup> – naquelas em que podem trabalhar especialistas em ciências da computação e juristas –, frequentemente aplicam-se nas relações B2B, ou seja, são desenvolvidas para advogados e para os seus escritórios. Sem embargo, cada vez mais estas ferramentas se encontram disponíveis ao consumidor ou ao utilizador final que pode, desta forma, aceder a determinados serviços jurídicos como, por exemplo, revisão de contratos, elaboração, por si mesmo, de escritos com informação jurídica, redação de reclamações a companhias aéreas, *chatbots*, entre outros, sem necessidade, sempre e em todo o caso, de um advogado.<sup>17</sup>

---

em Susana Navas Navarro (dir.), *Inteligencia artificial, tecnología, derecho* (Valencia: Tirant Lo Blanch, 2017), 24 ss.

<sup>13</sup> José Ignacio Solar Cayón, *La inteligencia artificial jurídica*, 92-93; Qian Hongdao, Sughra Bibi, Asif Khan, Lorenzo Ardito e Muhammad Bilawal Khaskheli, “Legal technologies in action: the future of the legal market in light of disruptive innovations”, *Sustainability*, v. 11, no 4 (2019): 1015.

<sup>14</sup> Paula Fuentes Bueso, “La revolución en la forma de concebir el empleo en el sector legal” in *Legal Tech. La transformación digital de la abogacía*, dir. Moisés Barrio Andrés (Madrid: Wolters Kluwer, La Ley, 2019), 199-229. De todo o modo, já existem empresas que oferecem sistemas inteligentes de diagnósticos realmente sofisticados capazes de atender questões jurídicas complexas e multijurisdicionais. As empresas *Allen & Overy* ([www.alenoverly.com/online-services](http://www.alenoverly.com/online-services)) e *Neota Logic* ([www.neotalogic.com](http://www.neotalogic.com)) são duas das firmas internacionais que implementaram sistemas inteligentes que são capazes de desenvolver-se com normativas e raciocínios complexos.

<sup>15</sup> Ainda que não somente tecnológicas, também se encontram no mercado outro tipo de empresas, entidades ou estruturas que oferecem serviços jurídicos agrupadas sob a denominação *NewLaw* como contraponto ao *BigLaw*, que vem representado pelas tradicionais sociedades de advogados [Georges Beaton, *New Law New Rules*, (Melbourne: Georges Beaton, 2013)]. Um exemplo são *Tesco* e *Wal-Mart*, cadeias de supermercados que obtiveram licenciamento para operar no mercado de serviços jurídicos, aproveitando a base ampla de clientes consumidores, a maioria “consumidores fidelizados”, que possuem.

<sup>16</sup> No sector legal está-se a verificar um fenómeno similar ao que se vive no setor da banca e das finanças; mais conhecido como “*FinTech*”. Um índice das empresas dedicadas ao *LegalTech* é elaborado pelo *Stanford Center for Legal Informatics (CodeX LegalTech Index)*, <http://tech-index.law.stanford.edu/>, o qual estabelece uma lista de empresas em função das atividades a que se dedicam: *marketplace, document automation, practice management, Legal research, Legal education, online dispute resolution, e-discovery, analytics, compliance*. Similar a este índice encontramos o *LegalTechnology Compass Europe*, estabelecido pela associação alemã de empresas jurídicas na *internet* (<http://www.legaltech-compass.com/>). No Reino Unido, o mapa de *legal start-up* reflete-se no *Legal Geek Start-up Map* (<http://www.legalgeek.co/startup-map/>) e, em Espanha, deve citar-se a *Legaltechies*, *sítio web* no qual se dá conta das *start-ups* legal-tecnológicas que, até ao dia de hoje, se constituíram com êxito (<https://legaltechies.es/2019/07/16/cuanto-y-quien-invierte-en-legaltech-espanola/>). Cfr. Daniel W. Linna, Jr., “What we know and need to know about legal startups”, *South Carolina Law Review*, v. 67 (2016): 389.

<sup>17</sup> Judith Bennett, Tim Miller, Julian Webb, Rachele Bosua, Adam Ladders e Scott Chamberlain, “Current State of Automated Legal Advice Tools”, Discussion Paper, The University of Melbourne, abril de 2018, 22 ss.

Assim, apesar de, inicialmente, todo este conjunto de ferramentas tecnológicas – aquelas de que o cliente se pode servir diretamente – ter sido agrupado dentro da terminologia *LegalTech*,<sup>18</sup> o certo é que recentemente se começou a denominar com a expressão *LawTech*, com a clara intenção de as diferenciar das ferramentas dirigidas aos escritórios de advogados.<sup>19</sup> Entre as duas expressões, *LegalTech* e *LawTech*, a primeira está claramente a ganhar a batalha para se referir aos sistemas de inteligência artificial aplicados ao mundo do direito por parte dos advogados,<sup>20</sup> independentemente de ser B2B ou B2C, e por parte do poder judiciário.<sup>21</sup> Neste trabalho, de forma a promover a clareza expositiva, vou referir-me a ferramentas de *LegalTech* relativamente àquelas aplicadas na relação com o consumidor, onde este não é propriamente um “cliente”,<sup>22</sup> mas onde é um utilizador (atual ou potencial) de serviços jurídicos automatizados, em virtude dos quais lhe é oferecida informação jurídica em vez de assessoria legal por um preço reduzido ou, até, de forma gratuita. Estes serviços jurídicos automatizados compreendem, segundo o caso, serviços e conteúdos digitais. É precisamente o baixo custo o que determina que o consumidor opte por esta prestação de serviços jurídicos em linha sendo o elemento digital preponderante na decisão de os contratar. Aliás, se o serviço jurídico não é prestado *online*, aquele preferirá não aceder a qualquer serviço jurídico.<sup>23</sup>

Estes são consumidores que representam um “mercado latente”<sup>24</sup> ou, inclusivamente, “inexistente”<sup>25</sup> para o mercado de serviços jurídicos. São cidadãos que, por conta dos seus poucos recursos, não conseguem suportar os honorários de um advogado e não estão aptos a requerer apoio judiciário por carência económica pois a reclamação de baixas quantias não merece particular atenção ou não têm a formação básica essencial a requerer eles mesmos, por escrito, e a apresentar a sua demanda perante o órgão judicial competente como seria possível, por exemplo, no caso das denominadas *small claims*.<sup>26</sup> Os serviços jurídicos prestados em linha, precisamente por empresas (que são uma alternativa ao tradicional escritório de advogados), representam, para estes sujeitos, uma opção especialmente atrativa pois facilita-lhes

<sup>18</sup> Com efeito, esta expressão, por si imprecisa, parece compreender qualquer tecnologia aplicada ao âmbito do direito, Wolfgang Beck, “Legal Tech und Künstliche Intelligenz”, *DÖV* (2019): 648.

<sup>19</sup> M.-M. Bues e E. Matthaei, “Legaltech on the rise: Technology changes legal work behaviours, but does not replace its profession”, in *Liquid Legal* (Cham: Springer, 2017), 89-109.

<sup>20</sup> E. Salmerón-Manzano, “Legaltech and Lawtech: global perspectives, challenges, and opportunities”, *Laws*, v. 10, no. 2 (2021): 24.

<sup>21</sup> Ch. Engelmann, N. Brunotte, H. Lütken, “Regulierung von Legal Tech durch die KIVerordnung”, *RDi*, (2021): 317 ss.

<sup>22</sup> O “cliente” seria aquela pessoa (física ou jurídica) que solicita um serviço jurídico determinado a um especialista sobre o tema objeto do serviço, ou seja, a quem solicita um serviço jurídico “personalizado” (assessoria, que se ocupe da gestão de um determinado assunto, etc.).

<sup>23</sup> No estudo realizado no Reino Unido, entre 2011 e 2013, no qual havia um painel formado por consumidores ao lado de outro formado por especialistas (profissionais e académicos) acerca do mercado jurídico e, em concreto, sobre o mercado da educação jurídica, releva-se, a partir das diferentes entrevistas e diligências realizadas, que a conexão entre acessibilidade, tecnologia e custo-benefício determina que os consumidores optem claramente pela prestação de serviços online para as reclamações de consumo de baixo custo (LETR, “Setting Standards: The future of legal services education and training regulation in England and Wales”, Report of the Legal Education and Training Review, junho de 2013, 99).

<sup>24</sup> Richard Susskind e Daniel Susskind, *El futuro de las profesiones*, 127.

<sup>25</sup> José Ignacio Solar Cayón, *La inteligencia artificial jurídica*, 99.

<sup>26</sup> Como se sabe, estas reclamações podem chegar a uma quantia máxima de 5000 euros, se se quer iniciar o processo europeu que foi estabelecido pelo Regulamento (CE) no. 861/2007, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de julho de 2007, que estabelece um processo europeu de ações de pequeno montante (*DOUE L 199*, 31.7.2007).

o acesso à justiça a um custo baixo.<sup>27</sup> Assim, proporcionam diretamente serviços jurídicos autonomizados ou o acesso a serviços jurídicos na nuvem onde encontram as aplicações necessárias para que o consumidor possa levar a cabo, ele mesmo ou com a ajuda de um assistente virtual, tarefas que até agora eram desempenhadas por juristas.

### **III. Da assessoria personalizada à prestação de informação. Do “serviço jurídico” ao “produto jurídico”**

O especialista humano a quem se solicita um conselho de forma presencial está a dar lugar a que os consumidores busquem essa informação diretamente na *internet*. Inclusivamente, que procurem um profissional diretamente na rede e o selecionem em função das opiniões que outros consumidores tenham deixado, em determinadas plataformas, sobre ele e sobre o serviço que tenha oferecido. Existem comparadores de honorários entre advogados e leilões invertidos através dos quais se contrata aquele profissional que oferece o preço mais baixo pelo serviço jurídico que o consumidor procura e solicita. Ademais, existe toda uma panóplia de ferramentas tecnológicas que permitem que o consumidor faça, por si mesmo (*do-it-yourself*), tarefas que, até agora, contratava a um jurista. São soluções rápidas, à distância de um clique, fáceis e exequíveis de um ponto de vista económico. Muitas delas, por conta do sistema de reputação em linha estabelecido, também geram no consumidor a confiança suficiente para que o seu uso se afigure fiável.

Esta digitalização da profissão jurídica permite que o conhecimento prático surja no âmbito de um processo análogo ao da produção em massa, mas correspondendo às necessidades específicas do consumidor. É o que se convencionou chamar de “*personalização massiva*”.<sup>28</sup> Não se trata, por exemplo, de imprimir um documento padronizado no qual o consumidor apenas insere os seus dados pessoais; trata-se de oferecer sistemas de montagem informática de documentos nos quais, através de uma série de perguntas e respostas do utilizador, se fazem modificações no documento, se eliminam cláusulas, se introduzem outras, gerando-se um documento em função das necessidades pessoais do utilizador em questão.

A emergência das máquinas, cada vez mais capazes para gerir e aplicar o conhecimento técnico-jurídico, conduz a que a prestação humana de serviços de assessoria jurídica se converta na prestação de informação jurídica na qual um advogado tradicional não participa diretamente. Isto supõe que o conhecimento prático acabe por se “*acomodar*”, de forma que tarefas rotineiras podem converter-se em práticas padronizadas, que podem ser executadas por uma pessoa não qualificada, um leigo em direito, desde que munido das ferramentas tecnológicas adequadas.<sup>29</sup> O mesmo sucede com as plataformas de intermediação entre advogados e clientes, nas quais a economia colaborativa determina que serviços que antes não eram negociáveis, acabem por sê-lo e se convertam em mais uma *commodity*. Isto abre o mercado à prestação de serviços jurídicos em linha a um custo muito baixo ou gratuito, o que claramente incide nos honorários que um advogado tradicional poderia solicitar ao

<sup>27</sup> Neste sentido pode citar-se o Relatório realizado a pedido da *American Bar Association*, no qual se revê o estado da profissão jurídica e o mercado dos serviços jurídicos, relevando-se, especialmente, na primeira parte do estudo, as dificuldades no acesso à justiça que, nos EUA, têm determinadas coletividades (“Report on the Future of Legal Services in the United States”, ABA Commission on the Future of Legal Services, 2016, 10-19).

<sup>28</sup> Richard Susskind e Daniel Susskind, *El futuro de las profesiones*, 129.

<sup>29</sup> Richard Susskind e Daniel Susskind, *El futuro de las profesiones*, 192-193.

seu cliente, na medida em que deve mudar a forma de cobrar os seus serviços:<sup>30</sup> em vez da cobrança tradicional por horas, propõem-se preços fixos para determinado tipo de serviços ou oferecem-se taxas fixas.<sup>31</sup> Devem pautar-se pela máxima “mais por menos”.<sup>32</sup>

Por outro lado, a informação jurídica fornecida é um “produto de consumo” que é o resultado de se ter digitalizado o “conhecimento prático”. Converteu-se num “bem de informação”, num “produto de consumo” que reúne três características: primeira, é um *produto não concorrente (producto no-rival)* pois não desaparece – não se desgasta – já que, se usa para resolver um problema, outrem pode utilizá-lo depois de nós próprios o termos usado; segunda, é um *produto não excludente (producto no-excluible)*, ou seja, não se pode excluir a possibilidade de outras pessoas o utilizarem, sobretudo, sem pagarem nada em troca; terceira, *a utilização e a reutilização (uso y re-uso)* deste conhecimento pode gerar, por sua vez, mais e novo conhecimento.<sup>33</sup> O advogado não dá apenas resposta a questões legais – o que pode fazer, na atualidade, uma máquina – sem que vá mais além, tendo especialmente em conta os interesses do seu cliente, ponderando e ajuizando todos os elementos do assunto em apreço. Precisamente, a linha delimitadora entre a assessoria e a prestação de informação é traçada no facto de o primeiro supor a aplicação de conhecimento jurídico às circunstâncias específicas de cada caso, ou seja, a assessoria implica uma “individualização”<sup>34</sup> que, na mera transmissão de informação, está ausente.

Nesta linha de pensamento, acabam por se converter determinadas tarefas jurídicas naquelas que se pode decompor a prestação de um serviço jurídico em “produtos” que “se vendem” a baixo custo ao consumidor. Desta forma, dentro das diferentes tarefas em que se pode decompor o serviço jurídico, algumas delas continuarão a classificar-se como “serviços”, enquanto outras melhor se classificarão com a denominação de “bem” na medida em que se terão “comodificado”. Assim, a nomenclatura legal “serviço” deveria reservar-se àquela tarefa para a qual é necessária, pelo menos por um momento, a intervenção humana (usualmente, do advogado); enquanto aquelas que se geram através de máquinas inteligentes não deveriam ser propriamente qualificadas como serviços, mas sim como “produtos”.

A prestação de um serviço caracteriza-se pelo carácter personalizadíssimo baseado na confiança em quem o presta, por se fundar nas suas qualidades profissionais, não resultando indiferente ao beneficiário do serviço quem é que o presta. Tenha-se, aliás, presente que me estou a referir a serviços profissionais, portanto, que requerem uma determinada qualificação e, muitas vezes, uma elevada qualificação e especialização. Não nos referimos a trabalhos não qualificados, aos quais poderia ser indiferente a pessoa do prestador. Pelo contrário, o serviço convertido em “produto” não se centra na figura daquele último, mas sim na pessoa do credor. Trata-se de um serviço / produto padronizado, elaborado massivamente que se personaliza em função do interesse do cliente consumidor. O epicentro passa a ser este último, sendo indiferente quem realiza a prestação. Entendendo desta maneira a utilização da terminologia

<sup>30</sup> Richard Susskind e Daniel Susskind, *El futuro de las profesiones*, 202-204.

<sup>31</sup> Cfr. o Relatório citado “Setting Standards: The future of legal services education and training regulation in England and Wales”, 4. Do mesmo modo, cfr. José Ignacio Solar Cayón, *La inteligencia artificial jurídica*, 66-68.

<sup>32</sup> Qian Hongdao *et al.*, “Legal technologies in action”, 1015.

<sup>33</sup> Richard Susskind e Daniel Susskind, *El futuro de las profesiones*, 188-189.

<sup>34</sup> Juan Ignacio Solar Cayón, *La inteligencia artificial jurídica*, 257; Benjamin Alarie, Anthony Niblett e Albert H. Yoon, “How artificial intelligence will affect the practice of law”, *University of Toronto Law Journal*, v. 68, Supplement 1 (2018): 120-122.

“serviço”, esta resta completamente esvaída de sentido nestes casos. Afinal, está mais próxima do fornecimento de bens que, contudo, se irão produzir do que do serviço em si mesmo.

Na prática, muitas das empresas *LegalTech* que usam ferramentas *LawTech* para gerar “bens de informação jurídica”, oferecem serviços jurídicos nos quais intervêm pessoas (advogados) como, por exemplo, a representação numa negociação ou em juízo.<sup>35</sup> Desta forma, oferecem ao consumidor um “pacote” que contém diferentes elementos, dos quais alguns são “produtos”, outros são “serviços” propriamente ditos. Esse “pacote” representa um contrato atípico, que pode ser misto ou coligado, que compreende prestações que se subsumem a diversos tipos contratuais. Neste sentido, aduz-se uma particularidade: é que esse “produto” – que é o “bem de informação jurídica” – produz-se em formato digital, ou seja, é conteúdo digital o qual, em alguns casos, vem precedido do fornecimento de um serviço digital.

#### **IV. Ferramentas tecnológicas ao alcance dos consumidores e utilizadores**

Apresentarei algumas das ferramentas legais que já existem no “ecossistema legal”,<sup>36</sup> às quais os consumidores utilizadores finais podem aceder diretamente, começando a ser realidade um adágio semelhante àquele que é conhecido no mundo das finanças (“*precisa-se de serviços bancários, mas não de bancos*”), ou seja, “*precisam-se de serviços jurídicos, mas nem sempre de advogados*”.

Qualquer estudo que analise a tecnologia inteligente aplicada ao âmbito jurídico menciona uma miríade de aplicações e ferramentas às quais o consumidor pode ter diretamente acesso,<sup>37</sup> através do seu *PC*, *tablet* ou *smartphone*,<sup>38</sup> para, por exemplo, rever o seu contrato de arrendamento, redigir, de forma automatizada, um documento a reclamar o pagamento de uma quantia de dinheiro de uma companhia aérea, deixando-se assessorar por um robô, interagindo com um assistente virtual ou dirigindo-se a uma plataforma através da qual poderá contactar com um advogado especialista numa matéria concreta. Vou, portanto, abordar cinco pressupostos de forma mais aprofundada na continuação do presente texto. No entanto, ainda que os presente como ferramentas *LawTech* independentes, a realidade é que, na prática, se combinam dando lugar a “produtos jurídicos” para o utilizador final (isto é, redação de documentos, assessoria, intermediação, etc...). Assim, o processo automatizado de reclamação de quantidades pode ser precedido de um *chatbot* com o qual o utilizador final interage, sendo este informado dos seus direitos.

Os robôs legais, que processam uma quantidade enorme de dados, e que podem conduzir predições e, a partir delas, emitir um juízo e, inclusivamente, tomar uma

<sup>35</sup> Este é o caso da plataforma norte-americana *Avvo* ([www.avvo.com](http://www.avvo.com)), à qual se pode aceder para realizar uma consulta ou participar num fórum quando o utilizador tenha um problema. A resposta é dada online por um dos advogados que participam na plataforma (mais de 175.000) ou extraída pelo sistema da informação que armazena a partir dos milhões de respostas e perguntas que se formularam. A partir daqui, pode já estabelecer-se com esse ou outro profissional uma relação contratual remunerada para que defenda os seus interesses pois a consulta da plataforma e a resposta oferecida são de carácter gratuito. Outra plataforma, com presença em Espanha, é a *JustAnswer* ([www.justanswer.com](http://www.justanswer.com)) onde também se fazem perguntas e se dão respostas online, por especialistas, mediante remuneração.

<sup>36</sup> María Jesús González-Espejo García, “El ecosistema Legal Tech en España” in *Legal Tech. La transformación digital de la abogacía*, dir. Moisés Barrio Andrés (Madrid: Wolters Kluwer, La Ley, 2019), 345 ss.

<sup>37</sup> De novo nos permitimos citar o estudo de Judith Bennett *et al.*, *Current State of Automated Legal*, 22 ss.

<sup>38</sup> Raymond H. Brescia *et al.*, “Embracing Disruption”, 578-579.

decisão (como, no âmbito da medicina, acontece com o robô da IBM Watson), mas, na atualidade, apenas estão ao alcance de alguns escritórios de advogados (cfr. *Ross Intelligence*).<sup>39</sup> Não são, portanto, ainda acessíveis aos cidadãos, o que não quer dizer que não o venham a ser no futuro.<sup>40</sup>

### 1. As plataformas de intermediação de serviços jurídicos

As plataformas de intermediação, na economia colaborativa, também chegaram à área da prática do Direito. Agora, os advogados e os seus escritórios já não são apenas conhecidos pelos seus sítios *web*, mas também por oferecerem os seus serviços sendo contactados pelos seus clientes, através destas plataformas. Funcionam como a *Airbnb*, a *Uber* ou a *Peopleperhour*. Para além de facilitar o contacto entre cliente e advogado, valorizam-no e pontuam-no, atribuem-lhe uma classificação, oferecendo uma base de escritórios muito ampla, fazendo um filtro em função de diversos critérios aplicáveis aos advogados como, por exemplo, a sua especialização e oferecendo toda a informação relacionada com horários, preços, tempo que demora a responder à mensagem enviada pelo cliente, etc... Mais: o consumidor pode aceder aos comentários que, sobre o jurista contactado, tenham sido deixados, na plataforma, por outros clientes.<sup>41</sup>

Nestas condições de uso deste serviço de intermediação estabelece-se que o serviço prestado não é de assessoria legal, mas apenas de disponibilização de informação jurídica sem que se gere, pelo ato de responder, em cada caso, a algumas perguntas formuladas pelos utilizadores em linha, nenhuma relação contratual advogado-cliente.

A empresa que gere a plataforma é, geralmente, uma *start-up* tecnológica e não uma empresa dedicada a serviços jurídicos. Em Espanha, podemos identificar algumas plataformas para advogados como a *Abogalista*, *elAbogado.com*, *tuAppbogado*, *Abogados365*, etc... A nível global, entre outras, destacam-se a *Rocket Lawyer*, *Anwalt.de*, *FlatLaw*, *Legalzoom*, *Avvo*, *Got.Law*.

Nestas plataformas, a estrutura, como se sabe, é triangular (“two-sided market”)<sup>42</sup> já que se pautam pela pura intermediação; em alguns casos, podem receber uma remuneração pelo desempenho do seu serviço.<sup>43</sup> Quando fixam condições na relação advogado-cliente, como os honorários ou o horário laboral, convertem-se em parte contratual perante o utilizador final e em empregador em relação ao advogado cujos serviços o primeiro contratou. Neste caso, pode-se aplicar a doutrina emanada pelo *leading case* na Europa, relativo a estas plataformas que ficou conhecido como o caso *Uber vs. Associação Profissional Elite Taxis*, e que deu origem ao acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia de 20 de dezembro de 2017,<sup>44</sup> onde se considerou que a sua prestação se estende mais além do que a intermediação já que elas próprias prestam o serviço jurídico requerido pelo utilizador final.<sup>45</sup>

<sup>39</sup> Jens Wagner, *Legal Tech und Legal Robots*, 31 ss.

<sup>40</sup> Richard Susskind e Daniel Susskind, *El futuro de las profesiones*, 41-43.

<sup>41</sup> Council of Bars e Law Societies of Europe, “CCBE Guide on Lawyer’s use of online legal platform”, acesso em 02.04.2022, [www.ccbe.eu/fileadmin/speciality\\_distribution/public/documents/DEONTOLOGY/DEON\\_Guides\\_recommendations/EN\\_DEON\\_20180629\\_CCBE-Guide-on-lawyers-use-of-online-legal-platforms.pdf](http://www.ccbe.eu/fileadmin/speciality_distribution/public/documents/DEONTOLOGY/DEON_Guides_recommendations/EN_DEON_20180629_CCBE-Guide-on-lawyers-use-of-online-legal-platforms.pdf).

<sup>42</sup> Jean-Charles Rochet e Jean Tirole, “Platform Competition in two-sided markets”, *Journal of the European Economic Association*, v. 1, no. 4 (2003): 990-1029; Mark Armstrong, “Competition in two-sided markets”, *RAND Journal of Economics*, v. 37, no. 3 (2006): 668-691.

<sup>43</sup> Seria o caso das “*referral websites for lawyers*” (Council of Bars e Law Societies of Europe, “CCBE Guide on Lawyer’s use of online legal platform”, 6).

<sup>44</sup> Processo C-434/15.

<sup>45</sup> A extensão desta doutrina a casos similares é proposta por Philipp Hacker, “UberPop, UberBlack, and the regulation of digital platforms after the *Asociación Profesional Elite Taxi* Judgment of the

As propostas de regulamento sobre serviços digitais (*Digital Services Act*)<sup>46</sup> e dos mercados digitais (*Digital Markets Act*)<sup>47</sup> estabelecem toda uma série de obrigações para as plataformas de intermediação em linha que serão também aplicáveis àquelas que estamos a tratar.

## 2. Ferramentas “*do-it-yourself*”. Elaboração de documentos jurídicos

Vários prestadores de serviços jurídicos permitem que o próprio consumidor descarregue determinadas ferramentas diretamente do seu sítio *web* ou desde um espaço na nuvem para que aquele elabore, ele mesmo ou, às vezes, com a ajuda de um assistente virtual, os seus próprios documentos, como um contrato de arrendamento, um contrato de compra e venda de um bem móvel ou um testamento.<sup>48</sup> Esta aplicação emprega um sistema especialista baseado numa árvore de decisões pois, através de uma série de perguntas e em função das respostas do utilizador, vai gerando o documento, aduzindo ou eliminando cláusulas, palavras, frases, a partir do modelo de contrato que tem. O programa é simples e fácil nas interações com o utilizador.<sup>49</sup> Estes sistemas aplicam o processamento da linguagem natural e a tecnologia de *machine learning* e, apesar de ainda não substituírem a assessoria jurídica com intervenção humana, à medida que vão surgindo mais sofisticados, poderão chegar a determiná-la como desnecessária.

## 3. Processamento massivo de casos idênticos. *Small claims*

Outro grupo de ferramentas *LawTech*, aquelas a que o utilizador final acede através do sítio *web* da empresa que as cria (frequentemente tecnológica), relaciona-se com as reclamações de “pequenos” montantes de dinheiro ou “*small claims*” quanto a, por exemplo, atrasos de voos, cancelamentos, bagagem perdida, coimas em parques públicos, atrasos nos comboios, etc...<sup>50</sup> Nestes sítios *web*, o utilizador responde a uma série de perguntas, através de um *chatbot*, onde fornece informação sobre o seu caso, similar a tantas outras centenas e, mediante um processo automatizado, se redige um documento, assinado pelo utilizador, através do qual este autoriza a empresa a reclamar, em seu nome, o montante que se considera em dívida. A reclamação, ou seja, a obrigação jurídica será cumprida por advogados – os quais defenderão, perante os tribunais, o utilizador final –, caso não se chegue a um acordo, embora este seja o que se pretende em primeira linha. Para tanto, em adição à prestação do serviço jurídico, existe o “fornecimento de um conteúdo digital”, que é o documento ou os documentos que o próprio sistema gera para que o utilizador os assine, descarregue e os guarde.

## 4. Dos assistentes virtuais e *chatbots* até ao Robô assessor

Tanto o assistente virtual como o “*chatbot*” consistem em sistemas artificiais que permitem, aos humanos, manter conversas “inteligentes” com robôs. Podem escutar,

---

CJEU”, *ERCL* v. 14, no. 1 (2018): 80-96.

<sup>46</sup> 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, Bruxelas, 15.12.2020, COM(2020) 825 final.

<sup>47</sup> COM(2020) 842 final.

<sup>48</sup> Leticia López-Lapuente Gutiérrez e Ane Lamela Domínguez, “La automatización de contratos” in *Legal Tech. La transformación digital de la abogacía*, dir. Moisés Barrio Andrés (Madrid: Wolters Kluwer, La Ley, 2019), 234 ss.

<sup>49</sup> Raymond H. Brescia *et al.*, “Embracing Disruption”, 572-573.

<sup>50</sup> Judith Bennett *et al.*, *Current State of Automated Legal Advice Tools*, Anexo A.

entender, raciocinar (*chatbot* cognitivo) e responder às perguntas que lhes sejam formuladas. Processam a linguagem natural e apenas funcionam com um sistema de inteligência artificial baseado em *machine learning* e em esquemas de decisão.<sup>51</sup> No âmbito jurídico, podem desempenhar variadas funções: desde centros de atendimento ao cliente a gerir operações de uma empresa, passando pela assessoria legal. Com estes assistentes, o utilizador final pode interagir através de um sítio *web*, de uma aplicação instalada no *smartphone* ou conversar diretamente, comunicando-se por voz sem necessidade de escrever qualquer texto.

Por outro lado, não é impensável que assistentes pessoais ao estilo de *Alexa*, por exemplo, mas que resolvam questões jurídicas apresentadas pelo consumidor, se tornem realidade em bens corpóreos, como sistemas de altifalante, que aquele pode comprar tanto numa loja física como *online*. É o caso do *Chatbot RATIS*, criado na Alemanha.<sup>52</sup>

### 5. Desenho legal (*Legal Design*)

Mais um elemento que aponta nesta direção é a nova tendência de *Legal Design*, ou seja, de aplicar técnicas de desenho em interiores, na arquitetura, na moda, para produzir documentos jurídicos com o fim de, segundo parece, torná-los mais inteligíveis que, por exemplo, os contratos tradicionais “complexos”. De facto, o que sucede é que se substitui a “letra escrita” por “imagens”, o visual predomina sobre o escrito. A “apelatividade” e o “colorido” destes contratos considera-se “mais transparente” que a expressão escrita. As ferramentas para o *Legal Design*, assim como o produto gerado, são normalmente digitais.<sup>53</sup> O desenho legal de contratos levanta inúmeras questões. Uma delas prende-se com a sua interpretação pois as normas hermenêuticas tradicionais dificilmente podem ajudar a encontrar o verdadeiro sentido ou finalidade pretendida. Ou se adotam ferramentas de outras disciplinas (por exemplo, da psicologia, da pedagogia e da educação)<sup>54</sup> ou se devem criar novas normas que sirvam mais adequadamente a interpretação de vontades manifestadas mediante imagens (ou áudios) ou à determinação se uma cláusula do contrato “visual” é abusiva. Mesmo assim, é imaginável que se elaborem algoritmos que interpretem as imagens que representam o conteúdo do contrato. No entanto, a suposta transparência e o fácil entendimento que se pretende com o *Legal Design* acaba por conduzir à falta de transparência, *i.e.*, à opacidade do sistema de inteligência artificial aplicado. Não deixa de ser paradoxal que na busca pela transparência se acabe perante a opacidade.

Esta técnica poder-se-ia estender ao desenho das normas jurídicas com o qual a visão extremamente simplista da realidade que esta técnica representa juntamente com a métrica e a personalização do produto, fruto do recurso às redes sociais, pode conduzir a um trabalho de engenharia social certamente preocupante.<sup>55</sup> Sem embargo, no âmbito legal, constata-se que já existem alguns exemplos incipientes desta corrente de pensamento, como são as fichas FEIN e FiAE, ou os ícones que se usam para destacar o nível de risco dos produtos financeiros. Uma possível introdução

<sup>51</sup> Miguel Solano Gadea, “Chatbots”, in *Legal Tech. La transformación digital de la abogacía*, dir. Moisés Barrio Andrés (Madrid: Wolters Kluwer, La Ley, 2019), 153 ss.

<sup>52</sup> Daniel Timmermann, *Legal Tech-Anwendungen* (Baden-Baden: Nomos Verlag, 2020), 150 ss.

<sup>53</sup> Assim, *LegalTechies* oferece, no seu sítio *web*, ferramentas *LawTech* para que o próprio redija o seu contrato (<https://legaltchies.es/2019/04/25/como-crear-un-contrato-para-influencers-en-legal-design-el-proceso/>).

<sup>54</sup> Colette R. Bruschi, “Visual Law and Legal Design. Questions and tentative answers”, in *Cybergovernance*, ed. Eric Schweighofer *et al.* (Bern: Weblaw, 2021), 219-220.

<sup>55</sup> S. Mau, *The Metric Society* (Cambridge: Polity Press, 2019), 99 ss.

do desenho que se aborda, no ordenamento jurídico, pode retirar-se do artigo 12.º, n.ºs 1 e 7 do Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados (RGPD)<sup>56</sup> que se referem à transparência, comunicação e informação dos direitos do afetado pelo tratamento de dados pessoais. De facto, o artigo 12.º, n.º 1 adverte, entre outras questões, que: “[a]s informações são prestadas por escrito ou por outros meios, incluindo, se for caso disso, por meios eletrónicos”. E o artigo 12.º, n.º 7 indica que: “[a]s informações a fornecer pelos titulares dos dados nos termos dos artigos 13.º e 14.º podem ser dadas em combinação com ícones normalizados a fim de dar, de uma forma facilmente visível, inteligível e claramente legível, uma perspetiva geral significativa do tratamento previsto. Se forem apresentados por via eletrónica, os ícones devem ser de leitura automática”. Estas normas permitiriam aplicar o *design thinking* e, mais concretamente, o *visual design*<sup>57</sup> da informação que se deve prestar aos particulares independentemente da fonte deste dever ser a lei ou o contrato.

Assim, como se adiantava anteriormente, o (novo) desenho dos contratos pode suscitar questões importantes, se se olha a partir da perspetiva daquelas pessoas com uma determinada incapacidade, o mesmo pode cumprir uma função relevante de forma que as pessoas possam ser informadas, possam entender essa informação e possam prestar um consentimento informado relativo à matéria em tratamento. O apoio de qualquer outro tipo que reputar ser preciso para a pessoa com incapacidade poderia ter um determinado desenho do documento no qual se plasmasse a informação concreta. Por outro lado, esse desenho poderia chegar a converter-se em “universal”. É a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, assinada em Nova Iorque a 13 de dezembro de 2006 que define o desenho universal, no seu artigo 2.º, como o que “designa o desenho dos produtos, ambientes, programas e serviços a serem utilizados por todas as pessoas, na sua máxima extensão, sem a necessidade de adaptação ou desenho especializado”. A tal definição, que considero não ter alcance exaustivo, poderia aduzir-se o desenho dos documentos em que se presta informação com relevância jurídica.

## V. A proposta europeia de Regulamento sobre Inteligência Artificial e as ferramentas de *LawTech*

A Proposta de Regulamento sobre Inteligência Artificial, publicada no dia 21 de abril de 2021,<sup>58</sup> foi objeto de revisão, o que resultou em dois textos de compromisso: um publicado em 29 de novembro de 2021<sup>59</sup> e outro no dia 13 de janeiro de 2022.<sup>60</sup> Assim, existem já *Draft Options*: a de 2 de março de 2022<sup>61</sup> e a de 3 de março de

<sup>56</sup> Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016, relativo à proteção de pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados e que revoga a Diretiva 95/46/CE (Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados), *JOUE L 119*, de 4.5.2016. Abreviado como RGPD.

<sup>57</sup> C. R. Bruschi, “Humanoid robots for contract visualisation”, *UNIO – EU Law Journal*, v. 6, no. 1 (2020): 142-160.

<sup>58</sup> Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council laying down harmonised rules on Artificial Intelligence (Artificial Intelligence Act) and amending certain Union legislative Acts, COM(2021) 206 final.

<sup>59</sup> Proposta de compromisso do regulamento sobre a inteligência artificial, tornada pública a 29 de novembro de 2021 – *Presidency compromise text [Interinstitutional File: 2021/0106(COD)]*.

<sup>60</sup> *Interinstitutional File: 2021/0106(COD)*.

<sup>61</sup> Draft Opinion on the Committee on Legal Affairs, on the proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council laying down harmonised rules on artificial intelligence (Artificial Intelligence Act) and amending certain Union Legislative Acts [COM(2021)0206 – C9-0146/2021 – 2021/0106(COD)], 2.3.2022. Autor: Axel Voss.

2022.<sup>62</sup> Esta Proposta de Regulamento conduz à necessidade de equacionar de que forma a mesma poderá afetar a autonomização dos serviços jurídicos e, em concreto, as ferramentas *LawTech* destinadas ao utilizador final, ou seja, as ferramentas B2C.

Desde logo, deve mencionar-se a definição de “inteligência artificial” que a Proposta de compromisso de 29 de novembro de 2021 modificou de forma a reduzir o seu âmbito. Em particular, excluiu os sistemas de *software* mais tradicionais e a programação.<sup>63</sup> Ainda assim, de acordo com a lista de técnicas e abordagens do Anexo I que se compreendem dentro do seu conceito, um amplo espectro de aplicações *LawTech* continuam a estar abrangidas. Afinal, o recente parecer de Axel Voss, de 2 de março de 2022, apoiado pelo parecer da Comissão da Indústria, Investigação e Energia, de 2 de março de 2022, reduziu, todavia, mais o âmbito de aplicação, centrando-o naqueles sistemas que necessitam de dados para o seu funcionamento, ou seja, que assentam em técnicas de *machine e deep learning*. Neste sentido, eliminaram-se as secções do Anexo I e manteve-se o primeiro tópico.<sup>64</sup> A maioria de ferramentas *LawTech* baseiam-se nessas técnicas.

A Proposta aborda, em primeiro lugar, toda uma série de práticas que considera proibidas (artigo 5.º, n.º 1) ao visar distorcer o comportamento de uma pessoa de forma a causar-lhe um dano físico ou psicológico ou a outra pessoa [alínea a)], explorar vulnerabilidades de grupos específicos em razão da idade ou da incapacidade ou pela sua situação social ou económica com a finalidade de distorcer o seu comportamento, provocando, a uma pessoa que pertence a esse grupo ou a outro, um dano físico ou psíquico [alínea b)] ou o *social scoring* pelas autoridades públicas e pelos particulares [alínea c)]. Neste excerto, o texto de compromisso de 29 de novembro de 2021 amplia o âmbito de aplicação inicial do artigo 5.º, que se referia exclusivamente às autoridades públicas, incluindo também os particulares. Definitivamente, trata-se de um impacto negativo na saúde, segurança e nos direitos fundamentais dos indivíduos.

Das distintas ferramentas inteligentes aplicadas à prática jurídica, cujo destinatário é o utilizador final, parece que só aquelas que impliquem classificar ou avaliar as pessoas atribuindo-lhes uma pontuação ou para o estabelecimento de perfis são práticas que deveriam considerar-se proibidas,<sup>65</sup> caso originem os danos referidos.

Ademais, há outras normas que são aplicáveis, como o RGPD e a legislação relativa a práticas comerciais desleais.<sup>66</sup> Por outro lado, a futura legislação *Digital Markets Act* (DMA)<sup>67</sup> estabelece limitações e proibições em relação às plataformas de intermediação que travaram a recombinação de dados procedentes de diferentes fontes. Isto provocará indiretamente a diminuição, senão mesmo a supressão, dos perfis e do envio de publicidade comportamental em linha.

<sup>62</sup> Draft Opinion of the Committee on Industry, Research and Energy, PA\1250560EN.docx.

<sup>63</sup> Considerando n.º 6 da Proposta de compromisso do regulamento sobre a inteligência artificial, tornada pública a 29 de novembro de 2021 – *Presidency compromise text*.

<sup>64</sup> Esta mesma linha é seguida pelo Comité da indústria, da investigação e da energia no seu parecer emitido. Assim, o artigo 3.º, n.º 1 da Proposta de regulamento passaria a estar redigido da seguinte forma: ‘*artificial intelligence system*’ (AI system) means a machine-based system that can for a given set of human-defined objectives, make predictions, recommendations, or decisions influencing real or virtual environments; AI systems can be designed to operate with varying levels of autonomy and can be developed with one or more of the techniques and approaches listed in Annex I.

<sup>65</sup> Ch. Engelmann *et. al.*, “Regulierung von Legal Tech”, 321.

<sup>66</sup> Directiva 2005/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de maio de 2005, relativa às práticas comerciais desleais das empresas face aos consumidores no mercado interno.

<sup>67</sup> Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on contestable and fair markets in the digital sector (Digital Markets Act), COM/2020/842 final.

Por outro lado, poderiam considerar-se alguma das *LawTech tools* sistemas de inteligência artificial de “alto risco” (artigo 6.º)? A Proposta contempla, por um lado, os sistemas de inteligência artificial que são componentes de segurança de outros bens e, por outro lado, os sistemas de inteligência artificial em si mesmos considerados; também conhecidos como “*stand-alone-AI systems*”. O caso que estou a tratar corresponde ao último caso.

Para que sejam considerados de “alto risco”, têm de cumprir três condições, segundo o artigo 6.º, na versão dada a 2 de março de 2022: 1) o sistema tem de estar coberto pela legislação que se pretende harmonizar com a nova proposta (“*New Legislative Framework*”, NLF),<sup>68</sup> cuja concretização surge no Anexo II; 2) o sistema demanda a conformidade por um terceiro antes de se introduzir no mercado, de acordo com a legislação que se pretende harmonizar. Pois bem: da leitura do Anexo II da Proposta resulta que as ferramentas *LawTech* não se encontram compreendidas. Assim, de acordo com aquele, não poderiam considerar-se sistemas de alto risco; 3) estes sistemas de alto risco devem aplicar-se em âmbitos determinados que se mencionam no Anexo III sempre que prossigam uma finalidade específica (*intended use*), e não aos de carácter geral, de acordo com a modificação introduzida no dia 29 de novembro de 2021. É de se ter em conta que, juntamente com as ferramentas tecnológicas aplicáveis ao mundo da advocacia, existem outras que podem aplicar-se ao longo do processo judicial e que podem agrupar-se no âmbito da terminologia “*e-Justice*” ou “*smart justice*”.<sup>69</sup>

No âmbito mencionado em último lugar, o oitavo ponto diz respeito à “Administração da justiça e processos democráticos” e, dentro do mesmo, compreendem-se os “[s]istemas de IA concebidos para auxiliar uma autoridade judiciária na busca, na investigação e na interpretação de factos e do direito e na aplicação da lei a um conjunto específico de factos”. Portanto, as ferramentas inteligentes que se aplicam, atualmente, no âmbito da advocacia ficariam de fora do seu âmbito.

Não me parece que a área relativa à “*administração da justiça e processos democráticos*” possa interpretar-se num sentido tão amplo como aquele que compreende os “produtos jurídicos” automatizados que abordo.<sup>70</sup> Sem prejuízo, seria desejável que se incluíssem neste âmbito, tendo em conta que muitas destas ferramentas usam a técnica de *machine learning* e o processamento de linguagem natural. Para tanto, são mantidas e alimentadas através de dados, o que pode conduzir a que se produzam *out-puts* tendenciosos que afetem os direitos fundamentais dos cidadãos (artigo 10.º da Proposta europeia).<sup>71</sup> Este tipo de *LawTech tools* deveria considerar-se de “risco elevado”.

<sup>68</sup> O NLF compreende as seguintes normas: o Regulamento (CE) 765/2008, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 9 de julho de 2008, que estabelece os requisitos de acreditação e fiscalização do mercado relativos à comercialização de productos (JOUE L 218 de 13.8.2008), a Decisão 768/2008/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 9 de julho de 2008, relativa a um quadro comum para a comercialização de productos (JOUE L 218 de 13.8.2008) e o Regulamento 2019/1020, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de junho de 2019, reativo à fiscalização do mercado e à conformidade dos produtos e que altera a Diretiva 2004/42/CE e os Regulamentos 765/2008 e 305/2011 (JOUE L 169, de 25.6.2019).

<sup>69</sup> R. Susskind, *Online Courts and the Future of Justice* (Oxford: Oxford University Press, 2019), 253 ss; S. Barona Vilar, *Algoritmización del Derecho*, 610 ss.

<sup>70</sup> Em contrapartida, porém, deveria ampliar-se para também abranger os mecanismos alternativos de resolução de disputas em linha.

<sup>71</sup> Esta disposição sofreu recentemente algumas alterações fruto do texto de compromisso tornado público a 13 de janeiro de 2022 [*Interinstitutional File*: 2021/0106(COD)].

Sem sombra para dúvidas, aqueles sistemas de inteligência artificial que se começam a utilizar nos tribunais para, por exemplo, perante uma grande quantidade de casos, decidir quais merecem ser admitidos e quais não deverão sê-lo, para prever o risco de reincidência perante determinados delitos ou, até, para redigir a sentença devem ser qualificados como sendo de “risco elevado”. Nestes casos, se o sistema, que presumivelmente aplicará a técnica de *machine learning*, não se alimenta com dados de qualidade, poderá determinar, por exemplo, uma degenerescência do acesso à justiça a um determinado setor da população (distorcidos) ou que se emanem sentenças “injustas” (*due process*). Aqui, o impacto nos direitos fundamentais, tais como o direito a uma tutela jurisdicional efetiva, à presunção de inocência, o direito à defesa, o direito a um juiz imparcial e independente, entre outros, conduz à afirmação que este concreto tipo de sistemas deveria ser considerado de “risco elevado”<sup>72</sup> ou, inclusivamente, prática proibida como seria o estabelecimento de perfis de risco da população reclusa.

Assim, *o que sucede quando existe incerteza se um sistema de inteligência artificial se aplica ou não em alguma das áreas referidas no Anexo III? Este poderia suceder com algumas LegalTech tools.* A resposta é oferecida pela Comissão de Indústria, Investigação e Energia, no seu parecer de 3 de março de 2022. Com efeito, propõe-se introduzir, no artigo 6.º, n.º 2 da Proposta, um parágrafo em que se estabeleça que, nestes casos, basta que o fabricante do sistema indique que o seu uso pode afetar os direitos fundamentais de uma pessoa para que o sistema se considere de risco elevado e que se apliquem as normas correspondentes.

Por outro lado, deve questionar-se se, no que diz respeito a ferramentas tecnológicas para os utilizadores finais, se pode aplicar, por um lado, o artigo 52.º da Proposta, no qual se estabelecem deveres de transparência a respeito de “certos” sistemas de inteligência artificial quando se relacionam com o utilizador final, isto é, com o consumidor. Neste caso, seriam consideradas ferramentas de “baixo risco”. A respeito destas, o fornecedor do serviço deve informar o utilizador final de que está a interagir com um sistema de inteligência artificial e não com uma pessoa, salvo se tal resulte óbvio das circunstâncias do caso. Por outro lado, em relação a sistemas de inteligência artificial que são de “baixo risco”, o artigo 69.º da Proposta pretende que se potencie a elaboração de códigos de conduta onde se estabeleça o cumprimento voluntário dos requisitos estabelecidos no Título III, Capítulo 2 da Proposta, ou seja, aqueles que devem ser observados por um sistema de inteligência artificial de “risco elevado”, tendo em conta a finalidade que se persegue ao introduzir no mercado esse sistema de baixo risco. Neste sentido, dever-se-ia estabelecer um sistema de gestão de risco. Se o sistema usa *machine learning*, os *data set* devem reunir uma série de requisitos de qualidade, reconhecidos no artigo 10.º da Proposta, para que os dados sejam de “elevada qualidade”, de forma a que se reduza sensivelmente o número de erros e de tendências discriminatórias. A necessidade de se reduzirem os erros e as tendências discriminatórias na medida do possível – reconhecendo que a sua eliminação absoluta não é possível – aparece já nos textos de compromisso de 29 de novembro de 2021 e de 13 de janeiro de 2022. Ademais, deverão documentar-se as especificações técnicas (artigo 11.º), incorporar-se um mecanismo que registe os movimentos do sistema (artigo 12.º), conferir informação transparente aos utilizadores (artigo 13.º), que não sejam consumidores, mas que usam, sob a sua autoridade, o sistema (artigo 3.º, n.º 4), mediante supervisão humana (artigo 14.º) e observando as demandas de previsibilidade, robustez e cibersegurança (artigo 15.º).

<sup>72</sup> Ch. Engelmann *et. al.*, “Regulierung von Legal Tech”, 318 ss; J. Nieva Fenoll, *Inteligencia artificial*, 127 ss.

Assim, tendo em mente algumas das ferramentas inteligentes referidas, parece que o cumprimento voluntário destes requisitos é certamente importante.

Uma questão que a Proposta europeia não resolve prende-se com as situações de um sistema de IA (no nosso caso, uma ferramenta *LawTech*) que possua funcionalidades que seriam próprias de um sistema de “alto risco” juntamente com outras que são mais adequadas a um sistema de “baixo risco”. Ou seja, um sistema de IA misto: quais os requisitos aplicáveis? Prevaecem as normas relativas aos sistemas de risco elevado? Esperemos que estes e outros aspetos venham a receber resposta ao longo da tramitação legislativa.

## VI. Conclusão. Novos desafios para a advocacia do futuro

Deve destacar-se que a utilização de ferramentas *LawTech*, para prestar “informação jurídica” automatizada ao consumidor, reforça a sua proteção na medida em que amplos setores da população podem fazer valer os seus direitos a um custo próximo de zero, facilitando o acesso à justiça ou a outros mecanismos de resolução alternativa de litígios que, sem a existência de ferramentas “inteligentes”, não seria possível ou, sendo-o, determinaria um custo excessivo. Como manifestei no início deste texto, todo este processo de transformação está a conduzir a que, ainda que os “serviços jurídicos” sejam necessários, nem sempre o serão os advogados, na medida em que podem ser facultados por outros atores do mercado com a mesma ou maior qualidade e eficiência.<sup>73</sup>

O novo cenário da prática jurídica necessariamente deve ir acompanhando, mais cedo do que tarde, a liberalização do mercado jurídico para permitir que outros atores possam nele participar. Na sua vez, isto vai determinar a revisão do estatuto geral da advocacia e do seu código deontológico.

Outro resultado desta transformação será o surgimento de novos trabalhos para os advogados que deverão ter formação em tecnologia ou para técnicos sensíveis ao direito. Será mais procurado o engenheiro com conhecimentos jurídicos (que representa as normas jurídicas através do código binário), o técnico jurídico (que cobre o hiato entre a prática jurídica e a administração da justiça e a tecnologia), o analista de processos legais (que separa os casos, as disputas em tarefas que podem automatizar-se, decidindo que prestador pode oferecer um melhor serviço em relação a cada uma delas), o gestor de projetos legais (que controla o processo de decomposição legal e *outsourcing* que tenha sido executado pelo analista de processos legais), o especialista de resolução alternativa de litígios em linha, o desenhador legal ou o analista de riscos legais do que o advogado tradicional. Por seu lado, os empregadores já não serão tanto os escritórios de advogados, mas as empresas tecnológicas, prestadores de *know-how* jurídico, *outsourcers* de processos legais, empresas de finanças globais e tantos outros.<sup>74</sup> Uma futura lei de serviços e de ordens profissionais deveria ter em conta a digitalização dos serviços, na qual os serviços jurídicos, como se explicou, participam abertamente na atualidade. Não obstante, como passo prévio, a reforma dos planos de estudo das licenciaturas em Direito e da formação tendente ao exercício da Advocacia, visando a inclusão de novos conhecimentos (em tecnologia, gestão empresarial e em inovação), se reputa essencial.

<sup>73</sup> Rebeca L. Sandefur, “Access to What?”, *Daedalus, the Journal of the American Academy of Arts & Sciences*, v. 148, no. 1 (Winter, 2019): 49-55.

<sup>74</sup> Susskind, R., *Tomorrow's Lawyers. An Introduction to Your Future* (2a. ed., Oxford: Oxford University Press, 2017), 133 ss; “Abogacía Futura 2021: Prospectiva de negocio emergente”, Abogacía Española Consejo Geral, acesso em 02.04.2022, <https://www.abogacia.es/publicaciones/informes/otros-informes/abogacia-futura-2021-prospectiva-de-negocio-emergente/>.

## Assinatura Digital: conceito e riscos futuros\*

Francisco C.P. Andrade\*\*

O conceito de assinatura não está definido na lei portuguesa. Em termos gerais, a assinatura é uma forma de identificar alguém e mostrar o seu acordo com um determinado facto, objecto ou conteúdo. A assinatura aparece como um símbolo que alguém usa ou executa com a intenção real de autenticar uma mensagem.<sup>1</sup> E a doutrina clássica define uma assinatura como um sinal distintivo, próprio do autor da assinatura, pelo qual a própria pessoa se torna conhecida perante outros. Portanto, a admissibilidade de uma assinatura não manuscrita deve ser considerada tendo em conta uma análise funcional da assinatura.<sup>2</sup> Ou seja, a assinatura deve ser “uma marca estritamente pessoal e indubitavelmente distintiva, de tal forma que certifique sem dúvida a vontade da pessoa que a assina com ela.”<sup>3</sup>

\* Texto elaborado sem submissão às regras do “Acordo Ortográfico”.

\*\* Professor Auxiliar na Escola de Direito, Diretor do Mestrado em Direito e Informática da Universidade do Minho, Investigador do JusGov. fandrade@direito.uminho.pt.

<sup>1</sup> “A assinatura tradicional deve ser (1) um símbolo; (2) executada ou adoptada; (3) por uma parte; (4) com intenção presente; (5) para autenticar; (6) um escrito”, John P. Fischer, “Computers as agents: a proposed approach to revised U.C.C. article 2”, *Indiana Law Journal*, v. 72, no. 2 (Spring, 1997). Esta declaração pode ser adaptada tendo em conta a utilização de uma “assinatura” electrónica por um agente de software? [quanto a esta questão cfr. Francisco Andrade, “Assinatura Electrónica para ‘agentes’ de software?”, in *Estudos de Homenagem ao Professor Doutor Heinrich Ewald Horster* (Coimbra: Almedina, 2012), 565-581]. Quanto à utilização de *token(s)* e autenticação, não parece haver qualquer problema. Mesmo que sejam utilizados mecanismos de encriptação, há uma utilização de símbolos que asseguram uma autenticação real (mesmo que esta autenticação diga respeito ao agente electrónico). Quanto à execução por uma parte, também não há grandes problemas, desde que se entenda o agente electrónico como uma parte real (o que não é problemático, mesmo que se veja o agente de software como um mero convento). Quanto à escrita, é necessário ver o que se entende por escrever em ambientes digitais, entendido no sentido lato, como qualquer coisa que possa ser representada por escrito. Uma questão mais discutível é se existe uma intenção real de autenticar (ver abaixo sobre os estados intencionais dos agentes de *software*). Em qualquer caso, John P. Fischer, op. cit., 567, vai além desta questão ao afirmar que se o agente “tiver exercido a presente intenção do comitente de realizar a tarefa”, então a intenção, mesmo que referida ao comitente, estará presente como a intenção de que o agente realize o processo de autenticação. Cf. John P. Fischer, op. cit. Mas é claro que a questão é complicada quando o agente electrónico autentica mensagens sem o conhecimento do comitente. Neste caso, surgem duas hipóteses: ou entendemos o agente como um mero “núncio”, e o principal “queria realmente” que o agente electrónico processasse a mensagem e, conseqüentemente, a autenticasse - o que pode ser entendido como parte das instruções do utilizador -, ou devemos considerar o agente como tendo uma vontade própria e, em última análise, como capaz de agir autonomamente em nome do principal. (Ver abaixo sobre a questão da representação). Em qualquer caso, John P. Fischer acaba por considerar que se um agente de software autenticar (“assinar”) um documento, deve presumir-se que está a agir em nome da verdadeira intenção do mandante. Cf. John P. Fischer, op. cit. acima, 569.

<sup>2</sup> “Важно обеспечить так называемый”функционально-эквивалентный” подход к бумажной и безбумажной документации”, Вершинин А П, “Электронный документ: правовая форма и доказательство в суде” Городец, Москва, 2000, стр. 31. (“É assim importante assegurar a chamada equivalência funcional de papel e documentação sem papel”, cf. A. P. Vershinin, “Documento electrónico: forma jurídica e força probatória em tribunal”, Gorodets, Moscovo, 2000, 31).

<sup>3</sup> Alain Bensoussan, *Les Telecommunications et le droit (Memento-Guide Alain Bensoussan)* (Paris: Hermès, 1992), 183.

Vincent Gautrais,<sup>4</sup> referindo-se à assinatura, diz-nos que esta tem essencialmente duas funções principais: a identificação do signatário e a manifestação da sua vontade.<sup>5</sup>

Mas a ideia de assinatura electrónica, porque normalmente é aplicada a formas de contacto e contratação a longa distância, apela necessariamente a um conteúdo funcional mais amplo do que o da assinatura manuscrita tradicional. Assim, como mencionado pelo Carlos Vattier Fuenzalida,<sup>6</sup> a assinatura electrónica permite ao receptor dos dados transmitidos por meios electrónicos não só verificar a origem da mensagem (autenticação da origem dos dados e identificação do remetente, como garantia da autenticidade do documento),<sup>7</sup> mas também para verificar que a mensagem transmitida é efectivamente originada pelo Autor e que não foi alterada de forma alguma (garantia da integridade do documento)<sup>8</sup> e, dependendo do método de assinatura electrónica adoptado, eventualmente até garantir o que a doutrina anglo-saxónica chama “não repúdio” de mensagens, ou seja, garantir que a parte que envia uma mensagem não pode mais tarde alegar que não a enviou. Além disso, na troca electrónica de mensagens é também importante assegurar a “confidencialidade das mensagens”, ou seja, a garantia de que não serão acedidas por “pessoas não autorizadas”.<sup>9</sup> Não esqueçamos que, na comunicação electrónica, as mensagens trocadas entre duas partes viajarão normalmente um caminho mais ou menos longo, através de diferentes servidores e portas de comunicação, razão pela qual é muito importante assegurar um elevado nível de segurança na troca de mensagens.

Dito isto, devemos distinguir o conceito de assinatura electrónica do conceito de assinatura digital. Este último é um conceito mais restrito, referindo-se à utilização de técnicas criptográficas<sup>10</sup> para a transmissão de dados,<sup>11</sup> permitindo não só a identificação do autor da mensagem enviada, mas também provar a sua integridade,<sup>12</sup> enquanto que o conceito de assinatura electrónica é um conceito amplo, que se refere a qualquer método de assinatura de um documento electrónico que seja capaz de identificar o

<sup>4</sup> Vincent Gautrais, “La formation des contrats électroniques”, available at [http://www.droit.umonreal.ca/cours/Ecommerce/\\_textes/formation2000.rtf](http://www.droit.umonreal.ca/cours/Ecommerce/_textes/formation2000.rtf).

<sup>5</sup> Vincent Gautrais, referred: “two fundamental functions are attached to it: the identification of the signatory and his manifestation of will”.

<sup>6</sup> Carlos Vattier Fuenzalida, “En torno a los contratos electrónicos”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, no. 1 (Enero-Febrero, 1999): 75 – 90; 81.

<sup>7</sup> Miguel Pupo Correia, “Assinatura eletrónica e certificação digital – novas tendências”, *Direito da Sociedade da Informação*, v. VIII (Coimbra: Coimbra Editora, 2009), 155-187.

<sup>8</sup> Miguel Pupo Correia, *idem*.

<sup>9</sup> Miguel Pupo Correia, *idem*.

<sup>10</sup> Estas técnicas têm a vantagem de poderem ser utilizadas tanto no caso de contratação electrónica interpessoal (assinatura digital utilizada por pessoas singulares - humanos) como no caso de contratação electrónica inter-sistémica, nomeadamente no caso de contratação entre agentes inteligentes de software; neste caso, “a identificação de agentes em MVs” (Mundos Virtuais) “através da utilização de ferramentas criptográficas, dando origem a esquemas de identificação que são de extrema relevância para os sistemas CE” (Comércio Electrónico). “A identificação dos agentes é feita a partir do nome, código e chave dos predicados, ou seja, “o nome do agente, o código do agente que o identifica univocamente na comunidade a que pertence, e uma chave criptográfica que serve de referência para esquemas gerais de identificação”, cfr. Luís Brito e José Neves, “A execução paralela em sistemas multiagente: comunicação, distribuição, coordenação e coligação”, Grupo de Inteligência Artificial, Departamento de Informática, Universidade do Minho. Contudo, a utilização de assinaturas digitais por “agentes” de software, o que é tecnicamente possível, não está prevista no nosso sistema legal. E o Regulamento eIDAS (Reg. 910/2014) prevê mesmo expressamente (artigo 3.º n.º 9) que só uma pessoa singular pode ser signatária.

<sup>11</sup> A utilização de mensagens autenticadas depende da capacidade de determinar, com absoluta certeza, a sua origem; ou seja, em ambientes de rede fechada (normalmente com ligações específicas ponto-a-ponto) é possível determinar a origem; por outro lado, em ambientes abertos, como a Internet, a utilização de ferramentas criptográficas é essencial. Luís Brito e José Neves, *op. cit.*

<sup>12</sup> Sobre a diferença entre assinatura electrónica e assinatura digital, ver Erica Brandini Barbagalo, *Contratos electrónicos* (São Paulo: Editora Saraiva 2001).

seu autor. Além disso, o conceito de assinatura electrónica inclui também outros tipos de requisitos, tais como a necessidade de assegurar a integridade, autenticidade, não repúdio e mesmo confidencialidade das mensagens.<sup>13</sup>

O Conselho da União Europeia, na sua Posição Comum 28/99, aprovada em 28 de junho de 1999,<sup>14</sup> distingue entre os termos “assinatura electrónica” e “assinatura digital”.<sup>15</sup> Na realidade, o primeiro termo é mais amplo do que o segundo (que na realidade é apenas um subtipo específico de assinatura electrónica). Por outro lado, e não menos importante, ao falar de “assinatura electrónica”, estamos a abordar a questão da assinatura em ambientes virtuais de uma forma mais tecnologicamente neutra.<sup>16</sup>

A assinatura electrónica digital - assim chamada porque permite identificar a parte que emite a mensagem, utilizando o modo electrónico<sup>17</sup> e a chamada linguagem binária, em que todos os dados são codificados por uma combinação de apenas dois estados ou situações possíveis, 0s e 1s,<sup>18</sup> é uma função matemática do conteúdo da mensagem, que permite identificar o emissor e autenticar o conteúdo. Para ser considerada uma assinatura verdadeira, tem de cumprir dois requisitos essenciais: identificar o autor do documento e “garantir” razoavelmente a sua aceitação e concordância com o conteúdo. Relativamente à assinatura electrónica digital, duas questões primárias devem agora ser analisadas: o problema de segurança (é fácil, ou pelo menos razoavelmente possível, forjar uma assinatura digital, o que permitiria a uma pessoa tentar imitar outra pessoa e, conseqüentemente, contratar utilizando o seu nome ou identificação electrónica?); o problema legal (quando a lei exige que um documento seja datado e assinado, é possível, de forma juridicamente válida, utilizar documento electrónico e assinatura digital?) A resposta à primeira pergunta requer uma análise mais aprofundada dos principais sistemas ou métodos utilizados nas assinaturas digitais; a resposta à segunda pergunta deve ser obtida através da análise e interpretação da lei.

As assinaturas digitais são obtidas através da utilização de métodos criptográficos. Os mais conhecidos e comumente utilizados são o DES (*Data Encryption Standard*) e o RSA<sup>19</sup> (*Data Encryption Standard*). O método DES requer a utilização de uma chave comum a ser utilizada tanto pelo remetente como pelo receptor e mantida em

<sup>13</sup> Christophe Sorge, “Softwareagenten – Vertragsschluss, Vertragsstrafe, Reugeld”, Universitätsverlag Karlsruhe, 2006, 13.

<sup>14</sup> Erica Brandini Barbagalo, op. cit., 42.

<sup>15</sup> Christophe Sorge, op. cit., 13, nota 7: “Beide Begriffe werden synonym verwendet; in der juristischen Literatur findet sich teilweise jedoch eine Unterscheidung, wonach der Begriff ‘elektronische Signatur’ technologieneutral ist, der Begriff ‘digitale Signatur’ hingegen ausschließlich im Kontext asymmetrischer Kryptographie verwendet wird” (Ambos os conceitos são utilizados como sinónimos; contudo, na literatura jurídica existe por vezes uma diferenciação, segundo a qual o conceito “assinatura electrónica” é tecnologicamente neutro e o conceito “assinatura digital”, pelo contrário, só é utilizado no contexto da criptografia assimétrica).

<sup>16</sup> Jos Dumortier e Sofie Van den Eynde, “De juridische erkenning van de elektronische handtekening”, available at <http://www.law.kuleuven.ac.be/icri/publications/72EH-computerrecht-juli2001.pdf#where,2:> “‘Het begrip ‘elektronische handtekening’ in juridische zin is technologieneutral” (A noção de “assinatura electrónica” num sentido jurídico é tecnologicamente neutra); também Dário Moura Vicente, *Direito Internacional Privado - Problemática Internacional da Sociedade da Informação* (Coimbra: Almedina, 2005), 19, refere que “na disciplina jurídica (...) deve certamente ser observado um princípio de neutralidade tecnológica do Direito, que é essencial para a abertura do sistema jurídico à inovação tecnológica”.

<sup>17</sup> Chris Reed, *Computer Law* (Oxford: Blackstone Press Limited, 1990), 268: “as a stream of digital information”.

<sup>18</sup> Andy Sloane, *Computer communications – Principles and business applications* (New York: McGraw-Hill Book Company, 1994), 17.

<sup>19</sup> Assim nomeado com o nome das iniciais dos seus inventores: Rivers, Shamir e Adleman, ver Chris Reed, op. cit., 268.

segredo de qualquer terceiro.<sup>20</sup> Esta chave é utilizada para “desmontar” ou codificar a mensagem de tal forma que se torna quase “impossível” descodificar a mensagem sem utilizar a chave. A utilização deste método pressupõe que a mensagem é encriptada<sup>21</sup> e desencriptada utilizando a mesma chave. Isto só pode significar que existe uma probabilidade muito elevada de que a mensagem só possa ter sido enviada por um ou outro dos titulares das chaves.<sup>22</sup> No entanto, este sistema DES, apesar da sua fiabilidade, tem a enorme desvantagem de não provar a origem exacta da mensagem. Se a mensagem fosse alterada por um dos titulares das chaves, tal alteração seria extremamente difícil de detectar, e possivelmente acabaríamos numa situação em que haveria duas mensagens diferentes, cada uma supostamente autêntica.<sup>23</sup> Portanto, este método não garante uma autenticação suficiente das mensagens,<sup>24</sup> ou seja, não inclui uma assinatura real! Muito mais eficaz é o método RSA, que utiliza as chamadas chaves assimétricas. Neste sistema, cada agente ou operador detém duas chaves, uma privada - conhecida apenas por ele - e uma pública, que terceiros conhecem ou têm a possibilidade de conhecer,<sup>25</sup> uma vez que o remetente pode comunicar a sua chave pública directamente ao receptor ou, indirectamente, através da utilização de um terceiro de confiança: o chamado “notário electrónico”.<sup>26</sup> A mensagem é encriptada com a chave privada do remetente e desencriptada com a chave pública - pelo que o receptor não tem qualquer possibilidade de encriptar novamente a mensagem. Além disso, a assinatura digital é criada adicionando à mensagem um algoritmo específico, o chamado “hash”, um algoritmo que permite encriptar a mensagem, transformando-a num determinado resultado, uma sequência única de *bits*.<sup>27</sup> “Uma vez recebida a mensagem, o destinatário descodifica-a, utilizando a chave pública, e obtém a sequência de bits gerada pela aplicação do algoritmo hash.”<sup>28</sup> Ao submeter a sequência recebida ao mesmo

<sup>20</sup> “Symmetric key systems include, for example, protecting a document with a user password. While asymmetric systems utilize separate keys for encryption and decryption. The key for encryption is normally public, while the one for decryption is held private by the user or by a third-party (e.g., an escrow). Nathan Saper, “International Cryptography Regulation and the Global Information Economy”, *NW. J. TECH. & INTELL. PROP.*, v. 11 (2013): 673, 674-77.

<sup>21</sup> “Encryption is, at its essence, the process of transforming readable information so that it is not immediately recognizable”, D. Richard Kuhn et al., “Nat’l Inst. of Standards & Tech.”, *Introduction to Public Key Technology and the Federal PKI Infrastructure*, v. 9 (2001), <https://apps.dtic.mil/sti/pdfs/ADA394230.pdf>.

<sup>22</sup> “Strong evidence that it could have emanated only from one or other of the keyholders”, cfr. Chris Reed, op. cit. 268.

<sup>23</sup> Chris Reed, *idem*.

<sup>24</sup> Pelo menos no sentido apontado por Peter Jones e David Marsh, “Essentials of EDI Law” (UK Edition), Electronic Data Interchange Council of Canada, 1993, 37. Para estes autores, a autenticação terá o sentido de “identify oneself as the party originating, authorizing, acknowledging or agreeing to stated information through the use of physical, photographic, electronic, magnetic or optical means including personal signature or such other means as may be prescribed by regulation or agreed upon with the other party or government agency concerned”.

<sup>25</sup> O remetente pode comunicar a sua chave pública directamente ao receptor ou, indirectamente, através da utilização de um terceiro de confiança: o chamado “notário electrónico”, cfr. Lorenc Huguet Rotger e Guillermo Alcover Garau, “Seguridad en la transmisión electrónica: validez jurídica”, in *Encuentros sobre Informática y Derecho 1994-1995* (Navarra: Aranzadi Editorial, 1995), 131-136.

<sup>26</sup> Lorenc Huguet Rotger e Guillermo Alcover Garau, op. cit., 131-136. O que não significa que com a expressão “notário electrónico” estejamos a referir-nos a um verdadeiro notário, mas sim à intervenção das chamadas “entidades certificadoras”. Relativamente às questões relacionadas com as relações entre notários e serviços telemáticos, cfr. a interessante obra *Notariado y Contratación Electrónica* (Madrid: Colegios Notariales de España, Consejo General del Notariado, 2000).

<sup>27</sup> Erica Brandini Barbagalo, op. cit., 43 e 44.

<sup>28</sup> Christoph Sorge, op. cit., 15: “An eine kryptographische Hash-Funktion werden zusätzlich drei Anforderungen gestellt: Es muss sich um eine Einweg-Funktion handeln, d.h. es darf nicht effizient möglich sein, zu einem gegebenen Funktionswert (Hash-Wert) ein Urbild zu bestimmen. Es darf nicht effizient

*algoritmo, ele pode verificar a integridade da mensagem*". Isto torna possível assegurar não só que a mensagem foi efectivamente enviada pelo remetente (e não por algum hacker que possa ter interceptado a mensagem), mas também que a mensagem foi recebida tal como foi enviada, sem qualquer modificação após o seu envio. A mensagem é encriptada com a chave privada do remetente e descriptada com a chave pública - o receptor não tem forma de recriptar a mensagem e obter a chave privada a partir da chave pública.<sup>29</sup> Isto torna possível assegurar não só que a mensagem teve realmente origem no remetente, mas também que a mensagem foi recebida tal como foi enviada, sem qualquer outra modificação após o seu envio. O método RSA é assim capaz de preencher todos os requisitos de uma assinatura real, oferecendo ao mesmo tempo um nível de segurança que torna a falsificação muito mais difícil do que com assinaturas manuscritas.

O autor russo Filipov<sup>30</sup> refere-se às próprias bases matemáticas da utilização da Assinatura Digital Electrónica nos seguintes termos: "A base da definição matemática do DEA (Assinatura Digital Electrónica) baseia-se na noção de "função unilateral com segredo", introduzida em 1975 pelos matemáticos americanos W. Diffy e M. E. Helman. A função unilateral é chamada de função F, que tem as seguintes propriedades: para qualquer chave secreta k e para qualquer assinatura s é bastante fácil calcular o significado da função F (durante um período de tempo razoável); além disso, para calcular o significado da mensagem m, sabendo s, não é obrigatório saber a chave k; se a chave secreta k for desconhecida, é impossível, ou pelo menos muito difícil (durante um período de tempo razoável) encontrar a chave k, mesmo sabendo s (assinatura) e m (mensagem); se a chave secreta k for conhecida, é bastante fácil (durante um tempo aceitável) calcular s (assinatura), sabendo m (mensagem) já dada. A justificação para a utilização de funções unilaterais para sistemas AED é que o documento assinado pelo DAE é considerado como números m e s, quando m é uma mensagem (por exemplo, informação em formato electrónico) e s é a assinatura obtida através da resolução da equação  $F(k, s)=m$ , na qual F é uma função unilateral conhecida por todos os participantes na troca de documentação electrónica e k é a chave secreta. Conhecendo a chave secreta, o seu titular pode assinar o documento em qualquer altura, e como a chave aberta (a própria função F) é conhecida por todos os utilizadores do sistema informático, cada um deles pode verificar a autenticidade da assinatura. Além disso, as

---

*möglich sein, zu einer gegebenen Nachricht eine zweite zu finden, der der gleiche Hash-Wert zugeordnet wird (schwache Kollisionsresistenz). Es darf nicht effizient möglich sein, zwei Nachrichten zu konstruieren, die auf den gleichen Hash-Wert abgebildet werden (starke Kollisionsresistenz)*". Deve ser uma função de sentido único, ou seja, não deve ser possível determinar eficazmente a imagem original de um determinado valor da função (valor *Hash*). Não deve ser possível, de forma eficiente, encontrar, para uma dada mensagem, uma segunda mensagem que tenha o mesmo valor de *Hash* (resistência à colisão fraca). Pode não ser possível construir eficazmente duas mensagens que sejam representadas pelo mesmo valor de *Hash* (resistência à colisão elevada).

<sup>29</sup> No entanto, com a computação quântica há um risco de tal inversão: A primeira vulnerabilidade deriva da exposição de chaves públicas após a realização de transacções. Uma vez exposta uma chave pública, a contrapartida da chave privada corre o risco de ser furtada com algoritmos quânticos. Brian Seamus Haney, "Blockchain: post-quantum security and legal economics", N.C. Banking Inst., no. 24, issue 1 (2020). Isto é confirmado pelo Royal Society Open Science Report: "According to a Royal Society Open Science Report": "quantum computers are capable of deducing the private key from a formerly revealed public key with little effort", *R. Soc. Open Sci.*, no. 6, at 3 (June 1, 2018), <http://dx.doi.org/10.1098/rsos.180410> [<https://perma.cc/U47R-5KZB>].

<sup>30</sup> Filipov, A. P. (Филипов А. П.), "Подтверждение подлинности авторства (источника) информации, передаваемой с помощью средств Интернет" in *Правовые аспекты использования ИНТЕРНЕТ- ТЕХНОЛОГИЙ* (Москва: Книжны мир, 2002), 106-128 ["Autenticação de autoria (fonte) de informação transmitida através da Internet", in *Aspectos legais da utilização de Tecnologias da internet*" (Moscou: Knijni Mir, 2002), 106-128].

pessoas que não conhecem a chave secreta não podem calcular  $k$  ou assinar o documento electrónico. Caso a informação seja falsificada devido à transmissão de dados através dos canais de ligação, o significado do DAE muda e a assinatura torna-se nula. Uma vez que a quantidade de documentos electrónicos transmitidos pode ser bastante grande, e para não utilizar grandes números, a assinatura é calculada não para a própria mensagem  $m$ , mas para um número de um determinado comprimento, obtido a partir de  $m$  através da aplicação de uma função especial chamada *hash*. Assim, o sistema AED contém três algoritmos: o algoritmo do *hash* (a transformação do documento num número duplo de um determinado comprimento), o algoritmo para a elaboração da assinatura digital no final do documento, e o algoritmo de verificação da assinatura.

No entanto, este paradigma poderá em breve estar em risco de ser comprometido devido a desenvolvimentos no campo da criptografia quântica.<sup>31</sup> Apesar das dificuldades encontradas para uma utilização generalizada da criptografia quântica<sup>32</sup> e considerando que é pouco provável que esta tecnologia esteja disponível para uma utilização generalizada num futuro próximo,<sup>33</sup> algumas grandes empresas,<sup>34</sup> para além de estados poderosos,<sup>35</sup> têm vindo a desenvolver projectos ambiciosos neste campo. Esta situação pode, de facto, criar desigualdades evidentes entre indivíduos, entre indivíduos e empresas, e mesmo entre estados.<sup>36</sup> A segurança dos sistemas de identificação electrónica, a protecção dos dados pessoais e a segurança das infra-estruturas de comunicação podem estar em risco.<sup>37</sup> Por conseguinte, é pertinente questionar a necessidade de regulamentação na utilização destas tecnologias.<sup>38</sup> Juristas e engenheiros informáticos têm pela frente uma imperiosa

<sup>31</sup> No entanto, é importante distinguir entre Criptografia Quântica e Criptografia Pós-Quântica : “*It is important to make a distinction between Post-Quantum Cryptography (PQC) and Quantum Cryptography. PQC is about designing cryptographic solutions that can be used by today’s [non-quantum] computers and that we believe are resistant to both conventional and quantum cryptanalysis. On the other hand, Quantum Cryptography is about cryptographic solutions that take advantage of quantum physics to provide certain security services. Quantum Key Distribution (QKD) is a good example of the latter*”, “Post-Quantum Cryptography: current state and quantum mitigation”, ENISA – European Union Agency for Cybersecurity, May 2021, v. 2. Prevê-se que “(...) the quantum computers of the future will be able (probably in the next decade) to break today’s most sophisticated encryption algorithms, entailing serious security problems”, i.e. “data that is securely encrypted today will be easy to decrypt with the quantum computing of the future”. Ver <https://www.digicert.com/resources/industry-report/2019-Post-Quantum-Crypto-Survey.pdf>. Blockchain itself may be subject to obvious vulnerabilities, cf. Brian Seamus Haney, op. cit.

<sup>32</sup> “*The construction and operation of quantum computers involves high costs and expertise*”. “*They require ultrahigh vacuum and ultra low temperatures, they require an ultrahigh vacuum and ultralow temperatures (at times as low as -273.15°C)*”, Valentin Jeutner, “The Quantum Imperative: Addressing the Legal Dimension of Quantum Computers”, *Morals & Machines*, v. 1, issue 1 (2021): 52-59.

<sup>33</sup> Valentin Jeutner, op. cit. 9

<sup>34</sup> “*Google has claimed that its quantum computer can resolve a mathematical problem which would take conventional computers around 10,000 years to complete in less than 4 minutes*”, *idem*.

<sup>35</sup> “*The USA and China are also fighting for dominance in the field with the help of ambitious funding programmes and in close cooperation with private companies such as Google, IBM, Alibaba and Baidu*”, *idem*.

<sup>36</sup> “*This inequality can play out among individuals, between individuals and companies, among companies, between companies/individuals and states, and, on a geopolitical level, among states*”, *idem*.

<sup>37</sup> “*Regulators must ensure that the potential of quantum communication is not used by states and/or non-state actors to undermine existing security infrastructures or data protection*”, *idem*.

<sup>38</sup> “*the establishment of an authority licencing and supervising those entrusted with the development of quantum computers... regulate not (only) the developers but (also) their products by imposing registration requirements on hardware or software*”, *idem*. Para além da necessidade de estabelecer uma regulação no que respeita à exportação de produtos criptográficos quânticos (“... *lawmakers must reassess regulations for the exportation of cryptographic products for the quantum regime*”), Lindsay Rand e Theodore Rand, “The Prime factors of Quantum Cryptography Regulation” August 12, 2021, <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3904342>. “*On the other hand, regulating the use of these technologies also has preventive features: The regulation of quantum computing software will become important in preventing bad actors from taking advantage of quantum computing’s capacity for decryption*”, Michael J. D. Vermeer e Evan D. Peet, *Securing communications in*

necessidade de intervir e acompanhar todo um debate e procura de soluções alternativas que permitam enfrentar os riscos associados à mudança de paradigma da criptografia tradicional para um novo paradigma de criptografia quântica. A convivência entre os dois modelos poderá colocar em sério risco todo o atual sistema técnico e legal que sustenta a utilização dos serviços de identificação eletrônica, tal como enunciados no Regulamento eIDAS (Regulamento 910/2014). As agências europeias já aperceberam a gravidade da situação e o Relatório elaborado pela ENISA<sup>39</sup> constitui uma primeira e importantíssima abordagem na tentativa de mitigar os efeitos do surgimento iminente de utilização de computação quântica quer por parte de Estados quer por parte de empresas.

---

*the quantum computing age: managing the risks to encryption* (Santa Monica, CA: RAND Corporation, 2020), 36-37, [https://www.rand.org/pubs/research\\_reports/RR3102.html](https://www.rand.org/pubs/research_reports/RR3102.html).

<sup>39</sup> “Post Quantum Cryptography – current state and quantum mitigation”, v. 2., ENISA, May 2021.

# Breve incursão sobre a figura dos *Data Intermediation Services* e a sua compatibilidade com o RGPD

*Tiago Sérgio Cabral\**

## 1. Introdução

O presente texto tem como objetivo refletir de forma sucinta as inquietações trazidas para a nossa intervenção na 3.<sup>a</sup> Edição da (*Spring*) *School eUjust*. Como tal, as suas pretensões são sobretudo pedagógicas. Naturalmente, isto não significa que se pretenda sacrificar a problematização científica. No entanto, dada a natureza do texto e a sua subordinação a uma intervenção oral, impõe-se que algumas problemáticas sejam apresentadas de forma meramente introdutória, deixando-se o seu desenvolvimento para outras sedes.<sup>1</sup>

Deste modo, o objetivo deste curto texto será analisar a figura dos *Data Intermediation Services*<sup>2</sup> criada pelo *Data Governance Act*<sup>3</sup> (doravante, “DGA”) e perceber a sua compatibilidade com o ordenamento jurídico da União Europeia a nível de proteção de dados pessoais, nomeadamente com o Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados<sup>4</sup> (doravante, “RGPD”). Esta questão é especialmente pertinente se tivermos em conta que a lógica de partilha de dados em grande escala subjacente aos *Data Intermediation Services* pode, ou pelo menos aparenta poder, entrar em conflito com o RGPD.

Note-se que, à data de redação do presente texto, existia um acordo político entre o Parlamento Europeu e o Conselho, em sede de trílogo, relativamente ao texto do DGA. No entanto, a aprovação formal e final do texto do diploma encontrava-se ainda pendente. Já em fase de pré-publicação da obra associada ao presente artigo, esta aprovação foi finalizada, pelo que o texto foi atualizado/ajustado em conformidade.

Sem prejuízo, devido ao facto de se encontrar ainda pendente a publicação do DGA no Jornal Oficial e na falta de tradução oficial, opta-se por manter as referências à lei em língua inglesa, que foi a língua de negociação do diploma.<sup>5</sup>

---

\* Assistente Convidado na Escola de Direito da Universidade do Minho | Doutorando na Escola de Direito da Universidade do Minho | Advogado na Cuatrecasas. *As opiniões expressas neste artigo são da exclusiva responsabilidade do Autor.*

<sup>1</sup> Por esta razão a bibliografia citada será restrita também ao essencial neste contexto.

<sup>2</sup> Prestadores de serviços de intermediação de dados, em português.

<sup>3</sup> Regulation of the European Parliament and of the Council on European data governance and amending Regulation (EU) 2018/1724 (versão pré-publicação).

<sup>4</sup> Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016, relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados e que revoga a Diretiva 95/46/CE.

<sup>5</sup> Sobre o processo negocial subjacente à adoção de novos diplomas na União Europeia vd. Tiago Sérgio Cabral, “A short guide to the legislative procedure in the European Union”, *UNIO – EU Law Journal*, v. 6, no. 1 (2020): 161-80.

## 2. Relação entre o RGPD e o DGA

É o próprio DGA que tem o cuidado de definir de forma clara a sua relação com o RGPD. No Considerando n.º 4 é referido que *“this Regulation should be without prejudice to Regulations (EU) 2016/679 and (EU) 2018/1725 of the European Parliament and of the Council and to Directives 2002/58/EC and (EU) 2016/6804 of the European Parliament and of the Council and the corresponding provisions of national law, including where personal and non-personal data in a data set are inextricably linked. In particular, this Regulation should not be read as creating a new legal basis for the processing of personal data for any of the regulated activities, or as amending the information requirements laid down in Regulation (EU) 2016/679. The implementation of this Regulation should not prevent cross-border transfers of data in accordance with Chapter V of Regulation (EU) 2016/679. In the event of a conflict between this Regulation and Union law on the protection of personal data or national law adopted in accordance with such Union law, the relevant Union or national law on the protection of personal data should prevail.*

Esta ideia encontra também reflexo na parte operativa do diploma,<sup>6</sup> uma vez que o artigo 1.º, n.º 3 estipula que *“Union and national law on the protection of personal data shall apply to any personal data processed in connection with this Regulation. In particular, this Regulation is without prejudice to Regulations (EU) 2016/679 and (EU) 2018/1725 and Directives 2002/58/EC and (EU) 2016/680, including with regard to the powers and competences of supervisory authorities. In the event of a conflict between this Regulation and Union law on the protection of personal data or national law adopted in accordance with such Union law, the relevant Union or national law on the protection of personal data shall prevail. This Regulation does not create a legal basis for the processing of personal data, nor does it affect any of the rights and obligations set out in Regulations (EU) 2016/679 or (EU) 2018/1725 or Directives 2002/58/EC or (EU) 2016/680/EC”.*<sup>7</sup>

A necessidade de clareza no relacionamento entre o DGA e a legislação que regula a proteção de dados pessoais foi um ponto com especial destaque no Parecer Conjunto do EDPB (Comité Europeu para a Proteção de Dados) e do EDPS (Autoridade Europeia para a Proteção de Dados) relativamente a este diploma (ainda em fase de proposta) e que acabou por ficar refletida no texto final.<sup>8-9</sup>

Sem prejuízo, é importante ter em atenção que, em função da clareza da redação, não se poderá sufragar outra interpretação que não o afastamento de qualquer provisão do DGA que não respeite as regras vigentes relativamente ao tratamento de dados pessoais, uma vez que as segundas têm prevalência sobre as primeiras. Acontece que no limite, e como veremos abaixo, isto poderá afetar algumas normas centrais do DGA.

<sup>6</sup> Sobre a relação entre os Considerandos e a parte operativa do diploma *vd.* Tiago Sérgio Cabral, “AI and the Right to Explanation: Three Legal Bases under the GDPR”, in *Data Protection and Privacy, Volume 13: Data Protection and Artificial Intelligence* (Hart Publishing, 2020), 29-55.

<sup>7</sup> Em bom rigor, o *Data Governance Act*, não tendo sido adotado com base no artigo 16.º do TFUE, não seria uma ferramenta adequada para introduzir alterações ao RGPD ou à Diretiva *e-Privacy*.

<sup>8</sup> EDPB e EDPS, “EDPB-EDPS Joint Opinion 03/2021 on the Proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on European data governance (Data Governance Act)”, 10 de Março de 2021.

<sup>9</sup> A Opinião referida viria depois a ser complementada pela Declaração 05/2021. *Vd.* EDPB e EDPS, “Statement 05/2021 on the Data Governance Act in light of the legislative developments”, 19 de Maio de 2021.

### 3. O caso especial dos *Data Intermediation Services*

Um *Data Intermediation Service* será, de acordo com a definição integrada na lei (artigo 2.º), um serviço “*which aims to establish commercial relationships for the purposes of data sharing between an undetermined number of data subjects and data holders on the one hand and data users on the other, through technical, legal or other means, including for the purpose of exercising the rights of data subjects in relation to personal data*”. O DGA inclui também alguns *carve-outs* relativamente a entidades que não devem ser consideradas como integrando esta categoria, nomeadamente:

- a) *Data brokers / Data enrichers*;
- b) Serviços que se focam na intermediação de conteúdos protegidos por direitos de autor;
- c) Serviços prestados por entidades públicas e que não tenham esta pretensão de criar uma relação comercial e;
- d) Serviços com funcionalidades análogas, mas de natureza restrita (por exemplo, a um grupo empresarial).

Ora, um dos tipos de *Data Intermediation Services* referido no artigo 10.º do DGA é o que se consubstancia em “*intermediation services between data subjects that seek to make their personal data available or natural persons that seek to make non-personal data available, and potential data users, including making available the technical or other means to enable such services, and in particular enabling the exercise of the data subjects’ rights provided in Regulation (EU) 2016/679*”. Isto quer dizer que, de forma simples, estes serviços procuram estabelecer uma “ponte” entre os titulares dos dados e as entidades potencialmente interessadas no uso destes dados para determinados fins, particularmente comerciais.

Um exemplo paradigmático de um serviço de intermediação poderá ser o de um *Marketplace* onde os interessados propõem determinadas condições para a disponibilização dos dados pessoais e os titulares dos dados podem aceitar as mesmas e optar por disponibilizar os seus dados pessoais (ou vice-versa).<sup>10</sup> Sendo que os *Data*

---

<sup>10</sup> Situação especialmente relevante no contexto da criação de *datasets* para aprendizagem de algoritmos com base em *machine learning*. Sobre este tema *vd.* Tiago Sérgio Cabral, “Liability and Artificial Intelligence in the EU: Assessing the Adequacy of the Current Product Liability Directive”, *Maastricht Journal of European and Comparative Law* (2020): 615-35; Tiago Sérgio Cabral, “Op:Ed: ‘The Proposal for an AI Regulation: Preliminary Assessment’”, acessado 10 de Julho de 2021, <https://eulawlive.com/oped-the-proposal-for-an-ai-regulation-preliminary-assessment-by-tiago-sergio-cabral/>; Tiago Sérgio Cabral, “Forgetful AI: AI and the Right to Erasure under the GDPR”, *European Data Protection Law Review*, v. 6, no. 3 (2020): 378-89, <https://doi.org/10.21552/edpl/2020/3/8>; Tiago Sérgio Cabral e Alessandra Silveira, “Da utilização de inteligência artificial em conformidade com o RGPD: breve guia para responsáveis pelo tratamento”, in *Inteligência Artificial aplicada ao processo de tomada de decisões* (Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2020), 209-24; Iakovina Kindylidi e Tiago Sérgio Cabral, “Sustainability of AI: The Case of Provision of Information to Consumers”, *Sustainability*, v. 13, no. 21 (2021): 12064, <https://doi.org/10.3390/su132112064>; Datatilsynet, “Artificial intelligence and privacy”, acessado 20 de Maio de 2019, <https://www.datatilsynet.no/globalassets/global/english/ai-and-privacy.pdf>; Joana Covelo de Abreu, “Artificial intelligence and PSI Directive (EU) – open data and the re-use of public sector information before new digital demands”, *UNIO – EU Law Journal: The Official Blog*, 17 de Fevereiro de 2020, <https://officialblogofunio.com/2020/02/17/artificial-intelligence-and-psi-directive-eu-open-data-and-the-re-use-of-public-sector-information-before-new-digital-demands/>; Keith Frankish e William M. Ramsey, eds., *The Cambridge handbook of artificial intelligence* (Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2014); AEPD, “Adecuación al RGPD de tratamientos que incorporan Inteligencia Artificial. Una introducción”, acessado 25 de Fevereiro de 2020, <https://www.aepd.es/sites/default/files/2020-02/adecuacion-rgpd-ia.pdf>; ICO, “Guidance on AI and data protection”, acessado 1 de Agosto de 2020, <https://ico.org.uk/for-organisations/guide-to-data-protection/key-data-protection-themes/guidance-on->

*Users*<sup>11</sup> sempre terão de garantir a prestação da informação requerida ao abrigo do RGPD.<sup>12-13</sup>

Note-se que, como bem apontam o EDPS e o EDPB esta ideia de partilha de dados com um número indefinido de *Data Users* poderia violar os princípios da limitação de finalidades, transparência e proteção de dados deste a conceção e por defeito. A solução é uma interpretação restritiva do conceito de “número indefinido”. Deve considerar-se que efetivamente o número pode ser indefinido, mas só na medida em que um serviço intermediário poderá apresentar um número indefinido de propostas de partilha de dados ao titular dos dados, mas este terá de ativamente aceitar ou rejeitar cada uma delas ou, pelo menos, as categorias das mesmas. Esta hipótese de aceitação ou rejeição por categorias (sem prejuízo da obtenção de informação específica sobre as várias entidades) pode acabar por ser a mais adequada devido a permitir a partilha de dados sem ser excessivamente nociva para os direitos fundamentais do titular. Tem também a vantagem de refletir aquilo que é hoje aceite relativamente ao consentimento para a colocação de *cookies*.<sup>14</sup> Tal será diferente de um mercado onde o titular dos dados é confrontado com uma oferta financeira pela partilha dos seus dados com um número ilimitado de *Data Users* e não pode escolher com quem serão efetivamente partilhados os dados.

Baseado no conceito de *Data Sharing* contido no DGA que qualifica esta prática como “*the provision of data by a data subject or a data holder to a data user for the purpose of the joint or individual use of such data, based on voluntary agreements or*

---

[ai-and-data-protection/](#); ICO e The Alan Turing Institute, “Explaining decisions made with AI (Parts 1, 2 and 3)”, acedido 20 de Junho de 2020, <https://ico.org.uk/for-organisations/guide-to-data-protection/key-dp-themes/explaining-decisions-made-with-ai/>.

<sup>11</sup> Nos termos do artigo 2.º do DGA, *Data User* será “*means a natural or legal person who has lawful access to certain personal or non-personal data and has the right, including under Regulation (EU) 2016/679 in the case of personal data, to use that data for commercial or non-commercial purposes*”.

<sup>12</sup> No caso concreto, o artigo efetivamente aplicável do RGPD pode variar. Se o intermediário se limitar a facilitar o estabelecimento de uma relação entre o *Data User* e o titular dos dados, fornecendo depois este último os seus próprios dados, a prestação de informação deverá ocorrer ao abrigo do artigo 13.º do RGPD. Caso o intermediário já tenha os dados conservados em arquivo e os transmita depois para o *Data User* (situação que parece provável especialmente no contexto das cooperativas, como veremos abaixo), a informação deve ser prestada ao abrigo do artigo 14.º do RGPD. De todo o modo, se este arquivo existir antes da proposta do *Data User*, o intermediário tratará os dados pessoais como responsável pelo tratamento até ao momento da transmissão para o *Data User*.

<sup>13</sup> Sendo que, no limite, a definição da norma poderá ser ampla o suficiente para englobar também serviços de apoio ao exercício de direitos dos titulares dos dados (por exemplo, serviços de gestão de consentimentos).

<sup>14</sup> Sobre esta questão *vd.* DPC, «Guidance Note: Cookies and Other Tracking Technologies», Abril de 2020, <https://www.dataprotection.ie/sites/default/files/uploads/2020-04/Guidance%20note%20on%20cookies%20and%20other%20tracking%20technologies.pdf>; CNIL, «Délibération n° 2020-091 du 17 septembre 2020 portant adoption de lignes directrices relatives à l’application de l’article 82 de la loi du 6 janvier 1978 modifiée aux opérations de lecture et écriture dans le terminal d’un utilisateur (notamment aux ‘cookies et autres traceurs’) et abrogeant la délibération n° 2019-093 du 4 juillet 2019», Setembro de 2020, [https://www.cnil.fr/sites/default/files/atoms/files/lignes\\_directrices\\_de\\_la\\_cnil\\_sur\\_les\\_cookies\\_et\\_autres\\_traceurs.pdf](https://www.cnil.fr/sites/default/files/atoms/files/lignes_directrices_de_la_cnil_sur_les_cookies_et_autres_traceurs.pdf); CNIL, «Délibération n° 2020-092 du 17 septembre 2020 portant adoption d’une recommandation proposant des modalités pratiques de mise en conformité en cas de recours aux ‘cookies et autres traceurs’», Setembro de 2020, <https://www.cnil.fr/sites/default/files/atoms/files/recommandation-cookies-et-autres-traceurs.pdf>; GARANTE, «Linee guida cookie e altri strumenti di tracciamento», Agosto de 2021, <https://www.garanteprivacy.it/home/docweb/-/docweb-display/docweb/9677876>; AEPD, «Guía sobre el uso de las cookies», Junho de 2020, <https://www.aepd.es/sites/default/files/2020-07/guia-cookies.pdf>.

*Union or national law, directly or through an intermediary, for example under open or commercial licences subject to a fee or free of charge*” a forma mais fácil de executar estas operações será através da facilitação da celebração de um contrato entre o titular e o *Data User* que preveja a disponibilização de determinados dados mediante remuneração (ou gratuitamente). Diríamos que estamos perante um caso diferente da controvérsia subjacente ao uso de dados pessoais como contraprestação na Diretiva 770/2019 e que mereceu fortes críticas do EDPS.<sup>15</sup> No caso concreto: a) não se está a substituir uma prestação de natureza financeira pela disponibilização de dados pessoais; b) existem, se o DGA for adequadamente interpretado, salvaguardas adicionais para proteger os titulares dos dados; c) o titular dos dados deverá estar perfeitamente ciente que está a disponibilizar os seus dados pessoais e para quê e; d) os dados pessoais recolhidos e tratados limitam-se ao estritamente necessário para a execução do contrato, não havendo uma expansão artificial em benefício de finalidades acessórias.<sup>16</sup> A situação, na verdade, não é diferente de oferecer um determinado valor a uma pessoa para levar a cabo um qualquer estudo comportamental que implica sempre a recolha de dados pessoais através da observação do titular dos dados.<sup>17</sup>

O argumento desenhado acima está pensado, essencialmente, para quando a cedência dos dados seja levada a cabo a título oneroso. Quando tal cedência seja feita a título gratuito será necessário tomar em consideração alguns elementos adicionais para aferir qual o fundamento de licitude mais adequado.<sup>18</sup> A execução de um contrato sem a existência de contraprestação financeira a favor do titular dos dados é possível (artigo 6.º, n.º 1, al. b) do RGPD), mas inegavelmente menos vantajosa para o titular que a obtenção de um consentimento para a transmissão e tratamento dos dados pessoais por determinado *Data User* (artigo 6.º, n.º 2, al. a) do RGPD). É que o consentimento, como fundamento de licitude, permite a sua retirada a qualquer momento e não viabiliza sequer a imposição de consequências negativas (relevantes) ao titular dos dados que resultem desta retirada do consentimento.<sup>19</sup> Tendo em conta que os *Data Intermediation Services* estão obrigados a agir de acordo com o superior interesse do titular “*where it facilitates the exercise of their rights, in particular by informing and, where appropriate, advising data subjects in a concise, transparent, intelligible and easily accessible manner about intended data uses by data users and standard terms and conditions attached to such uses before data subjects give consent*” será

---

<sup>15</sup> Algo que, a nosso ver, só será aceitável em situações excecionais. Por exemplo, quando exista a possibilidade de obter acesso a um serviço numa modalidade gratuita e suportada, por exemplo, por publicidade personalizada e noutra modalidade que seja vendida a um preço razoável (tendencialmente de valor baixo e acessível à maioria dos titulares dos dados). Neste contexto, em específico, o consentimento poderá equacionar-se como fundamento de licitude, dado que a consequência negativa da não prestação ou da retirada do consentimento é de pouca relevância.

<sup>16</sup> Sendo que um dos grandes problemas que se manifestam na Diretiva 770/2019 é a falsa natureza gratuita de certos serviços.

<sup>17</sup> Sobre este tema Maria de Almeida Alves, “Directive on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content and digital services & the EU data protection legal framework: are worlds colliding?”, *UNIO – EU Law Journal*, v. 5, no. 2 (2019): 34-42, <https://doi.org/10.21814/unio.5.2.2290>; EDPS, “Opinion 04/2017 on the Proposal for a Directive on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content”, 10 de Março de 2021.

<sup>18</sup> Consideram-se aqui casos não cobertos pelo “*data altruism*” também referido no DGA.

<sup>19</sup> Tiago Sérgio Cabral, Alessandra Silveira e Joana Covelo de Abreu, “Breves apontamentos quanto aos direitos dos titulares de dados no RGPD”, in *Direito à Informação Administrativa e Proteção de Dados Pessoais* (Lisboa: CEJ, 2021), 93-111.

legítimo questionar se poderão adotar um fundamento de licitude que, ainda que válido, oferece condições menos vantajosas ao mesmo (artigo 12.º, al. m) do DGA).<sup>20</sup>

### 3.1 Data Cooperatives

Outro ponto interessante e que poderá gerar conflito entre o novo diploma e o ordenamento da União a nível de proteção de dados é o desenho das chamadas *Data Cooperatives*.<sup>21</sup> Estas estão definidas no artigo 2.º, n.º 15 do DGA como: “*data intermediation services offered by an organisational structure constituted by data subjects, one-person undertakings or SMEs who are members of that structure, having as its main objectives to support its members in the exercise of their rights with respect to certain data, including with regard to making informed choices before they consent to data processing, to exchange views on data processing purposes and conditions that would best represent the interests of its members in relation to their data, and to negotiate terms and conditions for data processing on behalf of its members before giving permission to the processing of non-personal data or before they consent to the processing of personal data*”.

Esta definição parece trazer-nos à mente a conhecida ideia de “cooperativas de dados” que permitiriam aos titulares dos dados “monetizar” os seus dados através da organização de *pools* de dados pessoais e negociação com as entidades interessadas no seu tratamento e na extração de valor dos mesmos. Em comparação com os restantes intermediários referidos nas secções anteriores, as *cooperativas* serão um serviço de natureza mais ativa, que efetivamente procura, por exemplo, negociar condições favoráveis para os seus membros em vez de se limitar a atuar como um simples mercado.

Mesmo que se opte por ignorar o problema da “coisificação” dos dados pessoais que poderá advir da definição acima, continua a ser importante ter em conta que o âmbito da norma operativa é, de todo o modo, altamente restringido pelo Considerando n.º 31 do DGA (lido em conjugação com as normas que regulam a relação com as regras de proteção de dados). Este considerando, depois de afirmar que as cooperativas podiam servir de mediador no contexto de eventuais conflitos que surgissem entre os vários membros do grupo relativamente ao tratamento dos dados relembra (e bem) que “*in that context it is important to acknowledge that the rights under Regulation (EU) 2016/679 are personal rights of the data subject and that data subjects cannot waive such rights*”.

Isto significa que tais cooperativas nunca poderiam funcionar como mais que um “menu” onde a cooperativa apresenta determinadas condições aos titulares dos dados. Com base nessas condições, os titulares podem (ou não) permitir a cedência e o tratamento dos seus dados pessoais. Neste sentido, perante determinadas condições contratuais acordadas com um *Data User*, a cooperativa estabelece a ponte com os titulares dados, que continuam a ser soberanos na decisão do que fazer com os seus dados. Tal, na verdade, limita de alguma forma a atratividade destas cooperativas para os *Data Users* uma vez que nunca poderão garantir que serão incluídos os dados pessoais de um número específico de titulares dos dados.

<sup>20</sup> Note-se que as restrições a que estão sujeitas as entidades reguladas pelo DGA podem levar a que acabem por não oferecer grandes vantagens em relação aos tradicionais *data brokers*, apresentando uma carga regulatória mais pesada e podendo oferecer serviços menos amplos. No entanto, estas entidades poderão, talvez, estar menos expostas à atuação das autoridades de controlo que já levantaram algumas questões sobre o uso de *data brokers*. A título de exemplo, *vd.* CNPD, “Diretriz 1/2022 sobre comunicações eletrónicas de marketing direto”, 25 de Janeiro de 2022, <https://www.cnpd.pt/umbraco/surface/cnpdDecision/download/121958>.

<sup>21</sup> Cooperativas de dados.

Deve ainda acrescentar-se que apesar do DGA referir a possibilidade de o titular dos dados dar o seu consentimento para o tratamento de dados pessoais. O referido consentimento, quando esteja em causa um negócio jurídico oneroso, como acima exposto para os intermediários em geral, não será um fundamento de licitude adequado ao abrigo do RGPD. É preciso não esquecer que um dos requisitos do consentimento, nos termos da leitura conjugada dos artigos 4.º n.º 11 do RGPD e 7.º do mesmo diploma é a sua liberdade. Como nos explica o EDPB nas suas Orientações sobre o consentimento isto implica que a não prestação ou a retirada do consentimento, não implique consequências (pelo menos relevantes) para o titular dos dados. Ora, não receber uma determinada quantia financeira (em caso de não prestação de consentimento) ou deixar de a receber em caso de retirada de consentimento terá de ser visto como uma consequência negativa relevante para o titular dos dados, invalidando o uso deste fundamento de licitude.<sup>22</sup>

Sendo assim, este “consentimento” referido no DGA deve ser lido não como o consentimento ao abrigo do RGPD (que seria inválido), mas como uma autorização para a transmissão de dados a um terceiro, dado ao abrigo do contrato entre o titular dos dados e a *Data Cooperative*. Aliás, somos da opinião que, para esta transmissão em específico, a existir fundamento de licitude válido será a execução do contrato ao abrigo do artigo 6.º n.º 1, al. b) do RGPD.

No entanto, este fundamento de licitude só cobrirá a operação de tratamento “transmissão” (para a qual a cooperativa terá de ser considerada como responsável pelo tratamento). Para que se permita o tratamento subsequente pelo *Data User* (naquilo que constitui uma recolha indireta de dados coberta pelo artigo 14.º do RGPD), é necessário garantir diligências adicionais. Somos da opinião que a *Data Cooperative*, à semelhança do acima referido para os intermediários em geral, deve facilitar a celebração de contratos entre os seus membros – os *Data Users* – (que poderão eventualmente ser contratos tripartidos), de forma a facilitar a invocação do artigo 6.º n.º 1, al. b) do RGPD.<sup>23</sup> A invocação deste fundamento com base apenas na relação entre a *Data Cooperative* e o titular dos dados não seria possível, uma vez que não haveria relação contratual direta entre o *Data User* (responsável pelos tratamentos subsequentes que irá levar a cabo) e o titular dos dados. Uma opção alternativa, mas que nos parece menos sólida, seria a invocação do artigo 6.º n.º 1, al. f) do RGPD pelo *Data User* para levar a cabo os tratamentos de dados necessários pós-transmissão.<sup>24</sup>

Admite-se que a criação de cooperativas especializadas em categorias especiais de dados possa levantar questões adicionais, devido à dificuldade em encontrar um

---

<sup>22</sup> EDPB, “Guidelines 05/2020 on consent under Regulation 2016/679”, acessado 10 de Junho de 2020, [https://edpb.europa.eu/sites/edpb/files/files/file1/edpb\\_guidelines\\_202005\\_consent\\_en.pdf](https://edpb.europa.eu/sites/edpb/files/files/file1/edpb_guidelines_202005_consent_en.pdf); Eleni Kosta, “Commentary to Article 7”, in *The EU General Data Protection Regulation (GDPR): a Commentary*, Christopher Kuner, Lee A. Bygrave e Christopher Docksey (Oxford: Oxford University Press, 2020), 346-54; Peter Carey, *Data protection: a practical guide to UK and EU law*, Fifth edition (Oxford, United Kingdom: Oxford University Press, 2018), 24; A. Barreto Menezes Cordeiro, *Direito da proteção de dados: à luz do RGPD e da Lei no. 58/2019* (Coimbra: Almedina, 2020), 167 e ss.

<sup>23</sup> Ainda que se admita que a viabilidade do desenho contratual sugerido e que implica a existência de um contrato base com a cooperativa e vários contratos com os diferentes *Data Users* possa depender da estrutura da *Data Cooperative*.

<sup>24</sup> Sobre a necessidade de relação contratual direta entre o responsável pelo tratamento e o titular dos dados, *vd.* DPC, “Guidance Note: Legal Bases for Processing Personal Data”, Dezembro de 2019, <https://www.dataprotection.ie/sites/default/files/uploads/2020-04/Guidance%20on%20Legal%20Bases.pdf>; ICO, *Guide to the General Data Protection Regulation* (London: ICO, 2019).

fundamento de licitude adequado que não seja o consentimento dos titulares dos dados e as questões referidas à volta da validade do consentimento neste tipo de casos. No entanto, devido às restrições naturais que aqui se impõem de um texto introdutório e baseado numa intervenção oral, esta questão não será endereçada.

#### **4. Notas conclusivas**

Com a crescente produção legislativa da União Europeia na área da regulação tecnológica é cada vez mais importante garantir a coerência e harmonia entre os diversos diplomas. Nas secções acima foi possível perceber que entre o DGA e o RGPD nem sempre se conseguiu atingir tal objetivo. A precedência atribuída às normas de proteção de dados sobre as regras incluídas no DGA contribui para limitar (ainda que parcialmente) as consequências de eventuais conflitos normativos. No entanto, esta mesma precedência pode diminuir a eficácia do DGA e impactar a eficácia e sucesso dos *Data Intermediation Services*.

Sem prejuízo, como se procurou demonstrar no presente texto a atividade dos *Data Intermediation Services* parece ser possível em conformidade com o RGPD dependendo, naturalmente, de uma análise adequada de relação entre os diplomas, da adoção de uma postura forte de *data protection by design* e de algum realismo. Este último necessário para perceber que o DGA parece prometer, pelo menos no que se refere à partilha de dados pessoais, mais do que efetivamente cumpre. No entanto, o caminho para “desbloquear” o acesso a estes dados e fomentar o desenvolvimento da economia de dados está lá, não sendo obstruído pelas normas de proteção de dados, trata-se apenas de um caminho mais difícil do que poderá resultar como aparente de uma leitura menos profunda do DGA.



Universidade do Minho



With the support of the  
Erasmus+ Programme  
of the European Union

