

Católica Talks

2

Direito e Tecnologia



Católica Talks

Direito e Tecnologia

Este trabalho é financiado por Fundos Nacionais através da FCT – Fundação para a Ciência e a Tecnologia, I.P., no âmbito do projeto UIDB/04859/2020.

Título Católica Talks: Direito e Tecnologia
Coordenação Elsa Vaz de Sequeira
Coleção Investigação

© Universidade Católica Editora

Revisão Editorial António Brás
Capa Ana Luísa Bolsa | 4 ELEMENTOS
Conceção Gráfica Magda Macieira Coelho
Impressão e acabamentos Sersilito-Empresa Gráfica, Lda.
Depósito Legal 0
Data março 2021
Tiragem 500 exemplares

ISBN 9789725407646
ISBN e-book 9789725407653

Universidade Católica Editora
Palma de Cima 1649-023 Lisboa
Tel. (351) 217 214 020
uce@uceditora.ucp.pt | www.uceditora.ucp.pt



CATÓLICA TALKS 2

Católica talks 2 : direito e tecnologia / [org. do Católica Research Centre for the Future of Law] ; coord. [de] Elsa Vaz de Sequeira. – Lisboa : Universidade Católica Editora, 2021. – 240 p. ; 23 cm. – (Católica talks 2). – ISBN 9789725407646. – ISBN 9789725407653 (e-book)
I – UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA. Faculdade de Direito. Católica Research Centre for the Future of Law, org. II – SEQUEIRA, Elsa Vaz de, coord. III – Col.
CDU 34:004

Católica Talks

Direito e Tecnologia

COORDENAÇÃO
Elsa Vaz de Sequeira

UNIVERSIDADE CATÓLICA EDITORA
Lisboa 2021

Índice

- 7 Prefácio
- 9 ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA
Blockchain no mercado de capitais
- 21 MARTINHO LUCAS PIRES
Técnica e ideologia, ecossistema e comunidade: algumas considerações sobre as redes *blockchain* enquanto realidade jurídica
- 43 HENRIQUE SOUSA ANTUNES
Os dados: entre a proteção e a comercialização
- 67 MAFALDA MIRANDA BARBOSA
Proteção e comercialização de dados: comentário às reflexões de HENRIQUE SOUSA ANTUNES sobre o tema
- 95 PEDRO GARCIA MARQUES
Inteligência Artificial e Humanismo – *Prolegomena*
- 115 LUÍS BARRETO XAVIER
Notas sobre regulação da inteligência artificial: da ética ao direito
- 129 TITO RENDAS
Da suscetibilidade de proteção jusautorais de obras geradas por sistemas de inteligência artificial
- 145 NUNO SOUSA E SILVA
Comentário à intervenção e texto de TITO RENDAS, “Da suscetibilidade de proteção jusautorais de obras geradas por sistemas de inteligência artificial”
- 151 ANA TAVEIRA DA FONSECA
Smart contracts
- 165 ANA FILIPA MORAIS ANTUNES
As crianças e os *media*

Prefácio

As *Católica Talks*, do *Católica Research Centre for the Future of Law*, são um espaço de discussão aberta e informal sobre questões jurídicas que constituem objeto de investigação do orador convidado. Dando seguimento a este propósito, iniciado em 2013, as *Talks* passaram, a partir do ano letivo 2018-2019, a subordinar-se a uma unidade temática e as intervenções proferidas a ser publicadas em livro.

Leva-se, assim, à estampa o segundo volume das *Católica Talks*.

Considerando os profundos desafios que o progresso tecnológico próprio dos tempos hodiernos representam para o Direito, as *Talks* do presente ano letivo foram dedicadas, justamente, ao tema “Direito e Tecnologia”. O objetivo foi, concretamente, discutir os problemas suscitados por certos avanços tecnológicos à luz das diferentes áreas do saber jurídico, nomeadamente a Filosofia do Direito, o Direito Público, o Direito Penal e o Direito Privado.

O livro que agora se publica compila a generalidade das comunicações efetuadas. A todos os autores que tão generosamente aceitaram o nosso desafio, um grande bem-haja!

Uma vez mais, este passo só foi possível graças ao generoso apoio concedido pelas sociedades *Rogério Alves & Associados* e *Carlos Aguiar, Ferreira de Lima & Associados*, que desde o primeiro momento têm patrocinado este projeto e a quem manifestamos publicamente o nosso reconhecimento.

Um agradecimento especial é ainda devido ao Doutor Tito Rendas, pela dedicação e empenho que sempre colocou na coordenação executiva das *Talks*.

Blockchain no mercado de capitais¹

ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA*

Compete-me falar da *blockchain* no mercado de capitais. Como todos temos comprovado, vive-se uma época de furor em torno da *blockchain* e com boas razões, apesar de atualmente ainda ser utilizada apenas numa fração muito curta das potenciais aplicações que, com razoável probabilidade, irá ter no futuro. O entusiasmo atingiu níveis loucos – uma verdadeira febre da *blockchain* –, a ponto de recentemente a SEC ter sido obrigada a alertar contra as empresas que apesar de não terem um *track record* significativo em tecnologia *blockchain* mudam o seu nome de um dia para o outro e oferecem valores mobiliários aos investidores sem adequada informação sobre os riscos envolvidos, capitalizando um valor crescido que logo resulta da designação *blockchain*. Mas se a fase de *hype* começa a passar, o que é certo é que a *blockchain* está a revolucionar a forma como muitos negócios são feitos, incluindo no mercado de capitais.

A *blockchain* – tecnologia de registo descentralizado (*Distributed Ledger Technology* – *DLT*) – é, como é sabido, a arquitetura de uma base de dados que permite o registo e a partilha de registos numa base distribuída e descentralizada. Ou seja, em vez de haver um servidor central onde todos os dados são registados os dados ficam gravados em todos os computadores ou nós e têm de bater certos uns com os outros.

Os dados na *blockchain* vão sendo agrupados em blocos, registados nos diversos computadores ou nós, até atingirem uma dimensão determinada a partir da qual são ligados aos registos já existentes, através de um processo de *hashing* que é levado a cabo pelos mineiros. Ou seja, são estes que agregam as transações e ligam uns blocos aos outros com base num protocolo de consenso predeterminado.

* Professora Associada da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Investigadora do Centro de Investigação de Direito Privado.

¹ O texto transcreve a intervenção no âmbito das *Católica Talks*, em dezembro de 2019.

Esses dados são tendencialmente imutáveis. Claro que imutabilidade rigorosamente não existe (como já houve casos que o demonstraram) mas existe uma grande dificuldade em alterar os dados, desde logo porque a modificação (no fundo, a substituição de um bloco por um novo bloco) implica o consenso de uma maioria dos nós que validam as transações. Se não houver um número de participantes suficientes a aceitar a mudança quebra-se o algoritmo que mantém os blocos juntos e o sistema rejeita a alteração.

Essa é a chave do sucesso da *blockchain*: o facto de uma vez introduzidos os dados se tornarem virtualmente inalteráveis.

Todos estes registos são públicos ainda que se recorra à encriptação. Cada transação é publicada e ligada a uma chave pública que representa um utilizador: a chave é encriptada de tal maneira que não é possível identificar imediatamente esse utilizador (ou seja, de forma direta) mas é possível a partir desta chave pública procurar obter informação que permita a identificação do sujeito em causa.

Como já se tem dito, na sua configuração original, esta tecnologia é uma “máquina de transparência”: os computadores estão distribuídos e ninguém controla a rede, qualquer um pode validar a transação e ter acesso à rede; todos os dados das transações são públicos.

No mercado de capitais, a *blockchain* constitui, neste momento, uma promessa significativa em termos de eficiência e de confiança. Fala-se em “confiança sem confiança” (*trustless trust*): o próprio funcionamento do sistema assegura a integridade das operações, sem necessidade de intermediários.

A utilização da DLT abrange uma grande variedade de ativos e todas as fases do ciclo de vida dos ativos no mercado de capitais: desde a emissão (no mercado primário), à negociação no mercado secundário, à pós-negociação (compensação, liquidação, guarda de valores mobiliários).

No que respeita à emissão, a utilização da *blockchain* pode surgir em duas vertentes: (i) o *security token offering* ou STO e (ii) o IPO digital ou *tokenizado*. Vejamos.

- (i) O STO é o equivalente ao ICO (*initial coin offering*). Recorro ao paralelismo porque é mais comum falar em ICO, considerando que foram as moedas digitais (a começar pela *bitcoin*) que deram publicidade à *blockchain*. No ICO, o que acontece é que a empresa se financia através da emissão ao público de criptomoedas (a fração que cada investidor obtém é o *token*; ou seja, o *token* representa a

propriedade fracional de um ativo). No STO o que muda é o tipo de *token*, que representa necessariamente um valor mobiliário (no sentido da DMIF II na Europa ou do teste de Howey nos EUA). No STO, o titular do *token* normalmente não se torna sócio, antes tem um *token* que representa um direito sobre a empresa (que pode ter qualquer conteúdo: pode por exemplo ter direito aos lucros; nos célebres *tokens* DAO, por exemplo, tinham até direito de voto). Por isso é diferente do IPO, em que se oferecem não *tokens* mas as próprias ações. Em princípio, o STO é mais eficiente em termos de custos do que o IPO, sobretudo em virtude da desintermediação que faculta e de se dispensar pagamentos aos intermediários (tendencialmente menos 40%).

- (ii) Mas é possível ser feito um IPO tokenizado, em que são oferecidas ações que estão representadas na *blockchain* (os *tokens* reportam-se às próprias ações: “tokenizar” significa representar na *blockchain*). Existem efetivamente experiências muito recentes de IPO em bolsa através de *blockchain*. Em setembro de 2019, o operador da bolsa das Seychelles (MERJ Exchange) fez um IPO através de *blockchain*. Na Europa, apesar de a London Stock Exchange diretamente ainda não enveredar por soluções de *blockchain*, o grupo LSE desenvolveu uma ronda de financiamento de \$ 20 milhões de *seed funding* para a Nivaura, *startup* de *blockchain* no mercado de capitais, que pretende automatizar todo o processo de emissão de instrumentos financeiros (ações, obrigações e derivados) através da tecnologia *blockchain*. O grupo LSE e a Navaura já tinham trabalhado juntos na emissão de ativos tokenizados como parte do *regulatory sandbox program* of the U.K. Financial Conduct Authority (FCA).

Não há – pelo menos por agora – vantagens significativas nos IPO digitais. Em teoria os reguladores conseguiriam auditar em direto os dados no registo e verificar o histórico das transações e os detalhes na plataforma, mas, considerando o que é necessário fazer e os custos envolvidos até termos um sistema que seja verdadeiramente fidedigno, aponta-se para já que não há vantagens significativas nesta forma de IPO.

A avaliação atual é que esta versão *tokenizada* ou digitalizada dos IPO não altera as vantagens e inconvenientes desta forma de financiamento para as empresas e de investimento para os investidores. A grande

vantagem seria a redução da assimetria informativa e a maior transparência mas, uma vez que a *blockchain* aqui é necessariamente privada ou *permissioned* (devido à natureza confidencial do processo), perde-se essa valência. A assimetria informativa e a transparência são necessariamente obtidas através dos mecanismos que temos hoje em vigor. Assim, a lógica da “confiança sem confiança”, a grande valia da *blockchain*, perde-se e continuaremos a precisar de fazer intervir intermediários, com os custos inerentes. E logicamente o interesse do IPO ser feito usando *blockchain* existe quando as operações de *clearing* também são feitas com recurso à *blockchain*.

O mesmo vale quanto à negociação no mercado secundário. Tal como é possível a emissão ser feita através da *blockchain*, também a negociação pode ser numa plataforma *blockchain*, o que já acontece. A Nasdaq, por exemplo, utilizou pela primeira vez a tecnologia *blockchain* num mercado secundário que construiu – o Nasdaq Private Market, para permitir a emissão e transferência segura de ações de empresas privadas.

Mas é a fase da pós-negociação que é claramente a área de maior desenvolvimento da utilização da *blockchain* no mercado de capitais. Estamos a falar do momento em que se dá a compensação, a liquidação e a custódia dos títulos negociados – as operações de *clearing* —, fundamentais para o funcionamento do mercado: durante a negociação, as partes enviam ordens referentes aos valores mobiliários através de intermediários; na fase da pós-negociação, ocorre a compensação desses títulos, momento em que são calculadas as posições compradas e vendidas, permitindo que ocorra a sua liquidação, quando os ativos e o dinheiro são transferidos aos investidores respetivos. Atualmente, tudo é feito em câmaras centralizadas. Os ativos negociados não ficam com os adquirentes mas sim numa câmara de compensação, que detém a sua propriedade fiduciária e, funcionando como contraparte central, garante o risco de crédito da contraparte.

Com a *blockchain*, a participação de um intermediário responsável por armazenar todos os registos pode no limite deixar de ser necessária, já que os dados passarão a estar distribuídos entre as próprias partes, nos seus computadores. Esta arquitetura de base de dados distribuída remove o risco de contraparte: a integridade das transações deixa assim de ter de ser garantida através de uma câmara central, que funciona como garante. As operações passam a ser automatizadas através de *smart contracts*: existindo uma transação dão ordens de sentido inverso. Isto poupa tempo e dinheiro. Além de que o próprio drástico encurtamento

do prazo de liquidação reduz o risco de incumprimento. Por isso, já num relatório de maio de 2016, o Morgan Stanley reconheceu o uso de *blockchain* na fase de pós-negociação de valores mobiliários como “uma das potenciais aplicações mais discutidas”. Várias bolsas estão a avançar nesta área.

- A Australian Securities Exchange (ASX) está a reconstruir o seu sistema de compensação CHES (*clearing and settlement system*) com ajuda da *blockchain*, em parceria com a startup Digital Asset.
- Nos EUA tem grande interesse o projeto *Paxos*, que pretende encurtar drasticamente o tempo para a compensação/liquidação dos negócios em bolsa. A DTCC (Depository Trust & Clearing Corp) era, nos EUA, praticamente a única organização a tratar da maioria das compensações e liquidações das operações de bolsa. Em 2018, fez, em média, a compensação de \$1.3 triliões de vendas de ações por dia. No final do mês de outubro / início de novembro, a SEC emitiu uma *non-action letter* à startup *Paxos* que lhe permite conduzir um projeto-piloto para compensação e liquidação de ativos num registo distribuído. Esta atitude da SEC foi encarada como o abrir das portas da experimentação com a *blockchain* nas infraestruturas do mercado de capitais. A *Paxos* pretende reduzir os tempos de compensação (atualmente data da transação T+2 dias). Uma vez que, num tempo de gratificação instantânea, este é um período anacrónico, o objetivo é passar a ser feito no mesmo dia (T+0). Inicialmente, o período necessário era T+7, depois os avanços tecnológicos permitiram passar, em 1995, para T+3 dias. Só em 2017 (apenas 22 anos depois) passou para T+2. O próprio projeto *Paxos* prevê-se que dure dois anos e pode não ter impacto imediato. Um artigo recente do *Wall Street Journal* fornece uma visão geral da arquitetura do projeto *Paxos*. Não é claro se o sistema é *permissioned* ou *permissionless*. Neste último caso, a compensação é feita através de mecanismos de consenso que envolvem potencialmente milhares de nós, o que é dispendioso e tem riscos de segurança. Pelo contrário, um sistema *permissioned* mantém o papel das entidades centrais, como os depositários. Também tem maior facilidade de implementação do ponto de vista regulatório e de *compliance*.

O que, além do mais, estas soluções têm de interessante e corresponde a uma grande mudança é poder utilizar-se a *blockchain* para criar

soluções *one-stop* ou *end-to-end*, agregando e automatizando os diversos processos característicos de ciclo de vida dos ativos.

- Por exemplo, a bolsa suíça SIX (SIX Digital Exchange) pretende lançar uma plataforma *blockchain* no próximo ano. Para já, a SDX lançou uma versão protótipo da plataforma *blockchain* de ativos digitais e de central de valores mobiliários, que permite a emissão de *security tokens*, a negociação em tempo real, a compensação/liquidação e serviços de custódia.
- No Japão, também foi recentemente noticiado que a iSTOX, plataforma do mercado de capitais *blockchain*, recebeu \$5 milhões de financiamento pela Tokai Tokyo Financial Holdings. O objetivo é assegurar a emissão, custódia e negociação de ativos digitalizados.

Interessante, nesta perspetiva de tudo ser feito na *blockchain* (mas agora do prisma das sociedades e não tanto do mercado), é a possibilidade de se utilizar *smart contracts* para efeitos, por exemplo, de automatização de pagamento de dividendos e outros eventos societários. Estes e outros eventos societários podem ser transformados em *smart contracts* de forma a serem autoexecutados na *blockchain*, com base na titularidade dos ativos na *blockchain*.

Estas utilizações potenciais estão, como se vê, numa fase ainda inicial. São múltiplos os desafios, desde a (i) adaptação à regulação – o que é tarefa altamente complexa num mercado altamente regulado – à (ii) adaptação da regulação, o que é igualmente complexo (sobretudo quando as utilizações da tecnologia não estão estabilizadas) e também é um processo necessariamente muito demorado.

O que se passa no mercado de capitais – bem ou mal – é que as empresas procuram adaptar a tecnologia para assegurar a *compliance* com a legislação, pois esperar pelos desenvolvimentos regulatórios para a implementação de projetos decisivos nesta fase não é verdadeira opção. Há diversas exigências a que se tem de dar resposta num sector altamente regulado e com exigências críticas em termos de segurança; também a privacidade dos dados processados no registo descentralizados é uma preocupação relevante.

De facto, as visões não são todas tão otimistas e as preocupações cobrem os espectros mais variados. Na área que nos ocupa já era conhecido mas tem ganho mais atenção a inclusão na *blockchain* de conteúdo aleatório, ou seja, a manipulação das transações para incluir dados objetáveis, muitas

vezes ilícitos (caso da pornografia ilegal), que são distribuídos a todos os nós na blockchain, pondo-os em risco. Já houve quem sublinhasse que a *blockchain* que era suposto mudar tudo tem é estado nos últimos anos mais a modificar-se a si própria, a ponto de, nesta visão, a tecnologia se tornar muito limitadamente aplicável no mercado de capitais.

De qualquer maneira, a utilidade da *blockchain* no mercado de capitais é, em teoria pelo menos, manifesta: cada transação passa atualmente por múltiplos intermediários, cada um com os seus registos, com duplicação de dados e ineficiências, nomeadamente ao nível da liquidação, com agravamento de custos e de riscos, em especial nas transações internacionais mas não só. A *blockchain*, ao permitir o acesso partilhado a dados autorizados e ao assegurar a confiança, elimina a necessidade de intermediários, reduz os tempos de liquidação e aumenta a transparência. Neste contexto, um fator relevante é a fidedignidade das tecnologias de encriptação.

Um tema difícil é, precisamente, a gestão da privacidade, que é um requisito essencial para muitos processos no mercado de capitais (sem prejuízo das obrigações de divulgação de determinadas informações). Aliás, este é um aspeto crítico sublinhado no Relatório da ESMA sobre a *blockchain* no mercado de capitais. No fundo a pergunta é como garantir a confidencialidade e segurança das transações quando estas sejam divulgadas numa plataforma descentralizada. Daí que surjam diversas variantes da *blockchain*.

Como já se tem dito, na sua configuração original, esta tecnologia é uma “máquina de transparência”: os computadores estão distribuídos e ninguém controla a rede, qualquer um pode validar a transação e ter acesso à rede; todos os dados das transações são públicos.

Cada transação é publicada e ligada a uma chave pública que representa um utilizador: a chave é encriptada de tal maneira que não é possível identificar imediatamente esse utilizador (ou seja, de forma direta) mas é possível a partir desta chave pública procurar obter informação que permita a identificação do sujeito em causa. Isto está mais do que assente. Dados encriptados não são equivalentes a dados anónimos, pelo que é fácil compreender os riscos para a privacidade que estão envolvidos.

No caso do mercado de capitais, as preocupações com o acesso à informação têm levado diversos fornecedores de tecnologia *blockchain* a implementar um modelo de registo “partilhado” mais do que um modelo de registo “distribuído”, em que os nós que participam no sistema apenas têm o registo das transações em que são contrapartes fazendo *upload*

para um registo central que mantém o registo de todas as transações (uma espécie de cópia dourada): em vez de encontrarmos um registo distribuído encontramos apenas um registo semidistribuído. Mas isto é problemático em si mesmo, se pensarmos que a integridade é atualmente assegurada pela partilha da informação pela multiplicidade de nós, pelo que se cada nó tiver dados diferentes, tem de existir outra solução. Por outro lado, aponta-se que, ao contrário do que acontece na *bitcoin* em que as transações têm de ser agrupadas em blocos por razões económicas (para baixar os custos da validação de cada transação individual), no mercado de capitais a agregação das transações não é tão importante, pelo que a maior parte das iniciativas terá mais que ver com uma cadeia de transações do que com uma cadeia de blocos (ou *blockchain*). Portanto, a necessidade de adaptação ao mercado de capitais levou a *blockchain* a evoluir para uma *chain without blocks*, uma cadeia sem blocos, que opera num ambiente autorizado sem os normais processos de mineração como por exemplo o “*proof of work*” (que é típico da *bitcoin*). Temos uma *blockchain* em que não há blocos e há uma entidade central...

Ou seja, o que se aponta é que as iniciativas que estão a ser implementadas têm muito limitadas semelhanças com a *blockchain* original. Há muitas expectativas e muitas dúvidas sobre a evolução que terá a aplicação desta tecnologia no mercado de capitais e na verdade já se tem dito que “nos mercados de capitais, quanto mais longe se esteja no ADN original da *blockchain* mais provável é ser-se bem-sucedido”. Um dos aspetos que influirá nesse processo é precisamente a garantia da privacidade.

Claro está que convém aqui abrir um parêntese para sublinhar que neste debate sobre o papel da *blockchain* no mercado de capitais há uma grande dose de *lobbying*. Do lado dos supervisores, um sistema multi-lateral e atomístico dificulta a aplicação do modelo atual de supervisão. E outras dimensões existem. Por exemplo, a DTCC (Depository Trust & Clearing Corporation) luta pela sua autopreservação e tenta “domesticar” a *blockchain*. Mesmo assim a DTCC reconhece que a *blockchain* pode ter um papel importante designadamente na prevenção de abusos resultantes por exemplo de *naked short selling* ou de *late trading* (porque propicia o *trading* em tempo real) ou mesmo do *insider trading* e outras formas de abuso que são dificultados pelo acréscimo de transparência (“o melhor desinfetante é a luz do sol; a eletricidade o mais eficiente polícia”).

Seja como for, as soluções de *blockchain* estão a ser desenhadas tendo em vista esta necessidade básica de garantia de privacidade. Foi isto que conduziu a todas as soluções de *blockchains* privadas, a *permissioned*

blockchain, em que o acesso não é público e que implicam evidentemente um *tradeoff* em termos de transparência.

Há, na verdade, várias técnicas que procuram a preservação da privacidade. Mesmo na *bitcoin* essa é uma preocupação (nem sempre pelos melhores ou mais legítimos motivos). Daí surgirem, por exemplo, os serviços de *mixing*. Na *blockchain* as transações são anónimas mas só na medida em que os endereços não sejam ligados aos seus titulares, o que normalmente é assegurado evitando a repetição de endereços. Simplesmente tem sido demonstrado que é possível descobrir e cruzar os diversos endereços do utilizador analisando as transações no registo público da *blockchain*; pior ainda, demonstrou-se que é possível ligar estes endereços a endereços IP, desanonimizando os seus titulares. Por outro lado, quando se quer usar por exemplo *bitcoin* para fazer pagamentos tem de se fornecer dados pessoais ao vendedor ou prestador de serviços, o que significa que um terceiro pode seguir a transação e descobrir por esta via a identidade da pessoa. O que os serviços de *mixing* (também chamados *tumblers*) fazem é misturar os fundos de uns com os fundos de outros, para confundir o rasto até a fonte original dos fundos. Isto evidentemente que levanta muitos problemas mas não é o lugar para falar neles.

Nos mercados financeiros têm sido desenvolvidas soluções que visam precisamente assegurar a respetiva privacidade. Citaria a este propósito o exemplo do Corda, que é um projeto da *startup* R3 que assegura a validade da transação mas em termos que mantêm a sua privacidade (simplesmente esta tecnologia já não é *blockchain* e na verdade não se apresenta como tal). Por outro lado, e sobretudo, merece atenção o protocolo *Enigma*, que permite o desenvolvimento de “*secret smart contracts*”, caracterizados por os nós na *blockchain* serem capazes de computar dados sem os conseguirem efetivamente ver: esta rede *peer-to-peer* permite às diversas partes guardar conjuntamente dados mas mantêm-nos completamente privados (ou seja, permite-se a existência de “dados secretos partilhados: *secret-shared data*). O projeto tem origem em investigadores do MIT e a promessa é a de permitir aos utilizadores manter o controlo sobre os seus dados pessoais e assegurar a credibilidade à contraparte sem ter de efetivamente fornecer os dados. A diferença essencial em relação ao Ethereum ou outra plataforma é que os dados em si são confidenciais.

É neste contexto que surgem as *Zero-Knowledge (ZK) Proofs*, que têm gerado grande entusiasmo nos círculos financeiros por permitirem

a um “*prover*” assegurar a um “*verifier*” que tem conhecimento de determinado facto secreto sem revelar o segredo em si mesmo. Para se explicar a ideia é costume recorrer-se a um exemplo: imaginem que a Ana e o Bernardo estão à procura do Wally. A Ana encontrou o Wally e quer provar ao Bernardo que o encontrou mas não quer divulgar-lhe onde ele está. Como pode fazer isto? Arranja um cartão de grandes dimensões, corta um retângulo e, fora da vista do Bernardo, a Ana coloca no retângulo o Wally. O Bernardo fica convencido de que a Ana encontrou o Wally mas não fica a saber onde ele está porque atrás do cartão não consegue perceber a sua localização já que não se veem mais imagens da página. Para provar que está a usar efetivamente a página em causa (e não outro Wally noutra página) pode tapar o retângulo com uma mão e com a outra mão deslizar com cuidado o livro para fora do cartão para revelar a página inteira e provar que é a mesma página. É possível fazer isto em termos digitais, o que tem uma série de requisitos, naturalmente, mas a essência é validar a verdade de algo sem revelar essa verdade em si.

A necessidade de soluções como esta, nos mais diversos domínios, tem sido especialmente sublinhada em face da entrada em vigor do RGPD. Esta é uma área muito interessante em que se revela a necessidade de adaptar a tecnologia ao direito mas também o direito à tecnologia. O desafio está em garantir o próprio “mercado digital único”. O futuro da *blockchain* depende muito desta capacidade de adaptação de sentido duplo, uma vez que esta tecnologia é incompatível com a legislação europeia nas suas próprias bases conceptuais. A licitude propriamente dita da *blockchain* não está em causa mas muitas das suas utilizações podem revelar-se problemáticas e, no limite, podem ser encaradas como ilícitas, afetando o desenvolvimento tecnológico em curso. A tecnologia *blockchain* entra em choque com o RGPD nas suas mais profundas fundações, levando a que se aponte que o Regulamento já nasceu desatualizado ou, em alternativa, que a *blockchain* não possa ser usada para o processamento de dados pessoais. Os dados guardados na *blockchain* são públicos como vimos (e com o sentido que vimos) mas são frequentemente dados pessoais (mesmo na *bitcoin* os dados das transações são qualificáveis como tal), e a encriptação não é sinónimo de anonimização. Para efeitos do Regulamento, isso implica que a identificação seja irreversivelmente evitada (a encriptação é uma técnica de pseudoanonimização e não de anonimização; basta ver que é possível seguir as transações até uma específica identidade, como todos sabemos).

Acresce que o RGPD está pensado para uma arquitetura centralizada, para um modelo em que os dados são processados e guardados num servidor central, enquanto aqui os dados estão guardados numa multiplicidade dispersa de dispositivos. Aliás, a falta de intermediários é precisamente uma das grandes vantagens da *blockchain* mas torna dificilmente aplicável o Regulamento. É verdade que existem tendências para a centralização da *blockchain* mas estas são temidas precisamente por poderem conduzir a novas oligarquias e novas formas de autoridade às quais falta a legitimidade. Ainda assim, é certo que no caso das *blockchains* privadas ainda podemos identificar um “intermediário” – o operador do sistema – que funciona como “controlador” (*data controller*) em vez de serem todos os nós (ou nenhum).

Em todo o caso, permanecem muitos aspetos críticos quase sempre com raiz na suposta imutabilidade que caracteriza a *blockchain* e que é, afinal, o fundamento da confiança. Os dados, uma vez adicionados, ficam perpetuamente na cadeia e já não podem ser alterados ou apagados (ou melhor, só com muita dificuldade isso pode acontecer). Isto evidentemente põe em causa, em muitos aspetos, o Regulamento. Basta ver que a privacidade é encarada, no RGPD, como “controlo sobre os dados” (é a ideia de “autodeterminação informativa”) e que a *blockchain* torna premente saber até que ponto é possível manter esse controlo quando, em teoria, existe imutabilidade: os dados na *blockchain* vão sendo agrupados em blocos, registados nos diversos computadores ou nós, até atingirem uma dimensão determinada a partir da qual são ligados aos registos já existentes, através de um processo de *hashing* que é levado a cabo pelos mineiros. Ou seja, são estes que agregam as transações e ligam uns blocos aos outros com base num protocolo de consenso predeterminado (v.g., *proof-of-work* ou *proof-of-stake*). Claro que a imutabilidade rigorosamente não existe (como já houve casos que o demonstraram) mas existe uma grande dificuldade em alterar os dados, desde logo porque a modificação (no fundo, a substituição de um bloco por um novo bloco) implica o consenso de uma maioria dos nós que validam as transações.

Claro que se tem questionado se se encontrarão soluções alternativas ao apagamento no caso da *blockchain* e são várias as soluções potenciais apontadas. A *blockchain* está a ser modificada para ser capaz de se adaptar à legislação. Não é apenas a legislação a procurar adaptar-se aos desenvolvimentos tecnológicos. O mercado de capitais é apenas um exemplo.

Qual é a lição a tirar para a regulação deste mercado? Provavelmente que ainda não está definido o rumo que a regulação terá de assumir. No que toca ao tema da privacidade, o próprio mercado autocorrigue a *blockchain* (ainda que porventura fazendo desaparecer as suas características originárias).

Técnica e ideologia, ecossistema e comunidade: algumas considerações sobre as redes *blockchain* enquanto realidade jurídica

MARTINHO LUCAS PIRES*

I. Introdução

As tecnologias de registo partilhado (*distributed ledger technologies* ou “TRP”¹, das quais a *blockchain* é um tipo) são dos fenómenos tecnológicos que mais atenção têm despertado nos últimos anos, dado o seu potencial para alterar de forma substancial o modo como armazenamos e trocamos valor (*e.g.*, informação, direitos, moeda). O impacto social e económico da tecnologia e das suas aplicações mais conhecidas (os *smart contracts* e os denominados criptoativos) não têm escapado à atenção da ciência jurídica, que tem começado a debruçar-se cada vez mais e de forma mais profunda sobre o tema². Apesar do (ainda) reduzido tamanho do mercado de TRP, vislumbram-se tempos de grande transformação no horizonte, seja pelo crescimento do mercado de finança descentralizada, ou *DeFi*³, seja através de melhoramentos técnicos dos atores atuais

* Assistente convidado da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa.

¹ O presente texto é a continuação possível da exploração iniciada em LUCAS PIRES (2020). Desde a sua elaboração até à publicação houve muita coisa que mudou: o valor de mercado da Bitcoin está quase no trilião de dólares, fruto de um investimento crescente de fundos de investimento tradicionais; alguns projetos como a Cardano e Polkadot tornaram-se os mais sérios concorrentes da Ethereum, face à EOS e à Tezos, aqui discutidas; a Libra, do Facebook, mudou de nome e é um projeto que parece, para já, suspenso; e a Comissão Europeia já apresentou uma proposta de regulamento sobre o Mercado de Investimento em Cripto-Ativos. A questão abordada no presente texto não teve, no entanto, grandes desenvolvimentos.

² De publicações de referência, *vide* FINCK (2019), FOX e GREEN (2019), RAUCHS *et al.* (2018). Em Portugal, de destacar, entre outros, MENDES CORREIA (2017), DUARTE (2018), VIEIRA DOS SANTOS (2019) e ROLO (2019).

³ *Vide* ZETSCHÉ *et al.* (2020).

(atualização da rede *Ethereum*⁴), da entrada de novos atores no espaço (o projeto *Libra* do *Facebook*⁵) e da criação de moedas digitais por Bancos Centrais nacionais⁶. Desenvolvimentos esses que serão acompanhados de novas iniciativas legislativas e regulatórias, como a que a Comissão Europeia já veio anunciar recentemente, no âmbito das propostas que se encontra a elaborar sobre o mercado digital europeu⁷.

O funcionamento das redes TRP assenta não no poder de um só ator ou gestor de rede, mas sim na ação concertada dos seus vários utilizadores, que têm funções na atividade de definição de armazenamento e gestão de valor que as redes desenvolvem. Esta “descentralização” funcional, que releva depois na forma de “governo” das redes (isto é, no modo como são decididos e aceites os melhoramentos e alterações técnicas) leva a que os utilizadores se sintam investidos no projeto da rede, não apenas por um critério comercial, mas sim intelectual e moral. Cada rede TRP tem, assim, a sua “comunidade”, os seus membros, que partilham e participam na rede e investem na mesma o seu tempo e trabalho e também, arriscaríamos dizer, “um pouco de fé”. Mais do que isso, muitos destes utilizadores perfilham da ideologia libertária e anarcocapitalista que inspirou o desenvolvimento da tecnologia, o que inevitavelmente informa a relação dos utilizadores com a rede e com o futuro destes projetos, causando por vezes tensões que levam, em certos casos, a graves divisões e litígios.

Observando este dinâmico quadro humano que se organiza em redor de uma estrutura de código informático, interessa-me aqui refletir sobre o carácter jurídico das redes TRP e das ligações entre os seus membros, isto é, sobre o que são as TRP enquanto realidade jurídica, e como podem ou devem ser consideradas, do ponto de vista legal, as relações que se estabelecem entre os utilizadores das redes e a própria rede, e entre os utilizadores entre si, e quais as dificuldades ou limitações que se encontram e que tornam necessário a elaboração de regulação própria.

A presente reflexão encontra-se organizada da seguinte forma. Na primeira parte, apresento e explico brevemente o fenómeno das TRP, concentrando-me sobretudo nas suas características técnicas e no seu enquadramento ideológico. Na segunda parte exploro o tema das

⁴ CONSENSYS (2020).

⁵ LIBRA (2020).

⁶ PFISTER (2019).

⁷ COMISSÃO EUROPEIA (2019).

comunidades TRP, do seu impacto e importância, das suas dinâmicas e tensões no desempenho e gestão das redes. Na terceira parte debruço-me sobre o carácter jurídico das TRP, quer do ponto de vista do direito positivo quer do ponto de vista do direito a desenvolver.

II. TRP: técnica e ideologia

II.1 A tecnologia

As TRP⁸ são o que se designa em linguagem informática por “protocolos”, *i.e.* um conjunto de regras e procedimentos para a transmissão de dados entre computadores. Assim, numa definição simples, as TRP são bases de dados distribuídas entre vários computadores diferentes e autónomos entre si. Este modelo de base de dados opõe-se a um modelo mais centralizado, em que a informação se encontra toda registada num computador ou em vários computadores pertencentes à mesma pessoa ou entidade. A distribuição da base de dados por computadores diferentes traz, segundo os proponentes da tecnologia, maiores ganhos de segurança, pois em vez de haver apenas um ponto de ataque localizado existem vários, tantos quantos os computadores que quiserem participar na rede. Por outro lado, existem ganhos de transparência, visto que todos os computadores que detêm a base de dados acabam por poder verificar e gerir os movimentos de dados na rede. Existem igualmente ganhos de custo, visto que se eliminam intermediários indesejados: as pessoas usam a rede para interagirem umas com as outras, sem terem de contactar com outra entidade (por exemplo, um gestor de rede) para o fazer.

É preciso dizer que quando falamos de dados podemos estar a referirmo-nos a diversos tipos de informação, como por exemplo a informação relativa à propriedade de um determinado ativo (físico ou digital), ou código informático utilizado para desenvolvimento de aplicações e programas – por exemplo, outras TRP⁹. Uma rede TRP é, assim, dividida em três níveis: o código onde estão escritos o funcionamento da rede,

⁸ Para uma compreensão simples das TRP, *vide* LUCAS PIRES (2020). Para uma explicação mais completa, *vide*, por todos, RAUCHS *et al.* (2018), pp. 18-28.

⁹ Por exemplo: nos protocolos *Bitcoin* ou a *Litecoin* o que está em causa é somente o registo de dados de transações de criptoativos, enquanto nos protocolos *Ethereum*, *EOS* e *Tezos* registam-se dados de aplicações e programas.

a rede em si (onde está o registo de dados) e as aplicações/serviços/sistemas construídos em cima do nível de rede¹⁰.

Este modo de armazenar e gerir dados, apesar de trazer alguns ganhos de transparência e de segurança, tem bastantes custos de eficiência em comparação com modelos mais centralizados. Isto porque há limitações de espaço para registo de dados, o processamento dos mesmos é mais lento, e é difícil crescer em termos de dimensão. Cada computador tem uma cópia inteira da base de dados armazenada no seu servidor a correr mais ou menos em simultâneo com as dos outros computadores, e que tem de ser constantemente atualizada, o que implica uma grande capacidade de processamento (que por sua vez leva a crescentes gastos de energia) e uma consequente perda de velocidade de atualização. Se um computador é mais lento do que os outros, criam-se assimetrias e demoras. Quanto mais informação for inserida, maior será a necessidade de processamento, o que levará inevitavelmente ao recurso a maiores computadores com maior velocidade de processamento, e, portanto, a uma menor distribuição da rede e sua consequente “centralização”. Um dos grandes temas dentro do ecossistema é precisamente a forma de melhorar estes gastos, sem que tal implique perdas do ponto de vista de transparência e segurança¹¹.

O termo *blockchain* foi utilizado para definir a TRP da *Bitcoin*. Neste sentido, uma TRP é uma forma de organização do registo de dados em pequenas “blocos” ou “secções”, arrumados cronologicamente e ligados entre si por uma marca digital. Na rede *Bitcoin* os dados são inseridos do seguinte modo. Em primeiro lugar, é preciso que a informação em causa (por exemplo, o acordo entre duas pessoas para a transferência de um ativo) seja comunicada aos utilizadores da TRP; esta comunicação é efetuada através da utilização, por parte dos participantes da transferência, de uma chave criptográfica, que certifica a identidade do utilizador e confirma a sua autorização para a transmitir. Em segundo lugar, encontra-se a decorrer em paralelo com esta comunicação um processo de resolução, através de tentativa-erro, de um problema matemático aleatoriamente gerado pela rede. Existem utilizadores, denominados *miners*, que se dedicam exclusivamente a procurar resolver estes problemas com

¹⁰ RAUCHS *et al.* (2018), pp. 33-40.

¹¹ Uma das hipóteses sugeridas é o *sharding*, que consiste na repartição da base de dados por vários computadores, por oposição à partilha da base de dados por inteiro. Vide DANG *et al.* (2018).

os seus computadores. O computador que dispor de maior capacidade de processamento terá maior probabilidade de conseguir resolver o problema. Quando este último for resolvido, caberá ao *miner* vencedor a possibilidade de formar um bloco com a informação que foi comunicada à rede. O novo bloco terá a marca do bloco cronologicamente anterior; é esta marca que permite a verificação da integridade da rede, garantindo a continuidade entre cada bloco. Uma vez que um bloco fique finalizado, já é muito difícil que possa ser alterado, porque seria necessário que todos os computadores da rede o revertissem. Por fim, o protocolo da TRP automaticamente recompensa o *miner* vencedor com um número de ativos digitais gerados pela rede naquele momento de resolução do problema. Esta recompensa tem três objetivos: garante a continuação da rede com a formação de mais um bloco; incentiva os *miners* a dedicar os seus esforços (ou seja a energia dos seus computadores) para resolver os problemas; e, por fim, permite a geração dos ativos da rede, que podem depois entrar em circulação no mercado (o *miner* pode vendê-los ou convertê-los por dinheiro).

Esta forma de inserir dados e de desenvolver a rede serve para conseguir evitar o risco maior associado ao facto da mesma ser distribuída e descentralizada, *i.e.*, de não ser controlada por nenhuma entidade em específico: o desconhecimento e falta de confiança entre utilizadores, que pode levar a que alguns se aproveitem das regras do sistema a seu favor, contra os interesses da rede e de outros utilizadores. Em ciência computacional define-se esta situação como “ambiente adversário”¹²; as TRP são, assim, uma estrutura digital construída para transferir dados de forma distribuída, contra os riscos que normalmente existem neste tipo de ambientes. Em vez de terem de confiar diretamente uns nos outros, os utilizadores confiam no “código”, ou seja, nas regras da rede e no seu modo de funcionamento.

III. A ideologia

A tecnologia, como qualquer forma de expressão humana, não é neutra: é desenhada para conseguir atingir um determinado objetivo, seja esse social, comercial ou ideológico¹³. Como o sentido da própria palavra indica, o que está em causa é a técnica, o modo de agir, mas esse modo

¹² RAUCHS *et al.*, (2018), p. 15.

¹³ Vide OBERDIEK (2008), pp. 67-77.

(os seus efeitos, os seus propósitos, a sua forma) não são nunca irrelevantes, pois pressupõem uma opção por uma maneira determinada de fazer as coisas, de tentar atingir um fim (que normalmente é a obtenção de maior conforto, maior eficiência, maior segurança). Os próprios valores e benefícios relacionados com a adoção de uma determinada tecnologia nunca são absolutos, mas sim relativos – são benefícios e valores quando vistos e analisados em comparação com *outras* tecnologias e realidades, com outros modos de ação e de atuação, com outros ganhos, vantagens e custos. E os ganhos são definidos enquanto tal por considerações morais e ideológicas de quem analisa. Dependendo da posição adotada, as vantagens podem na realidade ser desvantagens. Da mesma forma que não há ações perfeitas, também não há tecnologias perfeitas; o que há são projetos tecnológicos que, tal como outros projetos discursivos (como o Direito, por exemplo), representam uma determinada posição sobre o que deve ser o desenvolvimento, coabitação e interação humana.

As TRP não são exceção: o seu propósito, espelhado nas suas características técnicas e desenho estrutural, é o de facilitar a criação de sistemas para a transferência de dados que sejam colaborativos, descentralizados e semiautónomos, funcionando através da ativação de pequenos programas que depois correm de forma automática (os comandos informáticos erroneamente definidos como *smart contracts*, pois não são nem *smart* nem *contracts*, mas sim comandos pré-programados para iniciar uma sequência de ações quando ativados por uma ordem definida¹⁴). O grande objetivo destas redes é conseguir criar uma estrutura que seja mais resiliente e segura a ataques externos e internos do que os sistemas que temos atualmente em funcionamento, que seja mais transparente para permitir uma melhor fiscalização da atividade dos utilizadores, e que seja o mais automático possível, isto é, com o mínimo de comandos humanos necessário. No fundo, a rede serve para garantir o maior espaço possível de autonomia individual face a constrangimentos externos. A descentralização técnica da rede é, assim, um caminho para atingir um objetivo, o que não quer dizer que seja o único ou até o melhor caminho. É mais seguro confiar num sistema de armazenamento de dados criado por uma empresa multinacional, formada de maneira lícita, publicamente conhecida e sediada numa jurisdição definida, cujos programadores e administradores são identificáveis (por exemplo, a Microsoft ou a Apple), ou no código de uma rede desenvolvida por um autor desconhecido, e cujo funcionamento

¹⁴ RAUCHS *et al.* (2018), p. 37.

depende de uma série de pessoas espalhadas por diferentes jurisdições (como, por exemplo, a *Bitcoin*)? Queremos um sistema mais eficiente, mas centralizado, ou mais transparente, mas menos privado? Sem querer entrar a fundo na discussão destas questões¹⁵, gostaria de chamar a atenção para o facto de que uma possível resposta às mesmas depende irremediavelmente de uma posição sobre o que são, coletivamente falando, os valores que estão em causa e a melhor forma de os prosseguir.

A opção ideológica por este tipo de características técnicas foi assumida desde início no protocolo *Bitcoin*¹⁶. O desconhecido autor do protocolo, Satoshi Nakamoto, queria criar um sistema de pagamentos autónomo, livre das ações dos Bancos Centrais, dado aquilo que considerou serem os efeitos desastrosos da política monetária seguida por estas instituições durante a crise de 2008. A *Bitcoin* seria assim uma forma de “contrapoder” monetário e digital, a nova “tocha” de um movimento tecnolibertário e anarcocapitalista, que procurava uma segunda internet, ou seja, um segundo momento (visto que a internet se tornou hoje um domínio controlado por Estados ou grandes empresas multinacionais) de desenvolvimento tecnológico que permitisse ao indivíduo viver livre de qualquer forma de coação estatal ou privada. A rede *Bitcoin*, cujo funcionamento depende dos utilizadores do protocolo, seria uma forma de permitir que qualquer pessoa que tivesse uma ligação à internet pudesse trocar valor entre si, sem estar dependente de qualquer espécie de intermediário poderoso (e que, na ótica libertária, seria passível de comportamentos “abusivos”), e sem ter de se preocupar com qualquer intervenção de autoridades estatais. Estas características ganharam, para várias pessoas, um significado moral, axiológico, e converteram-se num autêntico “movimento” à escala global, com fóruns próprios, onde se defende e desenvolve uma sociedade digital descentralizada.

É preciso ter em conta, no entanto, que a concretização prática deste quadro ideológico está longe de ser simples. Aliás, é interessante ver como os grandes desenvolvimentos que as TRP nos trouxeram – os criptoativos ou “criptomoedas” – foram adotados por grandes empresas multinacionais ou bancos centrais e os seus propósitos originários “harmonizados” com tradicionais interesses comerciais ou soberanos. É igualmente interessante ver como o princípio fundamental ideológico

¹⁵ Discuto isto em LUCAS PIRES (2020). *Vide* o artigo de Ana Taveira da Fonseca nesta coletânea.

¹⁶ MAGNUSON (2020), pp. 16-40, e POPPER (2016), pp. 7-13.

por trás das TRP – a descentralização – foi subvertido num novo tipo de linguagem empresarial que pouco ou nada se relaciona com as ideias originais dos projetos desenvolvidos¹⁷. Isto tem que ver não só com o interesse em utilizar a palavra para representar (erroneamente) um determinado tipo de projeto, por forma a colocar esse projeto dentro de um determinado mercado ou movimento, mas também com a própria amplitude do significado da palavra. Descentralização, mais uma vez, não é um princípio absoluto, mas sim relativo; não há um grau “ótimo” de descentralização, e toda a descentralização exige sempre algum nível de centralização para que a realidade em causa possa atuar eficazmente¹⁸.

Outro desenvolvimento que não veio abonar a favor da tecnologia, criando dúvidas sobre a utilidade do princípio da descentralização e da ideologia libertária foi a utilização de criptoativos e das redes TRP para negócios ilícitos, como lavagem de dinheiro ou comércio de bens proibidos¹⁹. A utilização de técnicas criptográficas nas TRP permite a pseudonimização dos seus utilizadores, facilitando o encobrimento de atividades dos serviços de supervisão estatais. O problema de existir um sistema financeiro a funcionar fora do quadro regulatório instituído nacional e internacionalmente é a possibilidade desse mesmo sistema poder ser usado para fins à margem da legalidade, tornando-o desse modo uma ameaça a importantes bens jurídicos sociais. A descentralização pode ser vista, assim, tanto como uma forma de evitar abusos de determinados autores, como um modo de perpetuar outros tipos de abuso por parte de outro conjunto de autores. A crescente regulação financeira sobre a compra e venda, depósito e câmbio de criptoativos tem incidido fortemente sobre o combate ao branqueamento de capitais através da utilização desta tecnologia, o que tem facilitado a sua progressiva e segura adoção; no entanto, isso implica que estas redes acabam por ficar, de uma certa maneira, dentro da órbita regulatória, e não à sua margem, como pretendiam os seus proponentes.

Acrescente-se ainda que os exemplos comerciais de TRP e *blockchain* existentes têm muitas diferenças técnicas e ideológicas com o protocolo “original” da *Bitcoin*. A título de exemplo, há protocolos que só podem

¹⁷ Veja-se, por exemplo, o desenvolvimento de *blockchain* empresariais pela IBM, Ernst and Young ou a Ripple Labs.

¹⁸ Sobre a descentralização e o seu alcance *vide* LUCAS PIRES (2020) e BODÓ e GIANNOPOULOU (2019).

¹⁹ Vide MAGNUSON (2020), pp. 70-72.

ser descarregados e utilizados por entidades previamente autorizadas para o efeito pelos criadores da rede, enquanto outras redes são de acesso livre. O modo de consenso (*i.e.*, a forma de inserir e validar informação na rede) também é diferente, com algumas redes a adotarem modelos em que o processo não depende de gastos energéticos (modelo *proof of work*) mas do montante de criptoativos que um utilizador tem (chamado *proof of stake*). As redes têm, igualmente, diferentes formas de “governo”, como iremos passar a desenvolver de seguida.

Tudo o que foi dito anteriormente tem como propósito demonstrar três coisas. A primeira é que as TRP e a sua vertente *blockchain* não são, na sua base, uma tecnologia neutra em termos de propósito e de características: foi criada para um determinado fim, para resolver um determinado problema de uma determinada maneira. A segunda é que muitas vezes existe um desfasamento entre o discurso ou narrativa sobre os valores da tecnologia e a sua adoção prática e desenvolvimento. Isto porque as características da tecnologia permitem o seu uso para fins que não os pretendidos pelos proponentes das TRP, e porque não há acordo sobre o significado e alcance último dos princípios fundamentais da tecnologia. A terceira e última é de que o funcionamento destas redes depende de um compromisso moral e de identificação dos seus utilizadores com o propósito da rede em si e da tecnologia. Passo a desenvolver este último ponto na secção seguinte.

IV. As comunidades *blockchain* e o governo das redes

IV.1. Ecosistema e comunidade

O entusiasmo provocado pelo surgimento das TRP e produtos associados levou à criação de um agrupamento de entusiastas em seu redor, bem como de uma narrativa (com contornos por vezes mitológicos) que fortaleceu a ideia de “movimento”. Estes entusiastas incluem empresários, utilizadores, clientes, programadores, estudantes e investigadores, que investiram, trabalharam, estudaram ou dedicaram-se a desenvolver a tecnologia e formas de negócio acessórias. Mais do que um mercado – ou primeiro do que este – gerou-se um “ecossistema”, ou seja, um conjunto diferenciado e complexo de atores que se relaciona de forma intensa sobre os temas ligados às TRP.

Este ecossistema é complexo, composto por elementos muito diferentes e que ocupam/exercem diferentes tipos de funções e atuações face

à rede²⁰. Os elementos mais importantes são os utilizadores e os programadores²¹. São estas duas categorias de atores que detêm e exercem poder de forma mais decisiva nas TRP, e dos quais depende o sucesso último das mesmas. Existem diferentes tipos de utilizadores, bem como diferentes tipos de programadores, dependendo da função que exercem face à rede, que passarei a descrever nos parágrafos seguintes.

Por utilizador deve entender-se não tanto o cliente final ou beneficiário último do produto que a TRP oferece, mas sim aquele que participa ativamente no funcionamento da rede, ao fazer correr o protocolo no seu computador e/ou a participar na atividade de validação de informação²². Como as redes são distribuídas e descentralizadas, os utilizadores acabam por ter duas tarefas muito importantes. A primeira é o processamento da rede em si: cada computador que descarrega o protocolo acaba por ter uma cópia da rede inteira que tem de ser atualizada constantemente com as alterações (novos blocos, melhoramentos, atualizações, etc.). A segunda é a validação da informação que é inserida. Como foi explicado anteriormente, cabe aos utilizadores fazer com que a informação comunicada seja inserida na rede e confirmar a conformidade da comunicação dessa informação. O exercício e alcance desse poder vai depender do mecanismo de consenso em concreto, se é *proof of work*, *proof of stake*, ou outro.

Por outro lado, o programador é alguém que escreve e presta serviços de elaboração de linguagem informática. Existem os programadores que criaram a rede, que lançaram o seu projeto e lhe deram a sua marca comercial e ideológica. Estes programadores – como, por exemplo, Satoshi Nakamoto face à *Bitcoin* e Vitalik Buterin face à *Ethereum* – têm uma influência e autoridade sobre o funcionamento da rede, e o modo como o projeto se deve desenvolver²³. No caso da *Bitcoin*, o seu fundador acaba por ter um estatuto quase mitológico, dado o desconhecimento da sua verdadeira identidade e as constantes notícias sobre quem poderá ser²⁴. Existem igualmente os programadores que cuidam da rede, isto é, que

²⁰ RAUCHS *et al.* (2018), pp. 28-30.

²¹ Sobre os utilizadores *vide*, por exemplo, DE FILLIPI e LOVELUCK (2016); sobre os programadores *vide* WALCH (2019).

²² Veja-se, por exemplo, a definição de utilizador no acordo de utilizadores da rede EOS em EOS (2019).

²³ Os textos de Satoshi Nakamoto encontram-se num repositório digital, enquanto que Vitalik Buterin trabalha na fundação *Ehtereum* e escreve regularmente nas redes sociais sobre tópicos do mercado e da tecnologia.

²⁴ *Vide* POPPER (2016), capítulos 1 a 3 e 30.

asseguram a manutenção do código do protocolo e procuram resolver situações críticas ligadas ao seu funcionamento, introduzindo alterações – os chamados *core developers*²⁵. Por fim, como muitas das redes são de código aberto (o código encontra-se disponível em repositórios *online* para que qualquer pessoa o possa estudar, analisar e trabalhar) existem programadores que analisam o código e sugerem as alterações, sem, no entanto, poderem introduzir diretamente essas alterações na rede.

A relação que se gera entre estes atores, bem como a relação que se estabelece entre os mesmos com os restantes atores do mercado – sejam eles entusiastas, investidores ou clientes – faz com que cada rede TRP acabe por ter à sua volta um grupo de entidades e pessoas que discute e decide, em fóruns próprios e muitas vezes indicados nos sítios das próprias redes, sobre o futuro do projeto TRP, dos seus melhoramentos, a sua relação com o projeto original, com outros projetos, e o seu futuro. Entre membros do ecossistema e na imprensa especializada estes grupos são muitas vezes apelidados de “comunidades”. São exemplos mais modernos daquilo que em 1993 Howard Rheingold batizou de “comunidades virtuais”²⁶ relativamente a grupos que se juntavam na internet: agregações sociais onde se estabelecem relações e laços pessoais suficientemente fortes ao ponto de criar uma identidade coletiva.

IV.II. As comunidades e o governo das redes TRP

A gestão e funcionamento das redes TRP é feito pelas comunidades, pelos seus utilizadores e programadores. Mas como é que este processo acontece? Fala-se, no mercado e na doutrina, no governo das redes, que parece indicar uma forma ou modelo de dirigir estas estruturas a partir de métodos deliberativos definidos.

O modo de governo numa rede TRP é o processo pelo qual são formadas, tomadas e aplicadas decisões relativas ao código da rede, como por exemplo a sua atualização ou retificação. Não se trata tanto da prática de atos de manutenção do código (tarefa a cargo dos *core developers*, que trabalham sobre o código de base da rede) mas sim de decisões mais estruturais, como resolução de um problema que afeta de forma grave o funcionamento da rede (*e.g.*, um erro num código ou aplicação que leva ao desvio inapropriado de fundos), ou de alteração do modo de consenso,

²⁵ Sobre os *core developers*, leia-se o testemunho de RETTIG (2018).

²⁶ RHEINGOLD (1993), p. 3.

ou de aumento do espaço disponível em cada bloco²⁷. O desempenho da rede depende do governo, e os processos que permitem o exercício deste pressupõem, em linha com a ideologia colaborativa, aberta e descentralizada das TRP, uma coordenação entre programadores e utilizadores. Os primeiros são os únicos que podem aceder e alterar o código, enquanto os segundos são os que o fazem correr; se cada um se recusar a fazer a sua tarefa, a rede fica estagnada.

Os processos de governo podem ser internos – decorrem *através* da rede²⁸ – ou externos – decorrem *fora* da rede, em fóruns ou outros lugares de discussão. Alguns processos, como os da rede *EOS* e *Tezos*, são relativamente formais e encontram-se estabelecidos em documentos; caso das redes *Bitcoin* e *Ethereum* o processo é mais informal e encontra-se estabelecido em práticas passadas. *Grosso modo*, o governo das redes TRP, quer interno ou externo, consiste na apresentação de propostas e na sua discussão pela comunidade quanto às mesmas, acabando por se chegar a um acordo quanto à sua adoção ou rejeição, e em que termos. Segue-se um teste das alterações propostas; dependendo do sucesso das mesmas a comunidade decide-se pela sua implementação. No caso da rede *EOS*, as decisões são tomadas pelos utilizadores que produzem as secções ou blocos (“os produtores”), que são escolhidos e votados pelos utilizadores.

Nas redes *Bitcoin* e *Ethereum* não há uma diferença formal, em termos de participação no processo de governo, entre utilizadores, vigorando – pelo menos de forma presumida – o princípio de uma pessoa, um voto. Isto não quer dizer que todos os utilizadores estejam de facto na mesma posição em termos materiais: os *miners* com maior dimensão ou os investidores no protocolo, ou os fundadores da rede terão uma influência maior no processo de decisão. Noutros protocolos, como na rede *EOS* e na rede *DASH*, o voto está ligado à quantidade de criptoativos que os utilizadores detêm, pelo que o poder decisório está nas mãos de quem “investiu” mais na rede. A diferenciação entre utilizadores para efeitos de governo fica assim estabelecida de maneira formal pelo código da rede.

O governo das redes, tal como a estrutura técnica e a base ideológica das mesmas, assenta numa lógica de coordenação e de consenso. A falta

²⁷ *Vide* estes casos, que sucederam, respetivamente, nas redes *Bitcoin* e *Ethereum*, em DE FILLIPI e LOVELUCK (2016), pp. 7-9; sobre os programadores *vide* WALCH (2019), pp. 62-64.

²⁸ Casos das redes *EOS* e *Tezos*.

de acordo entre membros da comunidade, sobre questões de alteração do código da rede, pode levar a um evento de separação ou *hard fork*. Nesta situação, alguns membros que discordam das alterações propostas podem rejeitar atualizar a rede nos seus computadores, ficando com uma versão antiga da mesma, face à nova que passa a correr nos computadores dos utilizadores que decidiram descarregar a atualização. Referi anteriormente que estes *forks* podem acabar por prejudicar a rede, ao mostrar divisões no projeto, enfraquecendo o seu potencial²⁹. Hoje, após considerar as evoluções de algumas redes que resultaram de *hard forks* – a rede *Bitcoin Cash*, a rede *Bitcoin SV* e a rede *Ethereum Classic* – não estou tão certo disso; diria antes que são os projetos que se mantêm desatualizados que têm mais dificuldade em crescer e se distinguir do projeto principal. No fundo, o sucesso ou impacto de um *hard fork* dependerá sempre da capacidade de afirmação dos projetos, de onde a maioria dos programadores e utilizadores principais (e com maior competência técnica e financeira) estiverem.

Um exemplo recente e interessante desta dinâmica entre membros de uma comunidade TRP e o projeto, dos modelos de governo em ação e da forma como a defesa do mesmo (dos ideais e princípios) é encarada sucedeu na rede *Steem*³⁰. A *Steem* é uma TRP que tem como propósito a partilha de conteúdos *online* (vídeos, música, texto). A *Steem* foi criada por uma empresa chamada *Steemit Inc*, que lançou a rede e desenvolveu a comunidade. No início deste ano a *Steemit Inc* foi adquirida por Justin Sun, o fundador de uma outra rede, a *TRON*. A *Steem* tinha um modelo de consenso de *proof of stake* delegado, semelhante ao que existe na rede *EOS*, segundo o qual são produtores ou “testemunhas” votados por utilizadores que decidem alterações ao código da rede. Para se votar é preciso ter criptoativos gerados pela rede. Graças aos criptoativos *Steem* detidos pela *Steemit Inc*, e ao apoio de algumas *exchanges* (casas de câmbio onde se pode depositar e trocar criptoativos por outros criptoativos ou moeda nacional), que usaram os criptoativos *Steem* que tinham depositados nas contas de alguns utilizadores, Justin Sun tinha maior poder de voto e conseguiu eleger produtores que servissem os seus interesses e que tomassem a decisão para transferir a rede *Steem* para a rede *TRON*, contra a vontade de muitos utilizadores e programadores da plataforma original. Estes últimos reagiram, criando uma rede

²⁹ LUCAS PIRES (2020).

³⁰ DALE (2020).

que servisse “os propósitos originais”³¹ da *Steem*, contra este controle que consideraram abusivo e “centralizado”, apesar de ter sido efetuado segundo os modelos de governo em prática. Os utilizadores e programadores descontentes provocaram assim um *hard fork*, que levou à criação de uma nova rede, a *Hive*, para onde migraram. Um dos participantes neste processo afirmou, ao refletir sobre a situação, que “*the true power of blockchain is combining a strong community foundation with solid code to match*”³², enquanto outro participante disse que “*Anyone can run code and call it a blockchain. It’s open source and permissionless. What creates a real public blockchain is distributed consensus. Hive has that consensus. SteemTron does not. What matters, as always, is human conscious attention*”³³. Estas declarações demonstram o grau de compromisso e ligação dos membros de uma comunidade ao projeto de descentralização das TRP, e da importância que a ideologia descentralizada tem no ecossistema.

V. As redes TRP enquanto realidades jurídicas: considerações

Vimos que as redes TRP são estruturas digitais para a colaboração e coordenação de atividades humanas de forma descentralizada, isto é, sem intermediários. A sua existência e funcionamento dependem e são suportados por um substrato humano, um coletivo formado por entidades e pessoas que visam prosseguir e atingir um propósito comum, um objeto comercial e social, de contornos relativamente definidos. Existem assim algumas semelhanças, pelo menos materiais, com outras formas de manifestação de uma expressão coletiva: há uma organização, assente em princípios partilhados, e um objetivo que se visa atingir através desta expressão.

As figuras a que o Direito reconhece personalidade coletiva encontram-se tipificadas na lei. Assim, para que uma coletividade humana se forme e ganhe a possibilidade de ser sujeito autónomo de direitos e deveres tem de se registar junto das autoridades estatais através de um processo definido por lei, cumprindo vários requisitos, entre os quais a definição de um contrato social, onde se estabelecem, entre outras coisas, a firma, a sede, o objeto e os modelos de governo e administração, identificando-se

³¹ STOKES (2020).

³² HENSLEY (2020).

³³ STOKES (2020).

os participantes (*e.g.*, associados, sócios, acionistas). A lei estabelece igualmente um conjunto de direitos e deveres dos órgãos de gestão e dos órgãos deliberativos das pessoas coletivas, pelo que a opção por modelos de governo é limitada ao que está legalmente prescrito. Assim, *de jure condito*, as TRP não são pessoas coletivas no ordenamento jurídico português nem se podem subsumir, devido ao seu modelo de governo descentralizado, a uma categoria típica já existente – o modelo mais próximo seria o das cooperativas, mas mesmo nesse regime seria necessário cumprir com um regime jurídico tipificado e eleger órgãos de administração centralizados³⁴. De notar que existe pelo menos uma jurisdição – o estado de Vermont, nos Estados Unidos da América – que reconhece a personalidade coletiva a uma TRP, desde que registada de acordo com os trâmites legais e se forme como uma sociedade de responsabilidade limitada³⁵, e que Malta já considerou estabelecer, legalmente, a personalidade jurídica de organizações digitais³⁶.

E de jure condendo? Devem as TRP ser reconhecidas pelo legislador como uma nova forma de pessoa coletiva? Julgo que apesar da sua organização, há elementos característicos que tornam muito difícil a consideração das TRP enquanto figuras coletivas autónomas. Em primeiro lugar, tenho muitas dúvidas de que na base da formação da rede exista um verdadeiro contrato ou pacto social, que demonstre inequivocamente uma vontade constitutiva de uma nova coletividade para o exercício de direitos e deveres e com um objetivo estável e permanente. Uma TRP é constituída pelos seus programadores e lançada na rede, como um mero programa; quem quiser participar só tem de descarregar a rede e ativá-la no computador. Os documentos que acompanham as redes, nos seus sítios da internet, incluem apenas a explicação técnica e ideológica da rede, e os seus objetivos comerciais a longo prazo, assemelhando-se mais a um manual de instruções ou a um prospeto do que a estatutos sociais, já para não falar de uma “constituição”, como algumas redes nomeiam o seu acordo entre utilizadores³⁷. A participação na rede é opcional, sendo que não são claros quais os direitos e obrigações que se geram por se descarregar o protocolo e tê-lo ativo no computador.

³⁴ De acordo com a Lei n.º 119/2015, de 31 de agosto, que institui o Código Corporativo.

³⁵ WALCH (II) (2019), p. 64.

³⁶ TENDON e GANADO (2018).

³⁷ Nome inicialmente dado ao acordo de utilizadores da rede *EOS*.

Em segundo lugar, a informalidade e limitação dos meios de governo e administração também criam algumas dificuldades quanto à definição de quais os direitos e deveres que os utilizadores têm perante a rede. Não existem eleições de programadores: os *core developers* são muitas vezes convidados por outros para participarem na manutenção da TRP, não existindo qualquer vínculo ou acordo formal entre a rede e estes (por exemplo, os programadores *Bitcoin* são pagos por outras empresas e entidades externas à rede³⁸), ou pelo menos não existindo nenhum acordo transparente entre os criadores da rede e os programadores³⁹. Também não existe relação formal entre os *miners* e a rede: não existe nenhuma obrigação deste tipo de utilizadores de gerar as secções ou de aceitar estas ou aquelas transferências, apenas sistemas de incentivo. Se existir um problema de rede em que esta não gere os incentivos, existe alguma espécie de incumprimento, no sentido de uma relação jurídica? Ou se os *miners* não gerarem blocos, isso gera algum tipo de ilícito ou é razão para incumprimento? Em terceiro lugar, as redes não têm sede, nem estão limitadas a uma única jurisdição, o que dificulta a aplicação de um critério normativo fixo de definição de pessoa coletiva.

Alguma doutrina estrangeira tem reconhecido certos fenómenos de organizações digitais criadas a partir de redes TRP, que têm o nome de *decentralized autonomous organizations* ou *DAO*, como sendo parcerias ou sociedades *de facto*, mas não de Direito⁴⁰. As *DAO* têm algumas semelhanças com as TRP – são ambas estruturas de código informático distribuído, com formas de deliberação descentralizadas, que funcionam a partir da introdução de comandos externos. A diferença é que as *DAO* correm por cima de uma rede TRP, e são geralmente organizações mais pequenas (com menos participantes do que as TRP) e com objetos ou propósitos mais definidos e imediatos (fundos de investimento, por exemplo). Pode-se questionar se as TRP não podem ser, tal como as *DAO*, consideradas como parcerias, sociedades irregulares, ou pessoas coletivas *de facto* e não de Direito. Independentemente dessas considerações, as consequências continuam a ser as mesmas, pelo menos do ponto de vista do ordenamento jurídico português: falta de personalidade jurídica, e de capacidade de se vincularem ou serem vinculadas.

³⁸ VAN WIRDUM (2016).

³⁹ WALCH (2019), pp. 66-67.

⁴⁰ ROLO (2019), pp. 62-72.

Num certo sentido, as redes TRP assemelham-se bastante a plataformas digitais de economia colaborativa. O produto de uma plataforma Uber, ou de uma plataforma Airbnb (só para dar alguns exemplos) não é propriamente a viagem de carro, nem a casa, nem a compra do bem que nos é trazido a casa. O produto de uma plataforma “partilhada” é a própria rede onde posso encontrar quem esteja disposto a prestar estes serviços. A mesma situação ocorre com as redes sociais, como o Facebook, o Twitter ou o LinkedIn: o produto é a rede em si, onde eu me posso inscrever para partilhar informação com os meus contactos⁴¹. As TRP são uma versão distribuída e descentralizada deste tipo de plataformas comerciais: a rede TRP da *Bitcoin* é utilizada para transferir Bitcoin para outro utilizador; a rede *Ethereum* é utilizada para o desenvolvimento de aplicações e programas; a rede *Compound* é utilizada para a realização de mútuos de criptoativos entre utilizadores, e por aí adiante. Podemos pensar nas redes TRP como a versão descentralizada e extrema da economia colaborativa, pois eliminam os próprios proprietários e gestores das plataformas. No entanto, este tipo de estruturas digitais da economia partilhada ou colaborativa dispõem de condições contratuais que regem a relação dos prestadores de serviço e dos seus clientes com a rede (ou seja, com a empresa que desenvolveu a rede), definindo e limitando as responsabilidades uns dos outros. Tal não existe nas TRP, ou pelo menos quando existe, como no caso do *EOS*, não é claro quem é a contraparte, isto é, com quem é que os utilizadores se estão a comprometer a cumprir com o definido nos termos e condições (com a rede? Uns com os outros? Com os criadores da rede?). Mas apesar disso, parece-me que o modelo das redes TRP, mesmo que descentralizado, se assemelha bastante com o destas plataformas, e que muitas discussões que se levantam atualmente sobre regulação das mesmas podem ser colocadas igualmente face às TRP⁴². Creio que seria um caminho mais interessante de tratamento jurídico e com maiores possibilidades de sucesso do que a atribuição de personalidade jurídica.

Este entendimento ajuda-nos também a melhor compreender e delimitar as situações de responsabilidade que podem surgir dentro deste meio descentralizado. A atribuição de responsabilidade implica a imputação

⁴¹ O que não quer dizer que a rede não possa oferecer serviços para dinamizar os modos de interação com outros utilizadores (como promoções, funcionalidades especiais, ou descontos).

⁴² Sobre as plataformas, *vide* o relatório da COMISSÃO EUROPEIA (2018).

das consequências da prática de um ato; a pessoa ou entidade que agiu perante a realidade deve responder pelos efeitos que a essa ação provocou perante outros⁴³. De particular interesse para a ordem jurídica é a situação dos efeitos provocados serem lesivos da situação jurídica de outros, por quebra de acordo anteriormente celebrado (responsabilidade contratual) ou por prática de um facto ilícito (responsabilidade extracontratual).

A responsabilidade por incidentes ocorridos a partir de uma TRP tem de ser enquadrada dentro desta lógica. Por exemplo, numa situação em que um utilizador defrauda outro numa transferência de dados, estaremos perante uma situação de responsabilidade contratual. A falta, no entanto, de acordos precisos e claros de atribuição de direitos e deveres entre utilizadores acaba por criar zonas dúbias de atribuição de responsabilidade. No caso de um *miner* se recusar a formar o bloco, existe algum incumprimento perante os outros utilizadores? Se provocou um dano, pode dar azo a responsabilidade extracontratual, desde que se verifiquem os critérios estabelecidos na lei?

A falta de personalidade jurídica das TRP faz com que as mesmas não possam ser imputáveis, o que leva igualmente à questão de saber se alguém (e, se a resposta for afirmativa, quem?) deve responder pelo dano provocado por um erro da rede, por exemplo, no caso de existir um problema com o código. A resposta simples – se considerarmos que deve ser imputada responsabilidade a alguém por erros da rede, sendo uma outra hipótese entender que a participação neste tipo de redes é um risco, que corre por conta do utilizador – será atribuir a responsabilidade ao criador da rede, ou aos seus criadores, os programadores originais, pois foram eles que definiram as regras e lançaram o protocolo. A outra questão são os casos de *hard fork*, e resultados subsequentes, com possíveis danos para utilizadores, se tais atos devem ou não gerar responsabilidade dos que decidiram atualizar o protocolo, ou dos que recusaram e se mantiveram “fiéis” ao código original.

Deve igualmente falar-se do papel dos *core developers* face à rede, da importância que assumem perante o mercado e a comunidade, enquanto “fiduciários” de uma TRP. As suas ações e poderes devem ser alvo de atenção e escrutínio jurídico dada a possibilidade de conseguirem alterar o código, e das relações que mantêm (particularmente do ponto de vista financeiro) com os fundadores das redes, mesmo que estes estejam aparentemente desligados do projeto do ponto de vista formal.

⁴³ CORTÊS (2020).

As respostas a estas questões só podem ser dadas após consideração cuidada das relações que se estabelecem entre os utilizadores da rede em si, e os utilizadores e a entidade ou pessoa que gerou a rede, e perante uma situação concreta de dano ou incumprimento. A existência de um verdadeiro pacto com direitos e deveres, claros e precisos, que regulem a participação de todos os membros da comunidade na rede, gerando expectativas de uma colaboração estável e para o futuro, pode ajudar bastante neste sentido. Como referi anteriormente, algumas redes já têm uma espécie de “termos e condições” de participação; no entanto, torna-se necessário que esses termos sejam o mais definidos possível e não apenas um conjunto de conceitos tecnológicos com pouco significado jurídico. A existência de códigos de conduta pode ajudar a clarificar e a fortalecer o quadro de direitos e deveres dos utilizadores e, dessa forma, contribuir para a criação de um mercado digital mais estável e próspero⁴⁴.

VI. Notas finais

As redes TRP são um fenómeno de colaboração humana e digital que pode trazer benefícios para o desenvolvimento tecnológico e, consequentemente, social e económico. No entanto, existem riscos associados à participação e uso destas redes que têm de ser acomodados pelo Direito, sob pena de pôr em causa situações jurídicas que merecem proteção. Já referi isto noutro lugar; aqui gostaria de reforçar o ponto. As redes TRP propõem um modo de interação mais digital, mas não menos humano nem menos passível de controlo e respeito pelas posições dos seus participantes. Já em 1997 James Boyle alertava para a cegueira do “libertarianismo digital” face aos riscos colocados pelo poder privado⁴⁵. Os modelos de governo descentralizados podem trazer vantagens e permitir a criação de um espaço digital mais seguro e transparente, mas precisam, para ter sucesso, de uma maior clareza e precisão quanto aos direitos e deveres de todos os envolvidos no seu funcionamento. Cabe definir qual a melhor forma de o fazer, se por desenvolvimentos naturais de mercado e ultrapassagem de “dores de crescimento” pela prática, ou se através de alguma ação regulatória.

⁴⁴ *Vide*, neste sentido, HACKER (2019), REYES (2019) e NEITZ (2020).

⁴⁵ BOYLE (1997).

Bibliografia

- BENEDETTO NEITZ, Michele, “Ethical considerations of blockchain: do we need a blockchain code of conduct?”, in *The FinReg Blog*, 21 de janeiro de 2020, disponível em <https://sites.law.duke.edu/thefinregblog/2020/01/21/ethical-considerations-of-blockchain-do-we-need-a-blockchain-code-of-conduct/> (consultado a 9 de junho de 2020).
- BODÓ, Balázs e GIANNOPOULOU, Alexandra, “The logics of technology decentralization: the case of Distributed Ledger Technologies”, in *Amsterdam Law School Legal Studies Research Paper No. 2019-05*, 2019.
- BOYLE, James, “Foucault in Cyberspace: Surveillance, Sovereignty, and Hardwired Censors”, in *University of Cincinnati Law Review*, n.º 66, 1997, pp. 177-205.
- COMISSÃO EUROPEIA, “Study to monitor the business and regulatory environment affecting the collaborative economy in the EU”, 2018, disponível em <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/79bee7ad-6d22-11e8-9483-01aa75ed71a1> (consultado a 9 de junho de 2020).
- COMISSÃO EUROPEIA, “Quadro regulamentar da UE para os criptoativos”, 2019, disponível em <https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12089-Directive-regulation-establishing-a-European-framework-for-markets-in-crypto-assets/public-consultation> (consultado a 9 de junho de 2020).
- CORTÉS, António, “Direito e responsabilidade – uma reflexão introdutória”, in *Católica Talks: Responsabilidade*, Elsa Vaz Sequeira (coordenação), UC Editora, Lisboa, 2020, pp. 17-30.
- DALE, Brady, “Justin Sun bought steemit. Steem moved to limit his power”, in *Coindesk*, 24 de fevereiro de 2020, disponível em <https://www.coindesk.com/justin-sun-bought-steemit-steem-moved-to-limit-his-power> (consultado a 9 de junho de 2020).
- DANG, Hung, *et al.*, “Towards scaling blockchain systems via sharding”, março de 2019, disponível em <https://arxiv.org/pdf/1804.00399.pdf> (consultado a 9 de junho de 2020).
- DE FILLIPI, Primavera, e LOVELUCK, Benjamin, “The invisible politics of Bitcoin: governance crisis of a decentralized infrastructure”, in *Internet Policy Review*, Volume 5, n.º 3, 2016.
- DUARTE, Paulo (“Obrigações de dinheiro (obrigações monetárias) e obrigações de *bitcoins*” in *Estudos de Direito do Consumidor*, Centro do Direito do Consumo, n.º 14, 2018, pp. 343-381.
- ETHEREUM 2.0 FAQ IN CONSENSYS, disponível em <https://consensys.net/knowledge-base/ethereum-2/faq/> (consultado a 9 de junho de 2020).
- FINCK, Michèle, *Blockchain regulation and governance in Europe*, Cambridge University Press, Cambridge, 2019.
- FOX, David, e GREEN, Sarah (coordenação), *Cryptocurrencies in public and private law*, Oxford University Press, Oxford, 2019.
- HACKER, Philipp, “Corporate governance for complex cryptocurrencies? A framework for stability and decision making in blockchain-based organizations”, in *Regulating Blockchain: techno-social and legal challenges*, Philipp Hacker *et al.* (coordenação), Oxford University Press, Oxford, 2019, pp. 140-166.

- HENSLEY, Dan, “Inside Tron’s Steem takeover attempt and the birth of the Hive blockchain”, in *Hackernoon*, 8 de abril de 2020, disponível em <https://hackernoon.com/inside-trons-steem-takeover-attempt-and-the-birth-of-the-hive-blockchain-ya1g63249> (consultado a 9 de junho de 2020).
- LIBRA disponível em <https://libracompendium.com/> (consultado a 9 de junho de 2020).
- LUCAS PIRES, Martinho “Breve nota sobre os desafios jurídicos da *blockchain*”, in *Homenagem ao Professor Doutor Germano Marques da Silva*, José Lobo Moutinho *et al.* (coordenação), Volume III, UC Editora, Lisboa, 2020.
- MAGNUSON, William, *Blockchain democracy: technology, law and the rule of the crowd*, Cambridge University Press, Cambridge, 2020.
- MENDES CORREIA, Francisco (“A tecnologia descentralizada de registo de dados (*blockchain*) no sector financeiro”, in *Fintech: desafios da tecnologia financeira*, António Menezes Cordeiro *et al.* (coordenação), Almedina, Lisboa, 2017, pp. 69-74.
- OBERDIEK, Hans, “Technology: Autonomous or neutral”, in *International Studies in the Philosophy of Science*, Volume 4, 1990, pp. 66-77.
- PFISTER, Christian, “Central Bank Digital Currency: one, two or none?” in *Banque de France Working Paper*, n.º 732, outubro de 2019.
- POPPER, Nathaniel, *Digital gold: the untold story of Bitcoin*, Penguin Books, 2016.
- RAUCHS, Michel *et al.*, *Distributed ledger technology systems: A Conceptual Framework*, Cambridge Centre for Alternative Finance, Cambridge, 2018.
- RETTIG, Lane, “So you think you want to be a core developer?”, in *Crypto NYC Medium*, julho de 2018, disponível em <https://medium.com/crypto-nyc/so-you-think-you-want-to-be-a-core-developer-87cca2cb475e> (consultado a 9 de junho de 2020).
- REYES, Carla L., “What Public Blockchain Protocol Governance Can Learn from Corporate Governance”, in *The CLS Blue Sky Blog*, 7 de maio de 2019, disponível em <https://clsbluesky.law.columbia.edu/2019/05/07/what-public-blockchain-protocol-governance-can-learn-from-corporate-governance/> (consultado a 9 de junho de 2020).
- RHEINGOLD, Howard, *The virtual community: homesteading on the electronic frontier*, MIT Press, Massachusetts, 1993.
- ROLO, António, “Challenges in the legal qualification of Decentralised Autonomous Organisations (DAOs): the rise of the crypto-partnership?”, in *Revista de Direito e Tecnologia*, Volume I, n.º 1, 2019, pp. 33-87.
- STOKES, Luke, “How Steem became Hive”, in *Peakd*, 5 de abril de 2020, disponível em <https://peakd.com/steem/@lukestokes/how-steem-became-hive?ref=hackernoon.com> (consultado a 9 de junho de 2020).
- TENDON, Steve, e GANADO, Max, “Legal personality for blockchains, DAOs and smart contracts”, in *Revue Trimestrielle de Droit Financier*, n.º 1, 2018, pp. 1-9.
- VAN WIRDUM, Aaron, “Who funds Bitcoin Core development? How the industry supports Bitcoin’s ‘reference client’”, in *Bitcoin Magazine*, 6 de abril de 2016, disponível em <https://bitcoinmagazine.com/articles/who-funds-bitcoin-core-development-how-the-industry-supports-bitcoin-s-reference-client-1459967859> (consultado a 9 de junho de 2020).

- VIEIRA DOS SANTOS, João (“Desafios jurídicos e regulatórios das *Initial Coin Offerings*”, in *Fintech: Novos estudos sobre tecnologia financeira*, António Menezes Cordeiro *et al.* (coordenação), Almedina, Lisboa, 2019, pp. 299-326.
- WALCH (I), Angela, “In code(rs) we trust: software developers as fiduciaries in public blockchains”, in *Regulating Blockchain: techno-social and legal challenges*, Philipp Hacker *et al.* (coordenação), Oxford University Press, Oxford, 2019, pp. 58-81.
- WALCH (II), Angela, “Deconstructing decentralization: exploring the core claim of crypto systems”, in *Cryptoassets: Legal, Regulatory, and Monetary Perspectives*, Chris Brummer (coordenação), Oxford University Press, Oxford, 2019, pp. 39-68.
- ZETZSCHE, Dirk Andreas *et al.*, “Decentralized Finance (DeFi)”, in *IIEL Issue Brief 02/2020*, disponível em <https://ssrn.com/abstract=3539194> (consultado a 9 de junho de 2020).

Os dados: entre a proteção e a comercialização

HENRIQUE SOUSA ANTUNES*

1. Introdução

Serve de fundamento ao tema sobre que escrevemos a distinção entre dados pessoais e dados não pessoais. Define o artigo 4.º, n.º 1, do Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados (RGPD)¹, dados pessoais: “informação relativa a uma pessoa singular identificada ou identificável (‘titular dos dados’); é considerada identificável uma pessoa singular que possa ser identificada, direta ou indiretamente, em especial por referência a um identificador, como por exemplo um nome, um número de identificação, dados de localização, identificadores por via eletrónica ou a um ou mais elementos específicos da identidade física, fisiológica, genética, mental, económica, cultural ou social dessa pessoa singular”. A respeito dos dados pessoais, move o Direito a proteção do indivíduo, convocando, desde logo, o artigo 8.º, n.º 1, da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (“Carta”) e o artigo 16.º, n.º 1, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE)².

Aduz-se que, segundo o considerando 26 do RGPD, “para determinar se uma pessoa singular é identificável, importa considerar todos os meios suscetíveis de ser razoavelmente utilizados, tais como a seleção, quer pelo responsável pelo tratamento quer por outra pessoa, para identificar direta

* Este texto serviu de base à nossa intervenção nas *Católica Talks* do dia 9 de março de 2020, seguida do estimulante comentário da Senhora Professora Doutora Mafalda Miranda Barbosa.

¹ 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, publicado no *Jornal Oficial* L 119, de 4 de maio de 2016. Em Portugal, a Lei n.º 58/2019, de 8 de agosto, veio assegurar a execução do Regulamento.

² Trata-se da defesa do direito à autodeterminação informacional. Sobre o conceito, vejam-se, entre nós, PINHEIRO (2015) e CORDEIRO (2020), pp. 257-261.

ou indiretamente a pessoa singular. Para determinar se há uma probabilidade razoável de os meios serem utilizados para identificar a pessoa singular, importa considerar todos os fatores objetivos, como os custos e o tempo necessário para a identificação, tendo em conta a tecnologia disponível à data do tratamento dos dados e a evolução tecnológica”.

Nestes termos, constituem dados não pessoais as “informações anónimas, ou seja, [...] que não digam respeito a uma pessoa singular identificada ou identificável [...] (e os) dados pessoais tornados de tal modo anónimos que o seu titular não seja ou já não possa ser identificado” (considerando 26 do RGPD). Pela sua natureza, a regulamentação dos dados não pessoais diverge da necessidade de proteção das pessoas singulares e é orientada pela relevância económica que aqueles apresentam.

Na Comunicação da Comissão de 10 de janeiro de 2017 – “Construir uma Economia Europeia dos Dados”³, estimava-se que a implementação de um quadro político e jurídico da economia dos dados em tempo oportuno aumentaria o valor daquela para 643 mil milhões de euros até 2020, equivalendo a 3,17% do PIB global da União Europeia.

Em estratégia para o mercado único digital (MUD), vem conduzindo a Comissão o propósito de eliminar as restrições injustificadas à livre circulação de dados, restrições não motivadas pela proteção de dados pessoais na União Europeia ou, sem razão adequada, sobre a localização de dados para fins de armazenamento ou de tratamento. Com a finalidade de uma livre circulação de dados segura e fiável, invoca-se a proteção das quatro liberdades fundamentais do mercado único da União Europeia (mercadorias, trabalhadores, serviços e capitais)⁴. Segue este movimento o tema do acesso e transferência de dados.

Constituiu uma evolução natural a estratégia europeia para os dados, apresentada em 19 de fevereiro de 2020⁵. Aí se convoca, designadamente, a definição de um enquadramento regulatório para o acesso a dados e a sua utilização (*Data Act* ou Lei dos Dados) ou a criação de espaços comuns europeus de dados em relevantes domínios de interesse público. Nesse contexto, a separação tendencial entre a proteção concedida aos dados pessoais e a comercialização associada aos dados não pessoais

³ COM(2017) 9 final.

⁴ COM(2017) 9 final, pp. 3 e ss. Veja-se, em especial, o Regulamento (UE) 2018/1807 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 14 de novembro de 2018, relativo a um regime para o livre fluxo de dados não pessoais na União Europeia, publicado no *Jornal Oficial* L 303/59, de 28 de novembro de 2018.

⁵ COM(2020) 66 final.

apareceu evidenciada na apresentação da estratégia referida pela Presidente da Comissão Europeia, Ursula von der Leyen (jornal *Público*, 19 de fevereiro de 2020: “O ponto de partida no que se refere aos dados será sempre a proteção dos dados pessoais. A Europa já tem as regras mais rigorosas do mundo e vamos dar agora aos europeus os instrumentos de que necessitam para garantir um controlo ainda maior. Porém, há dados de outro tipo que são a mina de ouro ainda por explorar da futura economia agilizada pelos dados. Estou a pensar em dados de mobilidade anonimizados ou em dados meteorológicos recolhidos por aviões, imagens de satélite, mas também dados industriais e comerciais de todos os tipos, desde o desempenho de motores ao consumo de energia. Esses dados não pessoais podem estar na base do desenvolvimento de novos produtos e serviços, mais eficientes e mais sustentáveis. E podem ser reproduzidos praticamente sem custos. Atualmente, 85% das informações que produzimos não são utilizadas. Isto tem de mudar. Desenvolveremos um quadro legislativo e normas de funcionamento para os espaços de dados europeus. As empresas, os governos e os investigadores poderão armazenar os seus dados e aceder a dados partilhados fiáveis. Tudo isto será feito em condições seguras que criem valor e garantam um retorno justo para todos.”

O valor económico dos dados não pessoais deu origem a um mercado ditado pela dinâmica contratual. Na estratégia europeia de 2020 anuncia-se a reflexão sobre a necessidade de uma intervenção legislativa que discipline a relação entre os vários atores de uma economia de dados ágil. Salienta-se que um *Data Act* (lei prevista, se apropriada, para 2021) promoveria o desenvolvimento da partilha de dados entre as empresas e as autoridades públicas, a disciplina da partilha de dados entre as empresas, nomeadamente em matéria contratual e de responsabilidade, a regulação das circunstâncias especiais em que o acesso aos dados seria obrigatório e a revisão do enquadramento da propriedade intelectual⁶.

É especialmente relevante a questão da partilha de dados entre empresas (B2B), em razão das incertezas comerciais que a ausência de um enquadramento legal legítima. Para já, serve de alternativa a adoção de modelos de cláusulas contratuais. Neste sentido, vejam-se as “Orientações sobre a partilha de dados do sector privado na economia europeia dos

⁶ COM(2020) 66 final, p. 13.

dados” que acompanha a Comunicação da Comissão de 25 de abril de 2018 – “Rumo a um espaço comum europeu de dados”⁷.

Estas indicações justificam abordar os temas motivados pela dinâmica comercial dos dados não pessoais, em especial os desafios em matéria contratual e de responsabilidade civil. Está em causa revisitar institutos à luz da economia digital emergente.

Desenganam-se, porém, aqueles que, influenciados pela abordagem da estratégia europeia de 2020, julgariam alheados desta reflexão sobre a dimensão transacional os dados pessoais. Se a economia digital vem beneficiando do crescimento de dados gerados por máquinas ou por processos baseados em tecnologias emergentes, como a Internet das Coisas, os dados podem ter natureza pessoal.

A afirmação traz a debate público o alcance patrimonial dos dados pessoais para o seu titular. Em sentido diverso de uma orientação geral que divida o enquadramento jurídico entre a proteção dos dados pessoais e a comercialização dos dados não pessoais, a relevância daqueles para a construção de uma economia digital afigura-se certa. A disseminação da utilização de aparelhos inteligentes pelos consumidores e, além disso, a natureza equívoca do conceito de dados pessoais, aferida pela probabilidade razoável de identificação do titular, presta sentido ao que se escreve⁸.

Sob este prisma, a funcionalização do consentimento à proteção dos dados pessoais e o eventual reconhecimento de um direito patrimonial do titular sobre esses dados abre espaço à discussão sobre a necessidade de regulamentação dos efeitos económicos da partilha de dados pessoais.

2. A partilha de dados não pessoais

Neste âmbito, é importante destacar o projeto conjunto desenvolvido pelo American Law Institute (ALI) e pelo European Law Institute (ELI), a elaboração de “Princípios para uma Economia dos Dados”. Indicam-se algumas conclusões provisórias⁹:

- a) A aplicação aos dados do conceito tradicional de propriedade parece deslocado. Tal conceito pressupõe a exclusividade da coisa, objeto do direito. Os dados têm, porém, uma “natureza não rivalizável”: podem ser explorados por diferentes pessoas ao mesmo tempo. Na

⁷ COM(2018) 232 final, pp. 6 e ss.

⁸ DREXL (2019), pp. 19-20.

⁹ Seguimos a exposição de WENDEHORST (2019), pp. 42 e ss.

verdade, os dados são duplicáveis ou multiplicáveis sem custos e a transferência para uma pessoa não significa que não sejam retidos por outra pessoa¹⁰;

- b) É difusa a determinação da entidade que tem legitimidade para “vender” ou atribuir uma licença para a exploração daqueles: o detentor dos dados, a pessoa a quem o conteúdo dos dados se refere, a pessoa que criou os dados ou que é proprietário da máquina que gerou os dados, a pessoa que desenhou a máquina que gerou os dados e/ou programou algoritmos relevantes, etc.¹¹;
- c) Sem prejuízo dessas dificuldades, as transações sobre dados são uma prática regular. Na busca de uma tipologia contratual, afigurar-se-ia possível distinguir os contratos celebrados entre o produtor de dados e o responsável pelo tratamento (mercado de dados primário) e entre dois responsáveis pelo tratamento (mercado de dados secundário). Reconhecendo, contudo, que, em virtude de cada transação, há, normalmente, produção de novos dados pelo tratamento que aos dados adquiridos é atribuído, dilui-se o conceito de produtor de dados¹². Sugere-se outra classificação¹³:

I – Contratos para o fornecimento de dados específicos: trata-se da disponibilização de dados de qualquer tipo, brutos ou tratados, protegidos, ou não, por direitos de propriedade intelectual ou regimes equivalentes. Também o modo de fornecimento pode variar;

II – Contratos para o acesso a um local de armazenamento ou a uma fonte de dados: o prestador atribui ao beneficiário o acesso a um local de armazenamento ou a uma fonte de produção de dados, concedendo-lhe as credenciais de acesso ao controle dos dados e removendo, para esse efeito, as barreiras técnicas ou jurídicas existentes. Em razão da proteção ou segurança dos dados, ou por motivos diversos, as partes preferem, algumas vezes, que o beneficiário não tenha um acesso direto à fonte dos dados, mas a um local de armazenamento diverso. Esta prática é muito frequente em esquemas de *data pooling* (partilha de dados): várias empresas concordam em partilhar os seus dados

¹⁰ WENDEHORST (2019), p. 44.

¹¹ WENDEHORST (2019), p. 44.

¹² WENDEHORST (2019), pp. 46-47.

¹³ WENDEHORST (2019), pp. 47-48.

e transferi-los para uma plataforma fechada a que cada um deles tem acesso;

III – Contratos para a tolerância do tratamento: permitem ao beneficiário a recolha e o tratamento de dados. Assim sucede se um sujeito dá o seu consentimento ao tratamento de dados pessoais submetidos ao direito da proteção de dados ou ao tratamento de dados produzidos de forma automática por uma máquina de que é proprietário. Distinguem-se dos contratos para o acesso a uma fonte de dados, pois, ao contrário do que sucede nestes últimos, o prestador tem uma posição passiva, não estando, assim, obrigado a remover as limitações técnicas ou jurídicas existentes para o acesso aos dados e, menos ainda, vinculado a uma garantia de qualidade, quantidade ou adequação dos dados ou à aquisição pelo beneficiário de um controlo efetivo sobre estes.

IV – Contratos para o tratamento de dados: em vez de o tratamento ser consentido pela contraparte é um serviço a esta prestado. No contexto da proteção de dados, exemplifica este contrato a relação jurídica estabelecida entre o responsável pelo tratamento e o subcontratante. Considerando a amplitude do conceito de tratamento, são vários os objetos que esta categoria de contratos pode compreender: a recolha e o registo de dados (por exemplo, o *data scraping* – raspagem/captura de dados); a conservação e a recuperação de dados (designadamente, a disponibilização de espaço na nuvem); a análise dos dados; a organização, a estruturação, a alteração ou a interconexão dos dados (nomeadamente, serviços de plataformas de dados); a divulgação dos dados (ilustrada pelos serviços de comunicação eletrónica); o apagamento ou a destruição;

V – Contratos de intermediação nas transações de dados (*data marketplace contracts*): estes negócios permitem estabelecer ligações entre os prestadores de dados e os seus adquirentes, interessados que, sem o auxílio de um intermediário, teriam dificuldades e custos desnecessários na celebração de contratos sobre dados.

- d) Os “Princípios” identificam causas de ilicitude e de responsabilidade associadas à comercialização dos dados. Considerando a natureza contratual das transações, a relatividade das obrigações constitui um obstáculo à tutela dos direitos das partes contratantes

relativamente a terceiros a quem os dados tenham sido transmitidos. Esta limitação da proteção contratual é evidente na comparação com os meios de defesa associados ao reconhecimento de direitos absolutos sobre os dados, como a propriedade ou a propriedade intelectual. Considerem-se os exemplos seguintes: o produtor de um motor de trator precisa de dados sobre o funcionamento do motor para confirmar o seu funcionamento regular, mas os dados são controlados pelo fornecedor de um serviço de armazenamento em nuvem contratado pelo produtor do trator¹⁴; em virtude de um erro no *software* de um carro, os dados recolhidos sugerem que os pneus revelam uma má aderência a superfícies molhadas, sendo os dados partilhados com outros produtores de veículos automóveis. O produtor dos pneus terá, certamente, interesse em corrigir os dados¹⁵.

A relevância da oponibilidade *erga omnes* constitui uma das razões principais para o debate doutrinal sobre a introdução de um direito de propriedade sobre os dados ou de um direito equivalente do produtor de dados¹⁶:

- i – o alcance das funções associadas ao conceito clássico de propriedade está presente no regime da proteção de dados pessoais (artigos 15.º a 20.º do RGPD): o acesso aos dados e a retificação, o apagamento ou a limitação do tratamento dos dados, ou a portabilidade são faculdades do titular que espelham os poderes de um proprietário. Aquelas faculdades são atribuídas à pessoa a quem os dados se referem¹⁷.

Os poderes indicados a respeito dos dados pessoais descobrem o seu fundamento numa lógica essencialmente marcada pela tutela da pessoa humana. E, no entanto, a ideia de pertença acompanha os dados não pessoais cogerados. As faculdades acima identificadas encontram a sua justificação na medida da participação do interessado na produção dos dados¹⁸. Assim acontece se: a informação respeita ao interessado (por exemplo, dados pessoais ou dados relativos a uma empresa e às suas

¹⁴ WENDEHORST (2019), p. 54.

¹⁵ WENDEHORST (2019), pp. 55-56.

¹⁶ WENDEHORST (2019), pp. 49-50.

¹⁷ WENDEHORST (2019), pp. 51-52.

¹⁸ WENDEHORST (2019), p. 52.

atividades); a informação respeita à coisa corpórea que é propriedade do interessado (por exemplo, dados relativos ao estado de manutenção de uma máquina ou da qualidade de um solo); o interessado recolheu a informação registada ou desenvolveu uma atividade que gerou essa informação (por exemplo, conduziu um veículo conectado); o interessado é o proprietário da coisa corpórea que gerou os dados (por exemplo, uma máquina); a informação é gerada por um *software* sobre o qual o interessado tem um direito de propriedade intelectual ou nele investiu (por exemplo, o fornecedor de um componente que permite a produção de dados pelo utilizador do aparelho)¹⁹.

Os Princípios estabelecem a avaliação da participação dos vários intervenientes na produção de dados de acordo com vários fatores, refletindo, em parte, considerações relativas à tutela de direitos de personalidade e, também, a “teoria trabalhista da propriedade” (“*labor theory of property*”). Fatores ponderáveis descobrem, ainda, a sua motivação na ideia de que os rendimentos da propriedade devem, normalmente, pertencer ao titular do direito de propriedade original²⁰;

- ii – tornando-se desadequado ou impraticável o acolhimento do conceito de propriedade, reconhece-se, porém, que, em muitos sistemas jurídicos, a eficácia externa das obrigações é acolhida. Assim, o terceiro pode ser responsável perante o sujeito contratual que disponibilizou inicialmente os dados, se tiver conhecimento, ou adquirir essa consciência, de que a aquisição correspondeu a uma violação do contrato. Os Princípios distinguem entre uma eficácia fraca (só haverá responsabilidade se, no momento da aquisição, o terceiro tiver conhecimento da lesão) e uma eficácia forte (a negligência inconsciente é bastante para a afirmação da responsabilidade do terceiro; além disso, essa responsabilidade pode emergir da continuação da utilização dos dados após a cessação da boa-fé do terceiro)²¹.

Reconhecendo que, mesmo com a atribuição de uma eficácia forte à obrigação, há uma diferença evidente entre a responsabilidade de um terceiro e a tutela associada à preferência dos direitos absolutos, autonomizada da culpa do terceiro, prevaleceu, ainda assim, a opção pela

¹⁹ WENDEHORST (2019), p. 52.

²⁰ WENDEHORST (2019), p. 52.

²¹ WENDEHORST (2019), p. 50.

proteção contratual. Convoca-se a eficácia forte, em solução paralela à estabelecida no regime dos segredos comerciais. Logo, o tratamento de dados é ilícito se o novo responsável conhece ou deveria conhecer os factos que originam a ilicitude²².

Entretanto, segundo os Princípios, se os dados submetidos a um tratamento ilícito são agregados a dados lícitos, é devida a desagregação, exceto se tal for impossível, por razões de facto ou de direito, ou se exigir esforços desrazoáveis. A desrazoabilidade é avaliada segundo as circunstâncias do caso concreto, considerando a conduta do responsável pelo tratamento dos dados e os interesses legítimos da parte protegida²³.

Especialmente delicado é o tema dos dados derivados de dados ilícitos. Reconhece-se a necessidade de uma solução que pondere, simultaneamente, a prevenção de incentivos à violação dos direitos e a preservação do valor que haja sido gerado. A opção vacila entre uma abordagem de responsabilidade, exigindo ao responsável o pagamento de uma quantia adequada, e a resposta inibitória, requerendo o apagamento dos dados derivados e, assim, a destruição do investimento²⁴.

A natureza patrimonial dos dados não pessoais justifica o debate referido entre a tutela própria dos direitos reais e a proteção dada aos direitos de crédito. Julga-se pertinente ensaiar uma reflexão semelhante a respeito dos dados pessoais.

3. A partilha de dados pessoais

3.1. Os desafios à exclusão da relevância patrimonial dos dados pessoais

Na sociedade atual, destapou-se um véu sobre as pessoas. Os dados que a estas respeitam são, agora, partilhados de forma abundante, designadamente em resposta a exigências que descobrem na dinâmica do mercado a sua justificação principal ou, mesmo, em razão de iniciativas autónomas dos interessados. A disponibilização dos dados converteu-se de prática subordinada a motivações de interesse público ou restringida ao âmbito de pequenas comunidades em condição de acesso a bens e serviços ou ampliada a utentes da rede digital. Esta mudança de paradigma desfocou o alcance da privacidade, acentuando a urgência de uma heterotutela

²² WENDEHORST (2019), p. 50.

²³ WENDEHORST (2019), p. 50.

²⁴ WENDEHORST (2019), pp. 50-51.

eficaz contra a banalização de comportamentos que, por desvelarem traços identitários, colocam o indivíduo à mercê de um critério alheio.

A proteção dos dados adquiriu a emergência que a expansão do fenómeno da publicização de factos pessoais reclamou, protegendo o sujeito contra a fragilidade das suas decisões individuais. Longe de uma vontade esclarecida, as escolhas do indivíduo sobre a partilha de informações compreendidas na reserva da sua esfera pessoal são determinadas pela pressão associada à necessidade ou utilidade de bens ou serviços ou, de qualquer modo, pelo mimetismo social. Em relação desequilibrada, o sujeito submete-se às exigências de entidades comerciais tantas vezes sem rosto ou aos desígnios de uma padronização social espontânea, subordinando, assim, os mandamentos da intimidade da sua vida privada à satisfação imediata de uma escolha alternativa.

A dimensão revelada emprestou à regulação da proteção dos dados pessoais o espaço reclamado pela expansão do fenómeno, associada, claramente, à expressiva e crescente utilidade económica daqueles bens. Ora, essa utilidade não encontrou sinalagmatismo no direito relativo aos dados pessoais, direito que pretende, essencialmente, resguardar os seus titulares contra o tratamento indevido das informações transmitidas. A correspondência assinalada exigirá, porventura, reconhecer o valor económico da prestação em causa e enquadrar os atos jurídicos que tomam os dados como objeto no domínio patrimonial em que relevam.

É inequívoca a indicação da Comissão Europeia sobre a relevância económica dos dados pessoais. A prevalência de dados gerados automaticamente não obscurece a conclusão. Aqueles dados são definidos pela Comissão nos termos seguintes: “[...] são criados sem intervenção humana direta através de processos, aplicações ou serviços informáticos, ou através de sensores que tratam as informações recebidas de equipamentos, programas informáticos ou máquinas, quer sejam virtuais ou reais”²⁵. Pois bem: também podem ser de natureza pessoal os dados gerados automaticamente. Pense-se na multiplicidade de aparelhos inteligentes e, em especial, das suas aplicações, usados diariamente por pessoas singulares. Recorrendo à exemplificação da Comissão: “[...] os dados obtidos por sensores de temperatura domésticos podem ser de natureza pessoal se puderem ser relacionados com uma pessoa, ao passo que os dados sobre a humidade do solo não são pessoais.”²⁶ Ora, como

²⁵ COM(2017) 9 final, p. 10.

²⁶ COM(2017) 9 final, p. 10.

reconhece a Comissão, “um tema comum da livre circulação de dados associado às questões emergentes em matéria de acesso e transmissão de dados é o facto de que as empresas e os intervenientes na economia dos dados irão lidar com dados tanto pessoais como não pessoais e os fluxos de dados e conjuntos de dados irão conter regularmente os dois tipos de dados. Qualquer medida política deve tomar em consideração esta realidade económica e o quadro jurídico em matéria de proteção de dados pessoais, no respeito dos direitos fundamentais dos cidadãos”²⁷.

O valor económico dos dados pessoais é, enfim, inquestionável. Esses dados podem ser utilizados como uma mercadoria ou como um instrumento para alargar a oferta de serviços dos responsáveis pelo tratamento dos dados. Pergunta-se, então, se as regras sobre a proteção de dados acolhem as exigências postas pela sua comercialização.

Segundo o artigo 6.º, n.º 1, alínea *a*), do RGPD, o consentimento do titular torna lícito o tratamento dos dados pessoais para uma ou mais finalidades específicas. Considere-se, ainda, que, mesmo para o tratamento de categorias especiais de dados pessoais, o consentimento explícito justifica o tratamento²⁸. De acordo com o disposto no artigo 9.º, n.º 1, do RGPD, “é proibido o tratamento de dados pessoais que revelem a origem racial ou étnica, as opiniões políticas, as convicções religiosas ou filosóficas, ou a filiação sindical, bem como o tratamento de dados genéticos, dados biométricos para identificar uma pessoa de forma inequívoca, dados relativos à saúde ou dados relativos à vida sexual ou orientação sexual de uma pessoa”. E, no entanto, estabelece o n.º 2, alínea *a*), do artigo 9.º referido que “o disposto no n.º 1 não se aplica [...] se o titular dos dados tiver dado o seu consentimento explícito para o tratamento desses dados pessoais para uma ou mais finalidades específicas, exceto se o direito da União ou de um Estado-membro previr que a proibição a que se refere o n.º 1 não pode ser anulada pelo titular dos dados”.

Sabendo que o consentimento pode viabilizar uma divulgação dos dados pessoais [artigo 4.º, 2), do RGPD], longe está, contudo, o regime de reconhecer nessa autorização a cessão de direitos de exploração²⁹. Acresce que, nos dados em bruto, a ausência de um esforço intelectual ou a inexistência de originalidade exclui a eventualidade de um paralelismo

²⁷ COM(2017) 9 final, p. 10.

²⁸ Exclui-se, pois, a suficiência de um comportamento concludente [TATIANA DUARTE (2018), p. 248].

²⁹ Neste sentido, SCHMIDT-KESSEL (2019), p. 80.

com a transmissão ou a oneração de direitos de propriedade intelectual. Disciplina a exigência do consentimento a autodeterminação informacional do titular dos dados pessoais, sem que a lei pretenda, a esse respeito, regular a justiça económica da partilha.

Nesta reflexão, cabe fazer uma breve incursão ao exemplo do direito francês, a propósito da aprovação da lei de execução do RGPD. Embora rejeitada pelo Parlamento, um membro do partido da maioria apresentara uma moção destinada a acrescentar à lei nacional o reconhecimento de um direito de propriedade sobre os dados pessoais³⁰. Em França, a conceção de um tal direito de propriedade foi especialmente defendida pelo *think tank* *Génération Libre*, com o slogan “*Mes data sont à moi*”³¹. No seu manifesto original (de janeiro de 2018), lê-se, de forma expressiva: “Nós tornámo-nos nos primeiros cúmplices do desapossamento dos nossos dados pessoais. E, no entanto, não recebemos qualquer remuneração direta dessa matéria-prima que fornecemos. [...] A aparente gratuidade dos serviços oferecidos (pelas plataformas) é, na realidade, o custo da nossa ‘privacidade’. [...] Se a revolução industrial tornou necessária a introdução de um direito de propriedade intelectual, a revolução algorítmica torna hoje, mais do que nunca, necessária a introdução de um direito de propriedade sobre os dados pessoais.”

Em relatório mais recente (*Aux data, citoyens! Pour une patrimonialité des données personnelles* – setembro de 2019), o *Génération Libre* utiliza um sistema binário, fundado numa abordagem contratual ou de propriedade. Procura responder a um paradoxo da intimidade: se as sondagens demonstram que os indivíduos estão cada vez mais preocupados com a confidencialidade dos seus dados na internet, a partilha frequente dos dados pessoais denuncia o seu contrário³². Crê-se que a atribuição de um valor económico aos dados abrandaria a vulgarização da partilha, pois justificaria a introdução de um modelo de negócio em que os dados constituiriam, apenas, uma alternativa a um pagamento dos serviços e, de qualquer forma, convocaria o titular remunerado pelos seus dados à perceção da natureza comercial do ato³³. Acerca deste último efeito é interessante um exemplo convocado pelo relatório: o Facebook é, hoje em dia, a rede social mais popular nos Estados Unidos da América, mas

³⁰ DREXL (2019), p. 19.

³¹ DREXL (2019), p. 19.

³² Pp. 13-14.

³³ Pp. 23 e ss.

se os utilizadores devessem pagar o que entregam ao Facebook com os seus dados pessoais, tal representaria um custo médio de 80 dólares por ano. Com esse custo, estima-se que uma parte não negligenciável de utilizadores deixasse a plataforma³⁴.

A solução, que requer a atribuição de um direito patrimonial sobre os dados pessoais, satisfaria, simultaneamente, exigências da proteção de dados (exemplificando: pago e não sou privado do acesso a um serviço por recusar *cookies*) e necessidades da concorrência (escolha entre os fornecedores com o preço mais baixo ou com a oferta mais alta). O regime funcionaria entre o contrato e a propriedade: na lógica do contrato, o internauta deveria ter a possibilidade de aceder a um serviço em linha e recusar a partilha dos seus dados pessoais, pagando com exposição a publicidade direcionada ou em dinheiro; na perspetiva do direito de propriedade, os dados do utilizador seriam armazenados em portfólio de utilização exclusiva pelo titular, concedendo este o acesso, mediante remuneração, aos interessados. Apurando a dificuldade de implementação do segundo sistema, propõe-se a aplicação do sistema contratualista numa primeira fase³⁵.

Nesta reflexão, não se pode desconhecer, ainda, a Diretiva (UE) 2019/770 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de maio de 2019, sobre certos aspetos relativos aos contratos de fornecimento de conteúdos e serviços digitais³⁶. O valor de troca dos dados é acolhido. Estipula o artigo 3.º, n.º 1: “A presente diretiva é aplicável a qualquer contrato em que o profissional forneça ou se comprometa a fornecer conteúdos ou serviços digitais ao consumidor e o consumidor pague ou se comprometa a pagar o respetivo preço. A presente diretiva é igualmente aplicável sempre que o profissional forneça ou se comprometa a fornecer conteúdos ou serviços digitais ao consumidor e o consumidor faculte ou se comprometa a facultar dados pessoais ao profissional, exceto se os dados pessoais facultados pelo consumidor forem exclusivamente tratados pelo profissional para fornecer os conteúdos ou serviços digitais em conformidade com a presente diretiva, ou para o profissional cumprir os requisitos legais a que está sujeito, não procedendo ao tratamento desses dados para quaisquer outros fins.”

³⁴ Pp. 57-58.

³⁵ Pp. 60 e ss.

³⁶ Publicada no *Jornal Oficial da União Europeia* de 22 de maio de 2019, L136, pp. 1 e ss.

Num jogo de espelhos, procura o considerando 24 da Diretiva (UE) 2019/770 ocultar o que está à evidência: os dados pessoais são, também, um bem patrimonial. Lê-se: “Os conteúdos ou serviços digitais são, além disso, frequentemente fornecidos em situações em que o consumidor não paga um preço, mas faculta dados ao operador. Esses modelos de negócios específicos aplicam-se já de diferentes formas numa parte considerável do mercado. Embora reconhecendo plenamente que a proteção dos dados pessoais é um direito fundamental e que, por conseguinte, os dados pessoais não podem ser considerados um produto de base, a presente diretiva deverá assegurar que os consumidores gozem, no contexto desses modelos de negócio, do direito a meios de ressarcimento ao abrigo do contrato.”

Sem prejuízo de ressaltar a competência dos Estados sobre a validade e a eficácia dos contratos, a Diretiva delimita o espaço económico dos dados pessoais de modo notoriamente diverso da finalidade prosseguida pelo RGPD. Tome-se como exemplo o que se escreve, ainda, no considerando 24 da Diretiva, desde logo em contraste com a presunção de ilicitude do consentimento, estabelecida no artigo 7.º, n.º 4, do RGPD³⁷: “A presente diretiva deverá aplicar-se a todo e qualquer contrato em que o consumidor faculta ou se compromete a facultar dados pessoais ao operador. Por exemplo, a presente diretiva deverá aplicar-se aos casos em que o consumidor abre uma conta nas redes sociais e indica um nome e um endereço de correio eletrónico que são utilizados para outros fins que não apenas o fornecimento de conteúdos ou serviços digitais ou o cumprimento dos requisitos legais. Deverá igualmente aplicar-se sempre que o consumidor dê o seu consentimento relativamente a todo o tipo de material que constitua dados pessoais, como fotografias ou mensagens que irá carregar, posteriormente processado pelo profissional para fins de comercialização. No entanto, os Estados-membros deverão continuar a ser livres de determinar se estão preenchidos os requisitos previstos pelo direito nacional para a formação, existência e validade de um contrato.”

Recorda-se que, na versão da proposta da Comissão Europeia, os termos utilizados pelo legislador europeu eram mais congruentes com a realidade económica subjacente. Dispunha o artigo 3.º, n.º 1, daquele

³⁷ Dispõe o preceito: “Ao avaliar se o consentimento é dado livremente, há que verificar com a máxima atenção se, designadamente, a execução de um contrato, inclusive a prestação de um serviço, está subordinada ao consentimento para o tratamento de dados pessoais que não é necessário para a execução desse contrato.”

documento³⁸: “A presente diretiva é aplicável a qualquer contrato em que o fornecedor fornece ao consumidor conteúdos digitais ou se compromete a fazê-lo e, em contrapartida, é pago um preço ou o consumidor fornece ativamente outra contrapartida que não dinheiro, sob a forma de dados pessoais ou quaisquer outros dados.”

O reconhecimento de um direito patrimonial sobre os dados pessoais permitiria ao titular respetivo o aproveitamento do valor comercial dos dados. Refletindo com base nesse pressuposto, nega-se a suficiência do consentimento para legitimar a exploração económica dos dados pessoais. A causa do negócio é limitada à proteção dos dados. Acompanhando CARVALHO FERNANDES: “Cada ato jurídico tem [...] uma função própria, em vista da qual, em regra, é qualificado e o seu regime se define. Com ele não se pode alcançar uma regulamentação de interesses que não seja correspondente à sua função. Assim, a função económica da transferência de bens, a título de liberalidade, realiza-se pela doação, a título de troca de coisas, pelo escambo, etc.”³⁹

Concede-se que o consentimento constitui, por contrato e pela lei, uma relação obrigacional entre o titular dos dados e o responsável pelo tratamento. Em sentido contrário não depõe a livre revogabilidade do consentimento e, conseqüentemente, a imunidade do titular a uma execução específica ou ao pagamento de uma indemnização por equivalente⁴⁰. Do que se trata, porém, é de uma vinculação destinada a subordinar a utilização dos dados à vontade do titular, em teleologia assumidamente caracterizada pela proteção de direitos humanos.

Mesmo nas hipóteses em que o responsável pelo tratamento beneficiou o titular com a prestação de um bem ou de um serviço, a vontade é enquadrada como a condição e o limite da utilização dos dados, vinculada, pois, à proteção dos dados pessoais do titular. Lembra-se o que dispõe o artigo 7.º, n.º 4, do RGPD: “Ao avaliar se o consentimento é dado livremente, há que verificar com a máxima atenção se, designadamente, a execução de um contrato, inclusive a prestação de um serviço, está subordinada ao consentimento para o tratamento de dados pessoais que não é necessário para a execução desse contrato.” O preceito torna claro

³⁸ COM(2015) 634 final, de 9 de dezembro de 2015.

³⁹ CARVALHO FERNANDES (2010), p. 381.

⁴⁰ Neste sentido, SCHMIDT-KESSEL (2019), p. 78.

que, nos termos do artigo 6.º, n.º 1, alínea *a*), do RGPD, o consentimento está condicionado a finalidades específicas⁴¹.

O RGPD atua, pois, à margem de transações comerciais. Esta dissociação afigura-se, aliás, problemática com o reconhecimento da exaustividade do direito positivado, funcionalizado à proteção dos dados pessoais⁴².

3.2. O debate sobre a justificação de uma tutela patrimonial dos dados pessoais

A atribuição de uma dimensão patrimonial à partilha dos dados pessoais pressuporia o estabelecimento de requisitos adicionais para o consentimento⁴³. Eis a breve e difícil análise que cabe fazer.

Em termos gerais, o fundamento para a relevância autónoma dos efeitos patrimoniais dos dados pessoais parece assentar na conceção de um direito de propriedade sobre estes. São convocados argumentos éticos, incluindo a dignidade humana⁴⁴.

Especialmente relevante é a argumentação baseada em dados cogrados. Sabendo que a proteção atribuída ao titular de dados pessoais concede a este poderes que revelam a sequela do seu direito sobre os dados (o acesso, a retificação, o apagamento, a limitação e a oposição ao tratamento, a portabilidade, ou os direitos à ação judicial e à indemnização), nessa tutela a lei reconheceria, implicitamente, a vinculação genética dos dados à medida da participação do interessado na sua produção⁴⁵.

KARL-HEINZ FEZER refere-se a dados informativos gerados pelo comportamento, constituindo um direito de propriedade intelectual *sui generis* sobre a informação criada. A conceção reclama um enquadramento jurídico adequado. Nesse contexto, a gestão dos direitos assim reconhecidos seria entregue a uma entidade coletiva, privada ou pública, nomeadamente uma Agência de Dados⁴⁶.

⁴¹ Nos termos do artigo 6.º, n.º 1, alínea *b*), do RGPD, o tratamento é lícito se “for necessário para a execução de um contrato no qual o titular dos dados é parte [...]”. Discorda-se, porém, da aplicação da norma ao “pagamento” com dados pessoais. No sentido que se defende, veja-se, por exemplo, SCHMIDT-KESSEL (2019), p. 79.

⁴² Assim, SCHMIDT-KESSEL (2019), p. 75.

⁴³ Veja-se SCHMIDT-KESSEL (2019), pp. 80-82.

⁴⁴ Vejam-se as indicações de DREXL (2019), p. 33.

⁴⁵ Veja-se WENDEHORST (2019), p. 52.

⁴⁶ FEZER (2017). Encontra-se um desenvolvimento do seu pensamento em FEZER (2018).

Em sentido oposto posicionam-se outros. Entre eles, JOSEF DREXL. Observa, desde logo, que, numa economia dos dados, a legislação deve prosseguir quatro objetivos fundamentais: o estabelecimento de um mercado eficiente e competitivo; a promoção da inovação; a proteção dos interesses dos consumidores, em especial a proteção da privacidade das pessoas singulares; a promoção de outros interesses públicos (como a segurança rodoviária, o planeamento urbanístico, a proteção do ambiente, a saúde pública, e, em geral, a liberdade de informação ou a liberdade de circulação da informação)⁴⁷.

Com base nestas premissas, de uma teoria regulatória, desenvolve Drexel os seus argumentos contrários à definição de um direito patrimonial sobre os dados pessoais. Considerando a interoperabilidade das finalidades, é realçada a importância do primeiro objetivo, a eficiência do mercado da economia de dados:

- a) O reconhecimento de uma propriedade sobre os dados depende da demonstração da necessidade desse direito para um funcionamento mais eficiente do mercado respetivo⁴⁸;
- b) Meras considerações de justiça são insuficientes para fundamentar novos direitos de propriedade ou de propriedade intelectual. Considerando que a liberdade contratual garante a eficiência do mercado, quaisquer entraves a essa liberdade devem encontrar justificação numa falha do mercado. Eis o fundamento do direito da concorrência, do direito de propriedade intelectual e do direito do consumidor⁴⁹;
- c) O direito de acesso aos dados promove a inovação, em benefício dos consumidores e, desse modo, do funcionamento do mercado (por exemplo, a inovação que conduziu aos modelos de economia partilhada ou às plataformas da internet que são utilizadas sem contraprestação pecuniária exigida ao utilizador – plataformas sociais ou motores de pesquisa)⁵⁰;
- d) A privacidade e a confidencialidade nas pessoas singulares e coletivas são, também, fatores de inovação e, assim, de eficiência do mercado: a atratividade da utilização de aparelhos de cozinha inteligentes diminui em razão inversamente proporcional às dúvidas

⁴⁷ DREXL (2019), pp. 21-23.

⁴⁸ DREXL (2019), p. 34.

⁴⁹ DREXL (2019), pp. 23-24.

⁵⁰ DREXL (2019), pp. 24-25.

sobre os hábitos de vida que são, dessa forma, recolhidos e das entidades a quem os dados são fornecidos; um cliente industrial só aceitará a recolha de dados de uma máquina na sua fábrica para efeitos da sua manutenção se o fornecedor da máquina se abster de partilhar os dados recolhidos pela máquina com concorrentes do cliente, informações que, frequentemente, constituirão segredos comerciais (por exemplo, a temperatura de produção de aço). Nesse sentido, a regulação da proteção dos dados e a regulação dos segredos comerciais estabelecem a confiança necessária para os mercados funcionarem⁵¹;

- e) A liberdade de circulação da informação, parcialmente protegida pela tutela da liberdade de informação, justifica a principal salvaguarda de interesse público na economia dos dados. Esse interesse opõe-se à ideia da criação de direitos de propriedade sobre a informação. Associa-se o argumento da eficiência dos mercados: sabendo da utilidade social imputada à circulação da informação, o direito de propriedade apenas seria justificável se contribuísse para suprir um défice de produção de dados. Assim sucede com a propriedade intelectual. É, ainda, relevante destacar a contribuição da liberdade de informação e da liberdade de circulação da informação para a democracia⁵².
- f) O acolhimento de um direito de propriedade intelectual sobre os dados conflituaria com o RGPD, em especial com os artigos 7.º, n.º 3, e 17.º, n.º 1, alínea b). A lei garante ao titular a faculdade de, a qualquer momento, retirar o consentimento para o tratamento dos seus dados pessoais e o direito de apagamento destes se o consentimento for retirado. Esses regimes contrastam com a certeza jurídica que deve acompanhar a transmissão de um direito de propriedade intelectual ou a atribuição de uma licença para a exploração desse direito. Diversamente, a manutenção de uma titularidade *de facto* permite conjugar, simultaneamente, o acesso de terceiros aos dados pessoais e os direitos do titular à revogação do consentimento e ao apagamento dos dados⁵³.

⁵¹ DREXL (2019), pp. 25-29.

⁵² DREXL (2019), pp. 29-31.

⁵³ DREXL (2019), pp. 35 e s.

Enfim, para DREXL, em vez de um direito de propriedade sobre os dados, o debate deve centrar-se no acesso aos dados, mesmo não pessoais. A conclusão é estimulada pelo alargamento do alcance da conectividade entre aparelhos⁵⁴.

Na abordagem da Comissão Europeia, afigura-se prevalecer a ausência de distinção entre o consentimento do titular e a autorização deste para um aproveitamento económico dos dados pessoais. E embora a Comissão alargue ao produtor a disponibilidade sobre os dados não pessoais cogerados, submetendo a utilização destes à vontade do titular do direito de propriedade ou de um outro direito de gozo duradouro sobre o dispositivo que, de forma automática, gerou a informação, silencia qualquer contrapartida pecuniária pela autorização⁵⁵.

A Comissão Europeia rejeita a patrimonialização dos dados pessoais. É, tão-só, matéria de proteção. Lê-se: “No tocante aos dados pessoais, a pessoa em causa conservaria o direito de retirar o seu consentimento em qualquer momento após autorizar a utilização. Os dados pessoais teriam de ser tornados anónimos de modo a que a pessoa não seja, ou deixe de poder ser, identificada, antes de a sua utilização subsequente poder ser autorizada pela outra parte. Com efeito, o RGPD mantém-se aplicável a quaisquer dados pessoais (independentemente de serem gerados automaticamente ou de outra forma) até que os dados sejam tornados anónimos.”

De modo congruente, propõe a Comissão: “[...] poderia ser criado um quadro eventualmente baseado em certos princípios fundamentais, como condições equitativas, razoáveis e não discriminatórias (denominadas ‘FRAND’ – *fair, reasonable and non-discriminatory*) para que os detentores dos dados, como fabricantes, prestadores de serviços ou outras partes, forneçam o acesso aos dados que detêm mediante remuneração após serem tornados anónimos. Os interesses legítimos pertinentes, bem como a necessidade de proteger os segredos comerciais, teriam de ser tomados em consideração”⁵⁶.

A onerosidade é, assim, excluída da partilha de dados pessoais e mesmo da atividade de produção de dados não pessoais, estando, pois, reservada ao fornecimento do acesso a dados não pessoais detidos. E, no entanto, o reconhecimento da relevância económica do consentimento dos dados permitiria, pelo menos, alicerçar a responsabilidade de terceiros

⁵⁴ DREXL (2019), p. 39.

⁵⁵ COM(2017) 9 final, pp. 14-15.

⁵⁶ COM(2017) 9 final, p. 15.

pela violação do contrato, suprindo a inaplicabilidade da tutela dos direitos de personalidade (pense-se em dados pessoais que, depois de transferidos sem consentimento, foram submetidos a pseudonimização). A responsabilidade assentaria numa ação inibitória ou, em alternativa, em efeitos indemnizatórios, a estes chamando o preço da licença ou, mesmo, o lucro ilícito.

4. Reflexões finais. Em especial, os dados cogrados por pessoas singulares

O que dizer sobre tudo o que se escreveu? Que orientação é possível extrair das abordagens divergentes que foram apresentadas?

A economia dos dados é claramente marcada pelo interesse público relacionado com o acesso e a reutilização de dados⁵⁷. É inquestionável o benefício da coletividade se às autoridades públicas for concedido esse acesso, mas a utilidade social está, ainda, presente na promoção da inovação e da concorrência pela circulação da informação⁵⁸. Nesse sentido, os regimes que restringem o acesso, como a tutela da propriedade intelectual e dos segredos comerciais, são funcionalizados a um objetivo de eficiência do mercado.

A partilha de dados entre empresas e entre empresas e o sector público é estimulada pela Comissão Europeia, que reconhece: “Os dados são a matéria-prima do mercado único digital. Podem revolucionar as nossas vidas e criar novas oportunidades de crescimento, inclusivamente para as pequenas e médias empresas. A disponibilidade de enormes quantidades de dados, muitos dos quais são gerados por máquinas e sensores, tem repercussões em todos nós. Com efeito, são poucos os domínios da nossa vida que ainda não foram afetados pela revolução dos dados em curso. Uma utilização mais eficiente dos dados pode ajudar-nos a ter uma vida mais longa e mais saudável e, simultaneamente, menos desgastante e mais ecológica. Pode também ajudar ainda os cientistas a desenvolver modelos mais adequados para a previsão de alterações climáticas e de

⁵⁷ Veja-se a Comunicação da Comissão – “Construir uma Economia Europeia dos Dados”, citada – COM(2017) 9 final, pp. 9 e ss.

⁵⁸ De igual modo, relevante é a partilha de informações de entidades públicas. A esse respeito, veja-se a Diretiva (UE) 2019/1024 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de junho de 2019, relativa aos dados abertos e à reutilização de informações do sector público.

catástrofes naturais. A utilização inteligente dos dados tem um efeito transformador em todos os sectores da economia e no sector público.”⁵⁹

É impossível negar a premência de um juízo marcado pela estimulação do bem-estar social, em pena revolução digital. Se associarmos a tal finalidade a pressão exercida pelas diferentes dinâmicas culturais, demográficas, económicas, sociais e políticas dos grandes blocos comerciais numa economia globalizada, estreita-se a margem para o resgate de uma justiça comutativa.

Que espaço resta pois? As pessoas singulares não podem ser dissociadas dos efeitos patrimoniais dos dados se forem agentes do processo de criação de riqueza. Reconhece-se que a ausência de exclusividade sobre os dados e a falta de um esforço intelectual ou de uma contribuição original do titular para a sua produção dificulta a adequação da disciplina do direito de propriedade ou do direito de propriedade intelectual a este respeito. Assim, numa partilha instantânea, é difícil reclamar a existência de um fundamento jurídico para uma contrapartida económica, restando a aplicação do regime da proteção dos dados ou, eventualmente, o reconhecimento de uma hipótese de comercialização lícita de bens da personalidade. A dimensão da tutela do direito à proteção de dados esgotará a intervenção do legislador.

Entendimento diverso suscita a contribuição duradoura efetuada pelos utilizadores da internet ou da *Internet das Coisas*. O usuário de conteúdos ou serviços digitais ou de aparelhos em interconexão digital é um agente económico através da prestação de um serviço. Esse serviço é prestado manualmente ou através de uma máquina de que é proprietário. O resultado corresponde aos dados prestados, pessoais ou não pessoais. Em qualquer dos casos, a sua atividade é geradora de riqueza. É um produtor de dados autónomo, tal como uma empresa que, por algoritmos, trata e comercializa esses dados.

O debate deve, então, centrar-se no alcance da prestação de serviços, aceitando que dificilmente o conceito de propriedade é acomodável aos dados. E, neste contexto, não se entende em que medida os dados cogerados pelas pessoas singulares apresentam um valor económico inferior ao valor criado pelas empresas. Em qualquer dos casos, trata-se da produção de dados, intelectual ou manual.

⁵⁹ Comunicação da Comissão – “Rumo a um espaço comum europeu de dados”, citada – COM(2018) 232 final, p. 2.

Os dados cogерados são, pois, um bem transacionável. Nem se invoque o regime da proteção de dados, designadamente os direitos de revogação do consentimento e de apagamento, como um argumento contrário à patrimonialização da atividade do titular. A salvaguarda das empresas adquirentes do serviço, para quem a definitividade do resultado prestado é essencial, residirá na pseudonimização dos dados recebidos.

O reconhecimento da existência de uma obrigação autónoma de natureza patrimonial justificaria a regulamentação comercial do facto. Ainda assim, permite alargar o âmbito da responsabilidade. A eficácia externa das obrigações pode atenuar a fragilidade da proteção contratual relativamente aos meios de defesa associados ao reconhecimento de direitos absolutos sobre os dados. Embora a oponibilidade *erga omnes* seja, por definição, autonomizada da culpa do terceiro, nos Princípios ALI-ELI convoca-se a eficácia forte da obrigação (a negligência inconsciente é bastante para a afirmação da responsabilidade do terceiro)⁶⁰.

Finalmente, e antecipando a definição de um enquadramento jurídico ajustado à especificidade da relação patrimonial entre o utilizador digital e a empresa, admite-se que o pagamento da produção de dados venha a ser realizado, de forma transparente, a uma entidade coletiva, de natureza pública ou privada. O desafio principal do legislador consistirá em prevenir que a partilha das utilidades económicas geradas pelos utilizadores implique a repercussão encoberta de custos adicionais sobre estes.

Bibliografia

- CORDEIRO, A. Barreto Menezes, *Direito da Proteção de Dados (à luz do RGPD e da Lei n.º 58/2019)*, Almedina, Coimbra, 2020.
- DREXL, Josef, “Legal Challenges of the Changing Role of Personal and Non-Personal Data in the Data Economy”, in *Digital Revolution – New Changes for Law* (edited by Alberto De Franceschi/Reiner Schulze), C. H. Beck/Nomos, München/Baden-Baden, 2019, pp. 19-41.
- DUARTE, Tatiana, “Anotação ao artigo 9.º”, in *Comentário ao Regulamento Geral de Proteção de Dados* (coordenação de Alexandre Sousa Pinheiro), Almedina, Coimbra, 2018, pp. 234-334.
- FERNANDES, Luís A. Carvalho, *Teoria Geral do Direito Civil*, vol. II (*Fontes, Conteúdo e Garantia da Relação Jurídica*), 5.ª edição, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2010.

⁶⁰ WENDEHORST (2019), p. 50.

- FEZER, Karl-Heinz, “Data Ownership of the People. An Intrinsic Intellectual Property Law Sui Generis Regarding People’s Behaviour-generated Informational Data”, in *Zeitschrift für geistiges Eigentum (ZGE)*, 9, 2017, pp. 356-370.
- FEZER, Karl-Heinz, *Repräsentatives Dateneigentum. Ein zivilgesellschaftliches Bürgerrecht* (Hrsg. Pencho Kuzev/Tobias Wangermann), Konrad-Adenauer-Stiftung, Berlin, 2018.
- PINHEIRO, Alexandre Sousa, *Privacy e proteção de dados pessoais: a construção dogmática do direito à identidade informacional*, AAFDL, Lisboa, 2015.
- SCHMIDT-KESSEL, Martin, “Consent for the Processing of Personal Data and its Relationship to Contract”, in *Digital Revolution – New Challenges for Law* (edited by Alberto De Franceschi/Reiner Schulze), C. H. Beck/Nomos, München/Baden-Baden, 2019, pp. 75-83.
- WENDEHORST, Christiane, “The ALI-ELI Principles for a Data Economy”, in *Digital Revolution – New Changes for Law* (edited by Alberto De Franceschi/Reiner Schulze), C. H. Beck/Nomos, München/Baden-Baden, 2019, pp. 42-56.

Proteção e comercialização de dados: comentário às reflexões de HENRIQUE SOUSA ANTUNES sobre o tema

MAFALDA MIRANDA BARBOSA*

I – O texto que se publica corresponde aos breves comentários à reflexão de HENRIQUE SOUSA ANTUNES sobre o tema, que tecemos na Católica Talk de 9 de março de 2020. Tem, por isso, um âmbito e uma natureza necessariamente restritos e sincopados. Com ele não procuramos oferecer um estudo completo sobre a matéria, mas tão-só apresentar algumas linhas de inteligibilidade de problemas que, sendo suscitados pela nova realidade emergente, não podem deixar de ser enfrentados.

II – Os dados pessoais estão hoje na ordem do dia. A grande preocupação, quer dos autores quer das instâncias europeias (Comissão), prende-se com a proteção de dados pessoais, estabelecendo-se uma fronteira entre a proteção de dados pessoais e a comercialização de dados não pessoais. De acordo com a explicitação de HENRIQUE SOUSA ANTUNES¹, “pela sua natureza, a regulamentação dos dados não pessoais diverge da necessidade de proteção das pessoas singulares e é orientada pela relevância económica que aqueles apresentam”. Torna-se, por isso, fundamental estabelecer a cisão entre as duas realidades.

Se, nos termos da al. a) do artigo 3.º da Lei n.º 67/98, os dados pessoais eram definidos como qualquer informação, de qualquer natureza e independentemente do respetivo suporte, incluindo som e imagem, relativa a uma pessoa singular identificada ou identificável, sendo considerada identificável a pessoa que possa ser identificada direta ou indiretamente, designadamente por referência a um número de identificação ou a um ou mais elementos específicos da sua identidade física, fisiológica, psíquica, económica, cultural ou social, o artigo 4.º/1 do RGPD vem estabelecer

* Univ Coimbra, Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra/University of Coimbra Institute for Legal Research, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

¹ ANTUNES (2020).

que dados pessoais integram toda a informação relativa a uma pessoa singular identificada ou identificável, sendo considerada identificável uma pessoa singular que possa ser identificada, direta ou indiretamente, em especial por referência a um identificador, como por exemplo um nome, um número de identificação, dados de localização, identificadores por via eletrónica ou a um ou mais elementos específicos da identidade física, fisiológica, genética, mental, económica, cultural ou social dessa pessoa singular. Não obstante a diversa formulação, cremos que a ampliação da noção não é senão aparente. De facto, a falta de referência aos dados de localização ou identificadores por via eletrónica, bem como aos elementos da identidade genética não nos condenava à sua exclusão do âmbito de relevância da Lei n.º 67/98. Aliás, o TJUE, no acórdão de 19 de outubro de 2016 (Proc. C-582/14), em atenção à Diretiva 95/46/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, que a Lei n.º 67/98 vem transpor para o ordenamento jurídico interno (devendo, por isso, ser interpretada de acordo com o direito comunitário), considera que o endereço de protocolo internet dinâmico (IP) é um dado pessoal. De outro modo não poderia, aliás, deixar de ser, atenta a intencionalidade predicativa da disciplina, vertida não só na noção de dado pessoal, como nos princípios norteadores do tratamento de dados.

Os dados não pessoais confinam-se, portanto, aos dados que não se relacionam com a pessoa singular ou que, sendo relativos a ela, não a permitem identificar. A distinção entre ambos torna evidente a razão da bifurcação a que se aludiu, em sintonia com a explicitação de HENRIQUE SOUSA ANTUNES, no artigo citado. A verdade, porém, é que, mesmo que a Comissão Europeia não pretenda atribuir um cunho de patrimonialidade aos dados pessoais, é inegável o valor económico que lhes anda associado.

Haveremos de ter em conta, a este propósito, a Diretiva 2019/770. Nos termos do artigo 3.º, “a presente diretiva é aplicável a qualquer contrato em que o profissional forneça ou se comprometa a fornecer conteúdos ou serviços digitais ao consumidor e o consumidor pague ou se comprometa a pagar o respetivo preço. A presente diretiva é igualmente aplicável sempre que o profissional forneça ou se comprometa a fornecer conteúdos ou serviços digitais ao consumidor e o consumidor faculte ou se comprometa a facultar dados pessoais ao profissional, exceto se os dados pessoais facultados pelo consumidor forem exclusivamente tratados pelo profissional para fornecer os conteúdos ou serviços digitais em conformidade com a presente diretiva, ou para o profissional cumprir os requisitos legais a que está sujeito, não procedendo ao tratamento desses

dados para quaisquer outros fins”. Os dados pessoais surgem como um “preço”, o que implica necessariamente o reconhecimento do seu valor económico.

Os dados pessoais são hoje, de facto, vistos como uma *commodity*, como bens que podem ser transacionados com valor económico². Para além do valor que assumem para as empresas que os recolhem, no sentido de ordenar a sua oferta em relação aos dados da procura que vão conhecendo, há outras empresas que se dedicam à recolha, mineração e análise de dados, para posteriormente os venderem a terceiros. No fundo, a partir de grande volume de dados recolhidos – através de múltiplos meios – estabelecem padrões, por meio de associações ou sequências temporais. A utilização da inteligência artificial veio facilitar este processo, tornando-o mais célebre e mais instantâneo. Posteriormente, tais informações são vendidas a terceiros. Os chamados corretores de informações compram dados (pessoais) de diferentes pessoas, estabelecem, através da mineração, padrões e perfis e depois vendem a terceiros que neles tiverem interesse³.

III – A partir desta prática, mais ou menos generalizada, avultam diversos perigos. Desde logo, e em termos mais simples, porque o cruzamento de diversos dados pode permitir a reconstrução da história e do estilo de vida de uma pessoa, há uma clara ameaça à sua privacidade. Tal direito de personalidade fica vulnerável a ataques, a partir dos quais se colocam ulteriores problemas, que, do ponto de vista jurídico, podem levantar questões interessantíssimas: pense-se, por exemplo, no caso de A que, acedendo aos dados pessoais de B e conseguindo reconstituir o seu percurso de vida diário, acaba por, por esse meio, e por um qualquer motivo, atentar contra a sua integridade física. Colocar-se-á o problema de saber – em termos de preenchimento da responsabilidade – até que ponto a violação da integridade física se pode ainda reconduzir ao núcleo de proteção da privacidade ou, de um ponto de vista da fundamentação da responsabilidade, em que medida a lesão da integridade física pode ser imputada à esfera de risco do *controller* que, em violação dos deveres

² Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor (2010), p. 11, considerando que “a informação pessoal, especificamente, desponta como uma verdadeira *commodity* em torno da qual surgem novos modelos de negócio que, de uma forma ou de outra, procuram extrair valor monetário do intenso fluxo de informações pessoais proporcionado pelas modernas tecnologias da informação”.

³ Sobre a criação de perfis, cfr., igualmente, ZANNATTA (2009); Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor (2010), p. 14.

que lhe incumbiam de proteger os dados pessoais que tratava, pode vir a ser chamado à responsabilidade.

Em segundo lugar, a utilização de dados recolhidos ou comprados aumenta o risco de eventuais discriminações. Estas podem ser de dois tipos: *a)* discriminações *stricto sensu*. Pense-se no exemplo de uma instituição financeira que, sabendo que um seu potencial cliente faz recorrentemente pesquisas acerca de mecanismos de proteção em situações de incumprimento contratual, recusa conceder crédito ou, concedendo-o, fixa um *spread* muito elevado⁴; *b)* situações de *adaptive pricing*, ou seja, uma forma de variação dos preços em função do perfil do consumidor, de tal modo que a proposta comercial apresentaria um preço mais elevado aos consumidores que se mostrassem aptos a aceitar aquela oferta por um maior preço⁵.

Em terceiro lugar, pode gerar-se um problema de manipulação informativa. Dito de outro modo, os terceiros que comprem perfis de dados pessoais de múltiplos titulares utilizá-los-ão para oferecer os produtos que melhor se coadunem com aquele perfil ou para difundir as ideias (políticas, ideológicas ou outras) que se mostrem em sintonia com o público-alvo. Gera-se, então, um fenómeno de *boxing*. O consumidor e/ou o cidadão, consoante o papel que se assuma em cada momento, passa(m) a viver numa caixa. Do ponto de vista comercial, o fenómeno pode implicar que apenas seja veiculada publicidade que se adapte ao perfil do consumidor, o que envolve uma limitação da possibilidade de escolha da pessoa em concreto⁶. Do ponto de vista político, pode configurar uma limitação ao direito ao esclarecimento, impedindo uma tomada de consciência acerca do espectro ideológico na sua completude. Conduz, portanto, a uma menorização dos cidadãos.

A manipulação pode ainda ocorrer, a este nível, por outra via. Na verdade, conscientes do perfil do sujeito concretamente em causa, podem ser dinamizadas campanhas de marketing orientadas para a sua sensibilidade, de tal modo que a mensagem seja mais facilmente assimilada. A estratégia de interferência em processos eleitorais, desta forma, é aliás conhecida.

⁴ Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor (2010), p. 70.

⁵ Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor (2010), p. 70, considerando que aqui estaria em causa a violação do princípio da igualdade.

⁶ Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor (2010), p. 69.

IV – Em face destes problemas, surge a questão nuclear: como fazer-lhes face? Qual ou quais o/os remédios predispostos para lidar com eles?

Em primeiro lugar, haveremos de ter em conta que o tratamento de dados – qualquer que ele seja – há de obedecer a princípios rigorosos, consagrados no RGPD, e tem de basear-se, para ser lícito, num dos fundamentos previstos no artigo 6.º do mesmo diploma. A saber. O tratamento de dados pessoais só é lícito se existir consentimento do seu titular ou, em alternativa, se se verificar uma das seguintes situações: se o tratamento for necessário para a execução de um contrato no qual o titular dos dados é parte, ou para diligências pré-contratuais a pedido do titular dos dados; se o tratamento for necessário para o cumprimento de uma obrigação jurídica a que o responsável pelo tratamento esteja sujeito; se o tratamento for necessário para a defesa de interesses vitais do titular dos dados ou de outra pessoa singular; se o tratamento for necessário ao exercício de funções de interesse público ou ao exercício da autoridade pública de que está investido o responsável pelo tratamento; se o tratamento for necessário para efeito dos interesses legítimos prosseguidos pelo responsável pelo tratamento ou por terceiros, exceto se prevalecerem os interesses ou direitos e liberdades fundamentais do titular que exijam a proteção dos dados pessoais, em especial se o titular for uma criança.

O consentimento tem aqui um papel importantíssimo. Ele deve obedecer a condições estritas. Entre elas, importa ter em conta que o consentimento tem de ser esclarecido e tem de ser prestado para uma finalidade determinada. A questão que se coloca é a de saber se não se poderia justificar, a este nível, uma ideia de *ongoing consent*.

Por outro lado, o RGPD estabelece uma série de deveres que oneram quer o *controller* (o responsável pelo tratamento) quer o *processor* (o subcontratante). Um dado relevante a este propósito é considerar as regras no tocante à utilização de perfis. Estes são definidos, nos termos do artigo 4.º/4 do RGPD, como qualquer forma de tratamento automatizado de dados pessoais, utilizados para avaliar certos aspetos pessoais de uma pessoa singular, nomeadamente para analisar ou prever aspetos relacionados com o desempenho profissional, a situação económica, saúde, preferências pessoais, interesses, fiabilidade, comportamento, localizações, deslocações.

De acordo com o RGPD, numa solução vertida para o artigo 22.º, “o titular dos dados deverá ter o direito de não ficar sujeito a uma decisão, que poderá incluir uma medida, que avalie aspetos pessoais que lhe digam respeito, que se baseie exclusivamente no tratamento automatizado e que produza efeitos jurídicos que lhe digam respeito ou

o afetem significativamente de modo similar, como a recusa automática de um pedido de crédito por via eletrónica ou práticas de recrutamento eletrónico sem qualquer intervenção humana. Esse tratamento inclui a definição de perfis mediante qualquer forma de tratamento automatizado de dados pessoais para avaliar aspetos pessoais relativos a uma pessoa singular, em especial a análise e previsão de aspetos relacionados com o desempenho profissional, a situação económica, saúde, preferências ou interesses pessoais, fiabilidade ou comportamento, localização ou deslocações do titular dos dados, quando produza efeitos jurídicos que lhe digam respeito ou a afetem significativamente de forma similar. No entanto, a tomada de decisões com base nesse tratamento, incluindo a definição de perfis, deverá ser permitida se expressamente autorizada pelo direito da União ou dos Estados-membros aplicável ao responsável pelo tratamento, incluindo para efeitos de controlo e prevenção de fraudes e da evasão fiscal, conduzida nos termos dos regulamentos, normas e recomendações das instituições da União ou das entidades nacionais de controlo, e para garantir a segurança e a fiabilidade do serviço prestado pelo responsável pelo tratamento, ou se for necessária para a celebração ou execução de um contrato entre o titular dos dados e o responsável pelo tratamento, ou mediante o consentimento explícito do titular. Em qualquer dos casos, tal tratamento deverá ser acompanhado das garantias adequadas, que deverão incluir a informação específica ao titular dos dados e o direito de obter a intervenção humana, de manifestar o seu ponto de vista, de obter uma explicação sobre a decisão tomada”⁷.

A definição de perfis pode abranger, de acordo com o grupo de trabalho do artigo 29.º, a utilização de dados recolhidos originariamente para outro fim, nos termos do artigo 5.º/1 b). Veja-se o exemplo aí oferecido: uma aplicação móvel disponibiliza serviços de localização que permitem ao utilizador encontrar restaurantes próximos com oferta de descontos. Contudo, os dados recolhidos são igualmente utilizados para criar um perfil do titular dos dados para fins de comercialização direta, e A começa a receber anúncios de pizzas porque a aplicação detetou que habitualmente chega tarde a casa. De acordo com o grupo de trabalho do artigo 29.º, poderá não haver aqui possibilidade de se coadunar este tratamento com a finalidade primária, exigindo-se um novo consentimento.

⁷ Veja-se os artigos 13.º/2, f); 14.º/2, g); 15.º/1, h) do RGPD, relativamente às informações a prestar no caso de *profiling*; o artigo 21.º relativamente ao direito de oposição, e, com grande importância, o artigo 22.º do RGPD.

Assim, consoante explica, a eventual conformidade deste tratamento adicional com as finalidades iniciais depende das informações prestadas, da relação entre a finalidade para que foram recolhidas e a finalidade do tratamento posterior, as expectativas dos titulares dos dados, a natureza dos dados, as garantias prestadas.

A criação de perfis tem de respeitar os princípios da lealdade, transparência e licitude e não pode conduzir a formas de discriminação entre consumidores. Deve ainda respeitar os princípios da minimização de dados, da exatidão e da limitação da conservação.

A este propósito, importa, ainda, ter em conta a Diretiva (UE) 2019/2161 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de novembro de 2019, que altera a Diretiva 93/13/CEE do Conselho e as Diretivas 98/6/CE, 2005/29/CE e 2011/83/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, a fim de assegurar uma melhor aplicação e a modernização das regras da União em matéria de defesa dos consumidores. De acordo com o *considerandum* 45, os profissionais podem personalizar o preço das ofertas para consumidores específicos ou categorias específicas de consumidores, baseando-se em *automated decision-making and profiling of consumer behaviour*. Mas, nesse caso, devem informar claramente que os preços apresentados são personalizados com base nas decisões automatizadas, de modo a que o consumidor possa ter em conta o potencial risco da sua decisão de aquisição do produto. Estabelece-se, por isso, uma específica obrigação de informação nesta matéria, sem prejuízo da aplicação do RGPD⁸.

Alterada que foi a Diretiva das Práticas Comerciais Desleais, pergunta-se se podemos recorrer ao regime para fazer face a muitos dos problemas relacionados com o marketing personalizado com base em *profiling*.

V – O problema está em que nenhuma destas medidas responde aos problemas colocados pela comercialização desses dados. E os problemas são muitos, por se tratar de uma realidade nova, potenciada pelas novas tecnologias.

Em primeiro lugar, não existe um contrato (tipo contratual) que tenha como objeto dados pessoais, mas múltiplos possíveis contratos, o que resulta, por um lado, da liberdade contratual que a este nível opera, e, por outro lado, do facto de existirem múltiplos dados, de natureza diversa, gerados por múltiplas vias.

⁸ Cfr. Diretiva 2011/83/UE.

HENRIQUE SOUSA ANTUNES propõe uma classificação que os agrupa em contratos para o fornecimento de dados específicos; contratos para o acesso a uma fonte de dados – contratos para a tolerância do tratamento; contratos para o tratamento de dados; contratos de intermediação nas transações de dados. Nenhuma das categorias, porém, corresponde a um contrato típico. Ora, isto, se por si só não cria qualquer obstáculo à celebração dos negócios, pode gerar dificuldades quando haja de resolver uma controvérsia no seio da economia contratual. Perguntar-se-á, então, qual o regime jurídico aplicável?

Impõe-se a reflexão acerca da eventual proximidade do contrato concretamente celebrado com outros tipos contratuais. Mas, nessa senda, tornam-se claras as dificuldades: a compra e venda, por exemplo, não se mostra apta a assimilar a relevância problemática de todos os casos. O artigo 874.º do CC define a compra e venda como o contrato pelo qual se transmite a propriedade de uma coisa ou outro direito, mediante um preço.

A questão que se impõe é, portanto, a de saber se os dados pessoais podem ser configurados como coisas. Coisa é entendida pela doutrina como “bens (ou entes) de carácter estático, desprovidos de personalidade e não integradores do conteúdo necessário desta, suscetíveis de constituírem objeto de relações jurídicas”⁹. Para tal, é necessário que os bens apresentem algumas características, a saber: *a*) existência autónoma ou separada; *b*) possibilidade de apropriação exclusiva por alguém; *c*) aptidão para satisfazer interesses ou necessidades humanas. Note-se que, pelo contrário, não é necessário que “se trate de bens efetivamente apropriados”, podendo tratar-se das “*res nullius*, como os animais bravios ou os peixes não apropriados”¹⁰. A dificuldade de qualificar os dados pessoais como coisa passa, portanto, pela exigência de apropriação exclusiva por alguém, tanto quanto os dados pessoais pertencem, em primeira linha, ao titular dos mesmos. Mesmo que este autorize a sua utilização por terceiros não se lhes atribui um direito de propriedade, por não se atribuir um direito de uso exclusivo. Por outro lado, os dados pessoais podem integrar o conteúdo necessário da personalidade.

Porém, ainda que seja possível discernir uma concreta analogia, que nos permita mobilizar algumas das regras contratuais em apreço, com as adaptações devidas, continua a não ser configurável um direito de propriedade sobre os dados pessoais. É, como vimos, a ausência de exclusividade

⁹ PINTO (2005), pp. 341 s.

¹⁰ Cfr. PINTO (2005), p. 343.

no uso que afasta essa possibilidade. E mesmo que se alargasse o conceito de coisa – reformulando-o – não estaríamos diante de uma coisa corpórea.

VI – Nessa medida, afastando-se a tutela que poderia ser conferida por via do direito de propriedade, resta-nos, em caso de violação do contrato, o recurso às regras da responsabilidade contratual, consoante explica HENRIQUE SOUSA ANTUNES. Haveremos, contudo, de ser cautelosos nesta afirmação. De facto, quando esteja em causa a violação de dados pessoais, porque estes configuram um direito absoluto, haverá que entender que podemos mobilizar a tutela delitual. Fundamental é que se trate, efetivamente, de dados pessoais, ou seja, não podem ter sido tornados anónimos ou pseudonimizados.

Do ponto de vista da responsabilidade delitual há, contudo, determinados problemas que se enfrentam.

Desde logo, tem de haver um dano. Ora, em muitas situações ele pode não existir. Mesmo se descontarmos o problema de saber como interpretar a referência que o RGPD faz aos danos materiais e imateriais – questionando se os segundos devem ou não passar pelo crivo do artigo 496.º do CC –, haverá situações em que o dano verificado é coletivo e não individualizado. Pense-se, por exemplo, numa hipótese em que uma rede social fornece ilicitamente os dados dos seus utilizadores a um terceiro, que os utiliza para campanhas de marketing político não autorizadas, que condicionam os resultados eleitorais nacionais. Nesse caso, havendo ilicitude, não haverá, contudo, dano que possa sustentar a responsabilização do sujeito.

Noutras situações, poderá ocorrer um dano que, contudo, é suplantado pelo lucro ilicitamente obtido pelo *controller*. Para quem, como nós, recuse que a responsabilidade civil seja chamada a repor as situações de lucro ilícito, ficaremos sem possibilidade de resolver o problema por esta via. Aventa-se, então, a possibilidade de se recorrer às regras do enriquecimento sem causa. O problema tem-se colocado a propósito dos direitos de personalidade, envolvendo a própria problematização dos chamados “danos punitivos”. E requer outro tipo de considerações.

Na verdade, não obstante a racionalidade de pendor analógico que nos deve animar, o facto de descortinarmos uma finalidade punitiva à responsabilidade civil, quando ligada à problemática dos danos morais, não nos autoriza a – despojados de outros fundamentos – considerar que o nosso ordenamento jurídico aceita, de princípio, a condenação do agente em *punitive damages*. E isto porque nem sequer é possível a transposição dessa intencionalidade do campo pessoal para o campo

patrimonial. Isto é, não podemos pensar que há, subjacente à tutela resarcitória dos bens de carácter pessoal, uma intencionalidade punitiva. Fazê-lo era esquecer que os danos não patrimoniais podem, *mutatis mutandi*, resultar da preterição de direitos de carácter patrimonial. Por outro lado, embora haja uma nítida interpenetração entre as diversas figuras, facto que, aliás, se entende se pensarmos que os danos punitivos granjearam fortes apoios nos ordenamentos jurídicos que não reconhecem a possibilidade de ressarcimento dos danos morais, como forma de suprir tal obstáculo, a verdade é que não há uma confluência entre elas. Como explicita JÚLIO GOMES, há determinadas situações em que o agravamento do montante indemnizatório ainda cumpre um escopo reparador¹¹. Em jogo entram os chamados *aggravated damages*, definidos pelo autor como “os danos resultantes do impacto do ânimo ou intenção do agente sobre os sentimentos de dignidade e amor-próprio do lesado”¹². Mantendo uma proximidade grande com os *punitive damages*, distinguem-se deles por prosseguir ainda uma finalidade reparadora¹³. Embora não se confundindo a figura com a indemnização devida em caso de danos extrapatrimoniais, a verdade é que também aí, e não obstante a inversão hierarquicamente constatada das prioridades teleológicas, a ideia de reparação continua presente. O que nos permite concluir, neste

¹¹ GOMES (1989), pp. 107-108. A ideia subjacente à dicotomia traçada pelo autor – entre as situações em que a indemnização atribuída se reconduz, ainda, a uma finalidade de reparação do dano e as situações em que tal indemnização tem um escopo punitivo-preventivo – passa pela consideração de que “o dolo, se é, por um lado, um elemento a ter em conta na identificação do responsável pelo dano, é, ainda suscetível, o que nem sempre se tem presente, de influir no próprio montante deste [...] [por exemplo] no caso de lesões à honra, ao decoro, ou a destruição de bens pelos quais o seu proprietário tem um determinado interesse estimativo, [...] casos em que a extensão do dano pode, patentemente, depender da intenção do agente. Nesse caso, a atribuição de uma quantia mais elevada a título de indemnização [...] é suscetível de ser explicada pela necessidade de reparar integralmente o dano causado”. No fundo, o que está em causa é a noção de que os próprios danos são superiores porque, sendo o comportamento doloso, afetam mais amplamente o amor-próprio.

¹² GOMES (1989), p. 108.

¹³ Para maiores desenvolvimentos acerca do confronto entre os *punitive damages* e outras figuras próximas, cf. BORGES (2002), pp. 43 s.; LOURENÇO (2000), pp. 64 s.; CODERCH (2000), pp. 142-143 (onde se encontra, também, uma definição precisa dos *aggravated damages*).

Os danos punitivos ou *punitive damages* têm sido, também, designados por *moral damages*, *at large*, *retributory*, *vindictive*, *deterrent*, *penal*, *smart money*, *swingeig*, *indignant*, *exemplary* [cfr. GOMES (1989), p. 107].

primeiro momento, que o artigo 496.º do CC não pode servir de suporte ao acolhimento dos danos punitivos no nosso ordenamento jurídico, já que estes – e isso torna-se claro no cotejo operado – prescindem sempre da ponderação da repercussão que o comportamento do agente teve na esfera jurídica do lesado. Acresce que uma panóplia de outros argumentos pode ser convocada para negar a possibilidade de condenação de um agente em danos punitivos, no seio do nosso ordenamento jurídico¹⁴. Configurando os danos punitivos uma sanção de tipo penal, vários obstáculos se erigem contra a sua admissibilidade. Desde logo, colocam-se problemas no tocante ao princípio *nullum crimen sine lege*. Na sua tripla dimensão positiva, transpositiva e suprapositiva, o princípio da legalidade criminal mostra perentoriamente – e mesmo que sobre ele se lance um olhar consonante com o entendimento metodológico que temos da juridicidade e da sua concreta realização¹⁵ – que não pode haver punição para lá da expressa previsão legal. Ora, a cominação de danos punitivos afigura-se totalmente distante de um princípio da tipicidade. Por outro lado, não só inexistente a exigível previsão expressa da eventual punição a ser associada à prática de um ilícito doloso de determinado tipo, como, fruto da remissão do escopo punitivo estrito para o domínio civilístico, ficariam apagadas as garantias que, ao nível do processo penal, são reconhecidas aos arguidos, ao mesmo tempo que potenciaria o risco de uma dupla punição, em claro desrespeito por outra proibição penalista – *ne bis in idem*. De facto, e quanto a este último ponto, não parece colher a argumentação segundo a qual não haveria violação do princípio, porquanto a pena civil visasse servir o interesse da vítima. Com efeito, a partir do momento em que deixa de haver ligação entre o *quantum* indemnizatório e os danos apurados, deixa de se prosseguir em primeira linha o interesse do lesado, pelo que o putativo afastamento da crítica entra em contradição com a própria noção de dano punitivo que se tenta tornar operante¹⁶. Se isto não fosse bastante, outras implicações

¹⁴ Para uma sistematização das principais críticas que têm sido dirigidas à imposição de danos punitivos, cf. GOMES (1989), pp. 110 s.; BORGES (2002), pp. 58 s., que as sistematiza, dividindo-as em críticas de índole penal e processual penal, de índole economicista, de índole civilística; LOURENÇO (2000), pp. 68 s.; ZENO-ZENCOVICH (1985), p. 22; PONZANELLI (1983), pp. 438 s.; GUIMARÃES (2001), pp. 174 s.; FARIA (2003), pp. 272-273.

¹⁵ Cf. NEVES (1984), pp. 307 s. e (1995), pp. 347 s.

¹⁶ Apresentando este raciocínio em defesa dos danos punitivos, cf. BORGES (2002), p. 59.

constitucionais poderiam tornar duvidosa a figura. Pensemos para tanto que, hodiernamente, se tem presente uma cada vez maior influência do direito constitucional nos meandros civilísticos¹⁷. Não se trata, agora, da impregnação da responsabilidade civil com as notas predicativas do mundo penal e a conseqüente constatação da falência dos mecanismos de que dispõe para dar resposta a imperiosas necessidades de proteção do arguido, mas da refração dos princípios constitucionais sobre a própria conformação juscivilística, embora não se apague, jamais, a intencionalidade específica deste nicho problemático. Ora, se não esquecermos as pontes que inegavelmente se desenhavam entre o direito constitucional e o direito privado, somos remetidos para o pensamento de CANARIS¹⁸. Partindo da ideia de que a imposição de uma obrigação ressarcitória constitui “uma intervenção nos direitos fundamentais do lesante”, mais concretamente uma intervenção na liberdade de ação protegida pelo artigo 2.º, n.º 1, da LF, CANARIS sustenta que se há de aqui recorrer à proibição do excesso, sobretudo como um controlo da proporcionalidade¹⁹. Não aderimos incondicionalmente ao pensamento do insigne jurista. A perspetivação da responsabilidade civil à luz do direito fundamental apresenta, no seu pensamento, uma dupla vertente. Se, por um lado, vale como controlo das obrigações pecuniárias do lesante, ela projeta-se num momento logicamente anterior – o da atuação deste. É o segmento final que contestamos, por entender que ele surge ainda imbuído de uma conceção individualista de liberdade que esquece a responsabilidade como correlativo inolvidável da sua atualização em concreto. Sem que isso apague, aos nossos olhos, a pertinência da convocação do referente de proporcionalidade, já não no desenho dos requisitos da obrigação ressarcitória, mas na determinação do seu *quantum* indemnizatório. O argumento não é imediatamente concludente. Mas permite considerar, sem dúvida, que a ponderação do dano realmente sofrido não pode deixar de influenciar a determinação do montante ressarcitório, afastando-nos,

A propósito da alegada contradição que se evidenciou, ver o que a autora escreve na página 41.

¹⁷ ANDRADE (2003), pp. 295 s.; NIPPERDEY (1962), pp. 31 s.; CANARIS (2003), p. 293; BILBAO UBILLOS (2003), pp. 309 s. e (2007), *inter alia*. Cfr., ainda, as breves considerações que a esse propósito tecemos num artigo escrito em coautoria com JOÃO PEDRO RODRIGUES – BARBOSA/JOÃO PEDRO RODRIGUES (2011), pp. 319 s.

¹⁸ CANARIS (2003), pp. 75 s. Cfr., para descortinar algumas clivagens relativamente a este pensamento, o citado artigo escrito em coautoria com JOÃO PEDRO RODRIGUES.

¹⁹ CANARIS (2003), pp. 76 e 77.

assim e concomitantemente, de um puro ideal punitivo, desarraigado do escopo reparador. Atente-se, ademais, que, na análise da proporcionalidade da situação concreta, há que ter em conta os vetores atrás mencionados a propósito do artigo 494.º do CC: a situação económica do lesado e do lesante, o dano efetivamente sofrido e o grau de culpa do agente. Se olhássemos para o princípio no sentido de ele identificar um perfeito equilíbrio entre os critérios mencionados e o montante indemnizatório a determinar, poder-se-ia, ainda, aventar a possibilidade de se cominar a condenação do agente no pagamento de danos punitivos. A verdade, porém, é que não é essa a sua intencionalidade²⁰. Tradicionalmente, tem sido encarado como um mecanismo de limitação de medidas concretas, e, no caso que nos interessa, da indemnização²¹.

Há, porém, que enfrentar um dos argumentos mais sugestivamente mobilizados pelos defensores dos danos punitivos. Falamos do alerta constantemente lançado acerca da injustiça que é o lesante vir a beneficiar

²⁰ Cfr., porém, o que nos diz STRECK (2004), pp. 303-345.

²¹ No fundo, o princípio funciona num sentido unidirecional. Tendo em conta a gravidade da conduta do lesante, o dano provocado e a situação económica das partes, há que fazer um juízo de proporcionalidade. Se esta existir, a indemnização será igual ao montante do dano provado e apurado; se ela não existir, a desproporção só poderá funcionar para limitar a indemnização e nunca para a elevar acima daquele montante.

Dito de outra forma, o princípio da proporcionalidade encara-se, aqui, como um princípio da proibição do excesso. É esse, aliás, o sentido com que o princípio tem sido concretizado em algumas normas do ordenamento jurídico-civil. Assim, por exemplo, no artigo 812.º do CC.

Parece também ser esse o sentido com que CANARIS – na perspetivação do direito privado à luz do direito constitucional – convoca o princípio. Pode ler-se, a páginas 77 (*op. cit.*), que “o [...] passo é a aplicação da proibição do excesso, e, desta forma, sobretudo um controlo de proporcionalidade. Ora, quanto a este ponto confrontei os efeitos ruinosos para o lesante, sobretudo, a necessidade de ressarcimento do lesado pelos danos sofridos (bem como a ideia de prevenção), e cheguei, assim, a uma solução que distingue consoante a limitação do montante ressarcitório é, ou não, economicamente exigível ao lesado. Só no primeiro caso – isto é, [...] o do lesado rico – considerarei [...] a possibilidade de redução da obrigação de indemnização”. Há, aqui, claramente uma chamada de atenção para as exigências de prevenção, bem como para a situação económica das partes, mas não deixa de ser evidente que o autor mobiliza o princípio no seio da discussão acerca de uma cláusula de redução da indemnização. E nesse sentido parece-nos pertinente considerar o seu pensamento no âmbito do que tem sido por nós defendido. Note-se, aliás, que nunca negámos a ideia de prevenção, sequer de punição em sentido amplo. E estamos em crer que ela, nos termos do artigo 494.º do CC, é indiciada pela referência ineludível à culpa do agente como fator de ponderação de uma eventual redução, segundo juízos de equidade, do montante ressarcitório.

com o ato lesivo, obtendo um enriquecimento com o mesmo²². No fundo, pretender-se-ia que o agente não tivesse um prémio pelo seu comportamento ilícito. E o benefício que o lesado obteria com isso justificar-se-ia pela consideração de razões de ordem pública^{23/24}. Seria esta a justificação bastante para a tentativa de condenação do responsável pelo tratamento de dados no pagamento de danos punitivos.

Se a preocupação é meritória, cremos que, pelos motivos expostos, não se deve forçar a responsabilidade civil, chamando-a a cumprir finalidades para as quais não está predisposta, para mais com quebra de princípios constitucionais.

A solução poderia, assim, passar pelo recurso ao enriquecimento sem causa. Este nosso entendimento, que contraria – não nas preocupações materialmente densificadas, mas no caminho para as soluções que se procuram justas – a posição de base de HENRIQUE SOUSA ANTUNES²⁵, tem de ser explicitado.

Atentando na situação gerada no âmbito de um delito de que resulte, apesar da indemnização devida, um ganho para o lesante, há, em abstrato, a considerar duas hipóteses. Ou se privilegia o lesante, sustentando que o seu enriquecimento não deve ser combatido²⁶; ou se privilegia o lesado, entendendo que deve ser apagado o referido enriquecimento pela sua transferência para a esfera do último. Muitos autores encontram na noção de dano punitivo o mecanismo adequado para operar esta transferência e reafirmar, numa perspetiva preventiva, que o comportamento ilícito não compensa²⁷. A questão que formulamos é, no entanto, a seguinte: ainda que se adira, em nome da bondade material da solução, à opção veiculada em segundo lugar, resta saber se o instituto adequado para garantir esse resultado é a responsabilidade civil ou se, ao invés, não será antes o enriquecimento sem causa²⁸.

²² Ligar-se-iam, aqui, ainda, preocupações atinentes à prevenção de futuros comportamentos ilícitos e danosos.

²³ Cfr. Caso *Rooges v. Barnard*, apud BORGES (2002), p. 60.

²⁴ Cfr. TUNC (1971), p. 132. O autor considera que o benefício do lesado constituiria uma recompensa por ser um meio de prossecução de uma finalidade social – a prevenção de condutas indesejáveis.

²⁵ ANTUNES (2011).

²⁶ Cfr. GOMES (1989), p. 736.

²⁷ Cfr. BORGES (2002), p. 61. Cfr. ANTUNES (2011).

²⁸ Formulando a mesma questão, GOMES (1989), p. 110, onde é referido, no mesmo sentido, KÖNDGEN.

Se a resposta encontrada for no sentido da prestabilidade do enriquecimento sem causa para dar resposta ao problema, parece descobrir-se, aí, um ponto de apoio suficientemente seguro para negar, definitivamente, a pertinência dos danos punitivos. Para dilucidar cabalmente o cerne da questão agora trazida a lume importa salientar alguns aspetos. Na verdade, se é certo que ela emerge pela constatação da existência de um enriquecimento injusto, não é menos seguro que nem sempre o enriquecimento injusto pode ser visto como um enriquecimento sem causa, *tout court*, desencadeando a “aplicação” do regime previsto pelo legislador para discipliná-lo²⁹. Como salienta LEITE CAMPOS, “o princípio que proíbe o locupletamento injusto à custa de outrem é um dos princípios mais gerais do sistema jurídico. [...] é um aspeto da noção de direito, entendido como ordem justa [...]”. Mas, muitas vezes obsta-se a ele com recurso a “normas especiais – anulabilidade, gestão de negócios, responsabilidade civil – sem recurso direto ao enriquecimento sem causa”³⁰. Isto implica que, ainda que de forma sumária, nos debrucemos sobre o carácter subsidiário da obrigação de restituir aquilo com que se enriqueceu sem causa e à custa de outrem^{31/32}. Só assim perceberemos se o enriquecimento sem causa

²⁹ Cfr., a propósito da distinção, entre enriquecimento injusto e enriquecimento sem causa, GOMES (1998), pp. 81 s., 424 s. e demais bibliografia aí citada.

³⁰ CAMPOS (1982), pp. 39 e 41.

³¹ O problema foi detidamente considerado e desenvolvido por LEITE CAMPOS, *A subsidiariedade da obrigação de restituir o enriquecimento*. Alertamos para o facto de o nosso discurso, neste ponto, se limitar a apontar as linhas certas do entendimento que pensamos ser mais pertinente. O artigo 474.º do CC diz-nos que “não há lugar à restituição por enriquecimento quando a lei facultar ao empobrecido outro meio de ser indemnizado ou restituído, negar o direito à restituição, ou atribuir outros efeitos ao enriquecimento”.

Note-se que, além do requisito da subsidiariedade, a obrigação de restituir só surge quando o enriquecimento tenha sido obtido à custa de outrem e sem causa. À custa de outrem significa que “o enriquecido tenha beneficiado de uma prestação ou intervindo num direito alheio” [CAMPOS (2003), pp. 316-317]. Com a referência a sem causa, pretende o ordenamento jurídico identificar aqueles casos em que o enriquecimento “não devia pertencer àquele que dele beneficia mas a outrem” [CAMPOS (2003), p. 317]. Cfr., sobre estes conceitos, e por todos, VARELA (2003), pp. 480 s.

³² GOMES (1998), p. 424. O autor critica a abordagem que Leite Campos faz da ideia de subsidiariedade. Para ele, o insigne civilista teria cometido o erro de confundir o enriquecimento injustificado, de que o enriquecimento sem causa é um afloramento, com a ideia de enriquecimento que carece de justificação no âmbito de um determinado ordenamento jurídico. Assim, para LEITE CAMPOS, se também a responsabilidade civil implicar um enriquecimento injusto, correspondente ao dano produzido, não haveria de recorrer às regras subsidiárias, porque elas seriam consumidas pelo regime da responsabilidade civil. Para JÚLIO GOMES tal levanta, porém, um problema: o de saber por que

pode ser mobilizado para obviar o enriquecimento do lesante que se pretende evitar ou se, pelo contrário, se afigura imprestável, resultando, portanto, sugestiva a argumentação dos defensores dos danos punitivos. LEITE CAMPOS, tratando da relação entre a responsabilidade civil e o enriquecimento sem causa, é perentório na resposta que fornece. Diz-nos o autor, quando se refere àquelas situações em que um mesmo facto gera um dano e, simultaneamente, um ganho para o lesante, que a referência à responsabilidade civil não impede a restituição do enriquecimento que exceda o primeiro^{33/34}. É claro que a proposta doutrinal do civilista se baseia numa conceção de responsabilidade civil centrada na noção de

razão não poderá o lesado recorrer ao enriquecimento sem causa, se isso lhe for benéfico, sobretudo no que tange à não necessidade de prova da culpa do lesante, pelo que haveria de se compreender de outro modo a subsidiariedade.

Pensamos que a resposta para o problema passa pela consideração da natureza do enriquecimento sem causa. Na verdade, o instituto é visto como uma válvula de escape do sistema, como o último expediente para corrigir situações que impliquem uma incorreta afetação de bens. Não terá, por isso, aplicação quando outros fundamentos se sobreponham a este, como seja o normativo axiológico sentido fundamentante da responsabilidade civil. Sendo este específico por referência àqueloutro mais genérico, a regulamentação da responsabilidade civil acaba por consumir o enriquecimento sem causa.

³³ CAMPOS (2003), pp. 319 s. Para o autor, há uma função comum aos dois institutos – a de “operarem a restauração de um equilíbrio patrimonial perturbado [...]. Não só a existência dos bens e a sua pertinência a um determinado sujeito, mas também a liberdade de os adquirir e agir com eles ou sobre eles [...]. Resultando desta função de tutela dinâmica dos bens jurídicos, os conceitos de dano e de enriquecimento são em princípio conceitos patrimoniais, traduzindo a diferença entre a situação real e a situação hipotética atual do património do enriquecido ou do lesado [...]. As fontes das obrigações de indemnizar ou restituir e circunstâncias inerentes é que são diferentes num caso e noutra e vêm determinar o diferente objeto dessas obrigações” (pp. 320-321, n. 1). Ou seja, para o autor, os dois institutos cumpriam a mesma função e teriam o mesmo fundamento, diferenciando-se em termos de consequências, na medida em que a necessária referência ao ato ilícito operado pela responsabilidade civil a faria centrar-se na noção de dano, enquanto o enriquecimento sem causa se quedaria, como o próprio nome parece indicar, no locupletamento do agente.

Sem querermos, neste ensejo, tomar posição acerca do fundamento último do enriquecimento sem causa, até porque isso implicaria, uma vez mais, um grau de aprofundamento do instituto que não é consentâneo com o tema em análise, sequer sem querermos entrar no debate a propósito da conceção – patrimonial ou não – de dano, a verdade é que podemos retirar destas palavras um importante contributo no sentido de, dogmaticamente, encontrar um critério de solução do concurso de normas a que somos conduzidos nas situações que produzem, em simultâneo, um dano para o lesado e um ganho – superior àquele – para o lesante.

³⁴ Cfr. BIRKS (1996), pp. 48 s.

dano. É o próprio autor que nos alerta para esse facto quando refere que “alguns autores [...] propõem a inserção do enriquecimento do lesante nos quadros da responsabilidade civil”, com base na defesa de uma finalidade preventiva e sancionatória do instituto³⁵. Neste sentido, o nosso pensamento poder-se-ia afigurar circular. Na verdade, estaríamos a depor no sentido da inadmissibilidade dos danos punitivos com base – entre outros argumentos – na possibilidade de mobilização do enriquecimento sem causa, quando a conclusão acerca dessa viabilidade passaria pela prévia determinação do desenho teleológico da responsabilidade e, nessa medida, da conclusão acerca da consideração do enriquecimento no momento da determinação do *quantum* indemnizatório. Cremos, porém, que a eventual crítica possa ser afastada desde já. Efetivamente, o principal escopo do instituto aponta para o ressarcimento do lesado, sem embargo da materialidade comunicada pela sua teleonomologia. Aliás, quando falamos de uma função punitiva – no sentido amplo de função sancionatória que coenvolve a desvelação do sentido ético da obrigação indemnizatória³⁶ – pretendemos salientar que a pessoa humana, porque necessariamente livre, deve ser chamada a arcar com as consequências negativas de uma conduta que interfira diretamente com a esfera jurídica alheia ou, projetando-se na sua própria esfera jurídica, olvide deveres de solidariedade que estabelecem pontes entre os diversos membros da comunidade, lesando-os de algum modo. Isto quer dizer que mesmo aí, arredando-nos de um formalismo de outros tempos, continuamos centrados nos efeitos negativos, no dano, não indo ao ponto de considerar o enriquecimento. A chamada à colação do enriquecimento sem causa serve, apenas e só, para mostrar que, mesmo negando a condenação do agente num dano punitivo, é possível prover pela correta ordenação dos bens ao nível do ordenamento jurídico, evitando enriquecimentos injustos³⁷. Dito de outro modo, de nada serve tentar forçar o funcionamento

³⁵ CAMPOS (2003), p. 321, n. 1.

³⁶ Veja-se, a propósito, RADIN (1993), pp. 56-86.

³⁷ As considerações feitas em texto levam-nos a salientar alguns pontos, incidentalmente.

Concordamos com LEITE CAMPOS quando vê nos dois institutos mecanismos disponibilizados pelo ordenamento jurídico para prover pela correta ordenação dos bens. E, nesse sentido, ambos seriam expressão de um ideal de justiça a alcançar. Pensamos, contudo, ser relevante sublinhar que, no que à responsabilidade civil diz respeito, e como já tantas vezes referimos, entra em jogo a ideia de liberdade e de responsabilidade, pelo que o critério de imputação, em regra, não poderá ser objetivo. É esse sentido ético – denotado

do mecanismo ressarcitório em nome da justiça se, por outros meios, e salvaguardando a pureza dos institutos, se poderá chegar a resultados análogos, materialmente justos. Mais diretamente, o carácter apelativo do argumento mobilizado pelos defensores de uma função punitiva estrita da responsabilidade perde, neste sentido, a sua força persuasiva³⁸. Algumas vezes levantam-se, contudo, dizendo que, quando em causa

na impressividade da expressão responsabilizar – que implica o olhar atento sobre o dano. Mas não mais do que ele. Exatamente porque a solidariedade fundamentante do instituto apenas releva até ao limite em que o agente deve apagar o resultado negativo que a sua conduta, ilícita e culposa, desencadeou. Já no enriquecimento sem causa, o dado relevante é a imperiosa ligação de uma vantagem patrimonial a uma esfera de interesses – aquela esfera de interesses que lhe serve de apoio. E o que se pretende, pois, é que, sempre que a deslocação patrimonial (e falamos aqui de deslocação patrimonial sem que com isso se esteja a tomar posição acerca das teorias fundamentadoras do instituto) ocorra sem uma causa justificativa, a situação de justiça seja reposta, não relevando, sequer, a indagação acerca da fonte do enriquecimento [cfr. CAMPOS (2003), p. 324, n. 1]. Num sentido diferente, mostrando-se discordante em relação ao autor, cf. Júlio Gomes (1998), 112. Dito de outra forma, à responsabilidade civil, mesmo que não se defenda uma ideia de ilicitude da conduta, interessa analisar o facto gerador do dano e, com base nele, atualizar a pessoalidade do ser humano, chamando-o à responsabilização inerente à sua liberdade, pelo que se centrará naquele dano. O enriquecimento sem causa quedar-se-á na determinação da existência ou não de uma justificação para uma dada deslocação patrimonial, focalizando-se, portanto, no enriquecimento. Cf. LEITÃO (2005), 675 s. Afirma o autor que “os casos em que se verifica um enriquecimento em resultado de uma intervenção sobre bens alheios podem igualmente integrar os pressupostos da responsabilidade civil subjetiva, referidos no artigo 483.º [...]”. Mas acrescenta que “as teorias mais modernas acentuam, pelo contrário, a diferença de funções dos dois institutos, um centrado na remoção do dano e outro na repressão do enriquecimento. Efetivamente, a responsabilidade civil visa remover os danos, só reprimindo o enriquecimento de uma forma indireta e eventual. Pelo contrário, o enriquecimento sem causa visa reprimir o enriquecimento, só removendo o dano de uma forma indireta e eventual” (pág. 676).

³⁸ No mesmo sentido, afirma LEITE CAMPOS que “nem é necessária a consideração do enriquecimento do lesado nos quadros da responsabilidade civil. O enriquecimento não removido através do instituto da responsabilidade civil sê-lo-á através das normas do enriquecimento sem causa” – CAMPOS (2003), p. 322, n. 1.

Cfr., também, LEITÃO (2005), 676. O autor refere o artigo 498.º, n.º 4, do CC para atestar da possibilidade de recurso às normas do enriquecimento sem causa quando, para além do dano produzido, se gera um enriquecimento para o lesante.

Em sentido diferente, questionando a pertinência da ideia de *punitive damages* para obstar ao enriquecimento injusto do lesado, designadamente na sua modalidade de *restitutionary damages*, cfr., GOMES (1998), 795. Para o autor, o enriquecimento ocasionado com a intromissão em bens jurídicos alheios pode constituir ainda um dano experimentado pelo titular de tais bens. E, por isso, aceitaria plenamente a admissibilidade de danos punitivos que visassem apagar esse dano (pág. 780). A restituição

do lucro funcionaria, assim, como um “limbo ou uma terra de ninguém entre os dois institutos” (p. 792).

Aderimos, naturalmente, e por tudo o que tem sido dito, à posição de LEITE CAMPOS. Até porque nos parece que, no debate em que mergulhámos incidentalmente, tem ficado fora do horizonte discursivo a ideia de comutatividade. Ou seja, na atualização dialética da liberdade pessoal por via da sua responsabilização, é uma ideia de comutação ou de troca que, genericamente, está presente. A mesma ideia que ganha foros de gigante ao nível contratual, mas que caracteriza, afinal, toda a intencionalidade do mundo privado, em termos abstratos e sem embargo de conviver pacificamente com outras formas de justiça particulares. O que quer dizer que a integração do enriquecimento do lesante no âmbito da responsabilidade civil contrariaria esse equilíbrio comutativo que ela pretende, afinal, garantir.

Daí considerarmos preferível que o mesmo seja obviado através dos mecanismos naturalmente predispostos para corrigir as falhas do sistema e permitir uma correta alocação dos bens.

Num sentido idêntico a LEITE CAMPOS, CANARIS (1999), 85-109.

Sublinhe-se que, como é claro, tudo o que fica dito implica uma tomada de posição acerca do âmbito de aplicação da responsabilidade civil. Na verdade, se o enriquecimento sem causa tem natureza subsidiária, isto significa que só podemos recorrer a ele se o ressarcimento não for apto a lidar com a questão do locupletamento. Ora, uma vez constatada a imprestabilidade daquele para tratar do problema, passa a ser legítimo considerar que o enriquecimento sem causa oferece a chave de solução para as inquietações do jurista, não sendo necessário forçar os mecanismos consagrados delitualmente.

Cfr., a propósito da aproximação entre o enriquecimento sem causa e a responsabilidade civil, LEITÃO (2005), 675 s., e 762 s.

Procurando determinar se é viável uma configuração unitária do enriquecimento sem causa ou se, ao invés, se deve operar uma diferenciação estrutural e funcional entre as diversas categorias daquele, o autor acaba por analisar separadamente as várias hipóteses de surgimento de uma pretensão alicerçada no instituto. Fala, assim, e no que a este propósito nos interessa, de enriquecimento por intervenção em bens ou direitos alheios. E procura qualificar dogmaticamente tais hipóteses, para o que convoca diversas teorias.

Começando por rejeitar a teoria da imediação da deslocação patrimonial (pela constatação da existência de situações em que há uma deslocação patrimonial que não legitima o recurso ao enriquecimento sem causa, bem como de hipóteses em que, sendo plausível o recurso ao instituto em referência, não se constata qualquer deslocação patrimonial – cfr. pp. 762 e 763), o autor enceta um diálogo com a teoria da ilicitude e a teoria do conteúdo da destinação.

Assim, para a primeira, o recurso ao enriquecimento sem causa fundar-se-ia no conceito de ilicitude (cfr. pp. 767 s., bem como as múltiplas referências bibliográficas que aí são feitas), produzindo “conscientemente uma aproximação do enriquecimento por intervenção em relação à responsabilidade civil configurando aquele como uma pretensão de compensação de um ilícito que se aplica independentemente de culpa” (p. 785). Ora, é exatamente essa consciente aproximação entre os dois institutos que MENEZES LEITÃO critica veementemente, com base nas seguintes ideias: a) a aproximação pressuporia a utilização de um conceito de ilícito aferido ao resultado e não à ação, sendo

que o autor adere, inequivocamente, à teoria da ilicitude da conduta; *b*) a alternativa referência à ilicitude da ação mostra-se “como totalmente inadequada à função do instituto que é a de reprimir aquisições injustificadas, independentemente da qualificação da ação do interventor que as originou”; *c*) a teoria mostra-se contrária ao sistema, não fornecendo qualquer fundamento para a eliminação dos ganhos do interventor, “que não seja a necessidade de sancionar eficazmente os comportamentos ilícitos” e “esse ponto de vista quase de direito penal não se apresenta adequado à função económica do enriquecimento por intervenção” (cfr. p. 786, em especial n. 2135).

Urge referir que, no que à violação de direitos absolutos diga respeito, continuamos a achar preferível – porque mais consonante com os dados normativos do sistema – a consideração da ilicitude do resultado (nesse sentido, v. o que se dirá *infra* sobre o tópico). Não obstante, aderimos, no restante, à posição veiculada pelo autor que temos vindo a acompanhar. Na verdade, ainda que o comportamento que desencadeie uma pretensão de restituição fundada no enriquecimento sem causa consubstancie – como pode consubstanciar – um ato ilícito, não só se prescinde da aferição da culpa, como falha a verificação da existência do dano. Ora, esta solução – dogmaticamente atestada pela ideia de subsidiariedade do instituto do enriquecimento sem causa – far-nos-á perceber – ainda que numa análise muito superficial – que o fundamento daquele não se há de desvelar ao nível da ilicitude. Com efeito, esta projeta-se na existência de um dano, que, funcionando como o núcleo central da responsabilidade civil, justifica, comutativamente, a obrigação de indemnização. Qualquer ganho obtido pelo lesante – ainda que decorrente de um ato ilícito – será removido com base noutro qualquer fundamento.

Importa, por isso, atentar na segunda teoria citada – a teoria do conteúdo da destinação.

Caracteriza-se esta por defender que “qualquer direito subjetivo absoluto [...] atribui ao seu titular a exclusividade do gozo e da fruição da utilidade económica do bem” (p. 772), pelo que “quem explora sem autorização um direito absoluto alheio adquire algo que, de acordo com o conteúdo da destinação desse direito, pertence ao respetivo titular” (p. 773).

O enriquecimento sem causa, prescindindo da avaliação da ilicitude e da culpa (embora, em concreto, elas possam existir por referência à situação de base), bem como do dano, configuraria, por comparação com a responsabilidade civil, “um *aliud*, com uma função independente relativamente à proteção de bens jurídicos” (p. 773).

Para maiores desenvolvimentos, cfr. as páginas subsequentes, onde MENEZES LEITÃO apresenta o pensamento de diversos autores que operaram correções à formulação inicial da teoria.

Algumas notas mais.

Para os defensores da primeira teoria, o fundamento unificador das hipóteses desencadeadoras da aplicação do enriquecimento sem causa quedar-se-ia na ilicitude do comportamento gerador de um ganho para o agente. Já para os sequazes da doutrina citada em segundo lugar seria o conteúdo da destinação dos bens que determinaria a mobilização das regras próprias do instituto. Quer isto dizer, e se quisermos cotejar o instituto com os quadros próprios da responsabilidade civil, que os primeiros, ao centrarem o enriquecimento sem causa por intervenção no conceito de ilicitude, acabam por considerar que qualquer intervenção em direitos subjetivos – tidos por absolutos – é ilícita, distinguindo-se os dois institutos pela ausência de culpa e de um dano, ausência

estejam direitos de personalidade, é difícil conceber-se a convocação do enriquecimento sem causa, pensado sobretudo para situações patrimonialmente cunhadas, ou por não atribuírem a tais direitos o estatuto de verdadeiros direitos subjetivos ou pela consideração do conteúdo não patrimonial dos mesmos³⁹. Não cremos, porém, que haja razão de ser

essa que precludiria o recurso à obrigação de indenizar. No que respeita à teoria do conteúdo da destinação, partindo – pelo menos nas formulações iniciais – de um idêntico conceito de direito absoluto, prescinde-se da aferição em concreto da ilicitude, pelo que se poderia aventar a hipótese de se considerar que existiria um dano a ser removido por outra via que não o ressarcimento do lesado. Não cremos, porém, que tal corresponda à realidade, até porque os autores tornam patente a distinção entre empobrecimento – que não se exige – e enriquecimento.

Na verdade, aderindo fundamentadamente a uma concepção de ilicitude do resultado – pelo menos quando em causa esteja a violação de direitos absolutos – teremos de considerar que qualquer interferência nesses direitos, exceto se ocorrer uma concreta causa de justificação, há de ser considerada ilícita. Nesse sentido, aproximar-nos-íamos da primeira teoria em análise, e justificariamos o recurso ao enriquecimento sem causa pela ausência de um dano. Ora, pensamos que essa ausência do dano determina que a ilicitude, mesmo que detetada, não possa ser vista como o fundamento da obrigação de restituição. Exatamente porque a ilicitude releva na medida em que, num sentido comutativamente assumido, comporte consequências negativas na esfera jurídica de alguém. E nesse sentido – em homenagem à função da responsabilidade civil e do enriquecimento sem causa – entendemos ser preferível a adesão a uma ideia de conteúdo da destinação. Que não nos leva, importa também sublinhá-lo, a considerar que o retirar de vantagens que integrem o conteúdo da destinação de um direito possa ser visto, sem mais, como um dano que urja corrigir. Até porque se o fosse indagar-se-ia a correspondente ilicitude e a exigível culpa, desvelável ou não em concreto por referência ao circunstancialismo específico presente na situação *sub iudice*. Com isto conseguimos distinguir claramente ilicitude e dano, ao mesmo tempo que se salvaguarda uma determinada concepção de ilícito. Em simultâneo, justifica-se o afastamento da teoria da ilicitude como núcleo fundamentador da obrigação de restituição.

³⁹ Dando nota disso, LEITÃO (2005), 718-719. Note-se que, mesmo tendo em conta que da lesão de bens pessoais podem decorrer danos patrimoniais, se não esquecermos que a principal preocupação dos referidos autores é evitar que o lesante beneficie com a situação, e ligarmos isto ao que dissemos a propósito da indemnizabilidade dos danos não patrimoniais – que encontram aqui um lugar privilegiado de emergência –, somos levados a concluir que o problema perde, uma vez mais, relevância prática. Sem que com isto pretendamos, obviamente, fazer equivaler o enriquecimento sem causa com a responsabilidade civil.

Sobre a possibilidade de recurso ao enriquecimento sem causa quando estejam em causa direitos de personalidade, cfr. CAMPOS (2003), 470 s. Afirma o autor, a propósito da determinação do requisito à custa de outrem, que “o direito de propriedade, os direitos sobre bens imateriais e os próprios direitos de personalidade reservam para o seu titular toda a utilidade retirável dos bens que têm por objeto”.

nas objeções. Consoante explicita MENEZES LEITÃO⁴⁰, “a comercialização ocorre no mercado e constitui uma forma de aproveitamento dos bens da personalidade na atual sociedade económica. Se tal ocorre como dado de facto, não pode deixar de se considerar que se verificou uma evolução das conceções da sociedade no sentido da função económica dos direitos de personalidade e do valor representado pela sua comercialização, suficiente para que o enriquecimento sem causa não possa ignorar a sua proteção”. No fundo, o que o autor nos vem dizer, alicerçando-se na doutrina estrangeira, é que os direitos de personalidade, hodiernamente, apresentam um cariz também patrimonial⁴¹.

No caso dos dados pessoais, não só é inequívoco que os mesmos são protegidos no quadro do reconhecimento de um direito de personalidade, como é inegável que apresentam uma função económica evidente. O recurso ao enriquecimento sem causa parece-nos, portanto, ser um expediente mobilizável a este nível.

VII – Quer os problemas possam ser resolvidos por via da responsabilidade civil (quando exista um dano) quer tenham de ser solucionados por recurso ao enriquecimento sem causa, exige-se como requisito mínimo uma interferência ilícita, desencadeadora de um dano (no primeiro caso), ou uma interferência não autorizada no núcleo do direito, gerando-se um enriquecimento não justificado (no segundo caso).

Ora, a este nível, estando em causa a transmissão de dados e a sua utilização por um terceiro, há que saber se o consentimento, que, como refere HENRIQUE SOUSA ANTUNES não equivale a cessão de direitos de exploração, autoriza ou não essa transmissão e exploração. A resposta é variável. Tudo depende do consentimento que tenha sido prestado, sendo certo que ele tem de ser específico, o que significa que a cessão e exploração só serão permitidas se especificamente autorizadas pelo titular dos danos. São chamadas à colação as regras do RGPD, devendo atender-se, igualmente, no que respeita aos requisitos a que devem obedecer os deveres de comunicação e informação que permitem que o consentimento seja efetivamente esclarecido, ao disposto nos artigos

⁴⁰ LEITÃO (2005), 714 s. e 954.

⁴¹ LEITÃO (2005), n. 1943, onde o autor, a propósito do aproveitamento da imagem alheia, questiona a interpretação que há de ser feita do artigo 79.º do CC, bem como n. 1945, onde se questiona a possibilidade de aplicação do enriquecimento sem causa quando em causa esteja não um direito especial de personalidade, mas o direito geral de personalidade).

5.º e 6.º do DL n.º 446/85, sempre que o consentimento seja obtido no âmbito de um contrato de adesão.

Importa, ainda, notar que, independentemente da licitude ou não da cessão dos dados, aquele a quem são transmitidos – mesmo que ilícitamente – passa a ser considerado *controller*, estando vinculado pelos deveres que resultam do RGPD.

Nos termos do artigo 4.º/7 do RGPD, o responsável pelo tratamento (*controller* ou *controlador*) é “a pessoa singular ou coletiva, a autoridade pública, a agência ou outro organismo que, individualmente ou em conjunto com outras, determina as finalidades e os meios de tratamento de dados pessoais; sempre que as finalidades e os meios desse tratamento sejam determinados pelo Direito da União ou de um Estado-membro, o responsável pelo tratamento ou os critérios específicos aplicáveis à sua nomeação podem ser previstos pelo Direito da União ou de um Estado-membro”.

O responsável pelo tratamento de dados ou *controller* é, portanto, a pessoa, singular ou coletiva, que determina as finalidades e os meios de tratamento de dados, isto é, aquele que decide que meios são recolhidos e tratados, como e porque é que o são. No fundo, é a pessoa que exerce o controlo sobre os dados, razão pela qual lhe são impostos especiais deveres e lhe é imputada a responsabilidade, em caso de violação de algum deles. De acordo com a explicitação do grupo de trabalho do artigo 29.º sobre a Proteção de Dados, o controlo de que aqui se fala pode resultar de três vias: de uma competência legal expressa; de uma competência tácita, no âmbito de uma relação contratual; ou de uma influência de facto⁴². Fundamental é que este controlo não seja meramente formal, pelo que, consoante se pode ler no documento europeu – embora por referência ao anterior quadro legislativo –, havendo nomeação legal do responsável pelos dados, ela deve refletir a realidade, devendo aquele que é indicado como *controller* exercer um controlo efetivo sobre os dados⁴³. Do mesmo modo, nas outras vias de controlo, é essencial ter em conta as cláusulas de um eventual contrato, o grau de controlo efetivamente exercido, a imagem transmitida aos titulares dos dados, tendo sempre presente que releva mais o efetivo controlo material do que as eventuais

⁴² Grupo de trabalho do artigo 29.º sobre proteção de dados, *Parecer 1/2010 sobre os conceitos de responsável pelo tratamento e subcontratante*, wp 169, 14 s.

⁴³ Grupo de trabalho do artigo 29.º sobre proteção de dados, *Parecer 1/2010 sobre os conceitos de responsável pelo tratamento e subcontratante*, wp 169, 14 s.

classificações formais a que possamos ser conduzidos pelos negócios envolvidos na situação⁴⁴.

Se a empresa X recolhe os dados dos seus clientes, quando com eles celebra um contrato, havendo, depois, uma outra entidade que armazena, digitaliza e cataloga todas as informações relevantes, de acordo com as instruções específicas fornecidas pela primeira e para os fins que ela tenha estabelecido, então, esta é, neste contexto, o *controller*, ou seja, o responsável pelo tratamento dos dados. Mas, se a empresa X contrata a empresa Y, que presta serviços de *marketing direto* a várias empresas, para difundir os seus produtos junto dos seus clientes, e Y, para além de cumprir a obrigação a que está contratualmente vinculado, decide usar a base de dados que lhe foi transmitida pela primeira empresa para promover, também, produtos de outros clientes, então, assume uma nova finalidade para o tratamento dos dados, passando a ser um *controller*, não obstante a eventual designação que possa surgir no contrato⁴⁵. A solução é ditada pelo artigo 28.º/10 do RGPD, nos termos do qual “o subcontratante que, em violação do presente regulamento, determinar as finalidades e os meios de tratamento, é considerado responsável pelo tratamento no que respeita ao tratamento em questão”, e vai ao encontro do que, por referência à anterior legislação europeia na matéria, era defendido pelo grupo de trabalho do artigo 29.º para a proteção de dados. No parecer 1/2010, sobre os conceitos de responsável pelo tratamento e subcontratante, pode ler-se que “a determinação da finalidade de tratamento está reservada ao responsável pelo tratamento”, pelo que quem assumir a decisão de eleger uma nova finalidade assume, igualmente, tal estatuto⁴⁶. O raciocínio é, aliás, estendido pelo referido grupo de trabalho às pessoas singulares que se integram na estrutura organizacional do *controller*. Se, em regra, elas agem por conta da pessoa coletiva, não se distanciando dela, para efeitos de aplicação do regulamento, se, “ultrapassando o âmbito das atividades da pessoa coletiva e escapando ao seu controlo, utilizar dados para os

⁴⁴ Grupo de trabalho do artigo 29.º sobre proteção de dados, *Parecer 1/2010 sobre os conceitos de responsável pelo tratamento e subcontratante*, wp 169, 16.

⁴⁵ A explicitação é feita pelo grupo de trabalho do artigo 29.º sobre proteção de dados, *Parecer 1/2010 sobre os conceitos de responsável pelo tratamento e subcontratante*, wp 169, 18, que nos apresenta um caso com uma intencionalidade e uma estrutura problemáticas em tudo idênticas ao que aqui deixamos inscrito.

⁴⁶ Grupo de trabalho do artigo 29.º sobre proteção de dados, *Parecer 1/2010 sobre os conceitos de responsável pelo tratamento e subcontratante*, wp 169, 19.

seus próprios fins”, deve ser tratada como responsável pelo tratamento dos dados⁴⁷.

Não deixa, contudo, de ser estranha a perspectiva a que somos conduzidos por determinação legal, razão pela qual importa sobre ela tecer alguns esclarecimentos. Em primeiro lugar, resulta do exposto que a noção de *controller* é uma noção dinâmica, que não se deixa aprisionar por determinações abstratas formuladas *a priori*, antes procurando espelhar o efetivo controlo de facto sobre as finalidades e os meios de tratamento de dados. Por outro lado, ao dispor-se que o subcontratante que eleja uma finalidade nova e própria em relação aos dados que lhe foram transmitidos deve passar a ser tratado como responsável pelo tratamento de dados, pretende-se que, porque os dados passam a ser utilizados com outro objetivo e através de outros meios, independentemente da ilicitude que esta alteração já possa, em si mesma, comportar, as garantias de segurança que são oferecidas pelo regulamento ao titular dos dados se mantenham. Simplesmente, essa determinação só faz sentido quando a utilização dos dados segundo uma nova finalidade não tenha, por um lado, em vista uma violação dos direitos que subjazem à proteção de dados, e, por outro lado, quando a estrutura organizacional do sujeito que se convola em *controller* permita antever uma utilização dos dados em termos de efetivo controlo factual sobre eles e em termos de utilização consentânea com o regulamento, para lá da questão da ilegitimidade da utilização pela violação do consentimento. É que só nesses casos faz sentido impor ao novo *controller* as medidas protecionistas gizadas pelo legislador europeu. De outro modo, estar-se-ia a considerar que o que atua ilicitamente – e voltamos a frisar que a atuação ilícita existe sempre, pela utilização dos dados para uma finalidade não consentida – fica ainda vinculado, nessa sua atuação que o ordenamento jurídico repudia, por determinados deveres legais. No fundo, a única solução que se admite como sustentável – sem embargo da ilicitude de base com que nos possamos confrontar – é a que, independentemente da responsabilidade que se possa desencadear, olha para uma utilização de dados que, se fosse consentida, não seria ilícita para lhe impor regras que a tornem efetivamente segura para os titulares daqueles dados. São, portanto, preocupações protecionistas que avultam maiores a este nível. Simplesmente, estas não são compagináveis com uma utilização que, independentemente da falta de consentimento,

⁴⁷ Grupo de trabalho do artigo 29.º sobre proteção de dados, *Parecer 1/2010 sobre os conceitos de responsável pelo tratamento e subcontratante*, wp 169, 20.

sempre se teria de reputar de ilícita porque violadora dos direitos que estão na base da proteção de dados. Pense-se, por exemplo, na hipótese de um sujeito que se aproveita da base de dados de um *controller* para eleger como nova finalidade (sua) do tratamento de dados a promoção de uma campanha atentatória da honra dos visados. É claro que, numa situação como esta, por maioria de razão, o sujeito em questão será responsável, mas sê-lo-á, não no sentido do controlo, mas no sentido da responsabilidade civil que avulta como remédio sancionatório. E para isso não necessitamos de o converter em *controller*, no quadro regulamentar, quer porque tal implicaria uma confusão entre duas aceções do termo responsável quer porque o funcionamento das regras dogmáticas delituais (e, como veremos, contratuais) nos permite assacar essa mesma responsabilidade sem necessidade de atestar da violação das normas do regulamento.

VIII – Não estando em causa dados pessoais, a responsabilidade será contratual (embora esta também possa estar em causa quando estejam envolvidos dados pessoais). O problema aqui é a dificuldade de responsabilizar o terceiro a quem foram transmitidos os dados perante o sujeito que disponibilizou inicialmente os mesmos. Uma via de solução que há de ser ponderada é a possibilidade de se discernir, a este nível, um contrato com eficácia de proteção para terceiros. A ser viável, teríamos de, posteriormente, saber se entre os interesses tutelados pelos deveres laterais ou de conduta se integram eventuais interesses económicos – é que, importa não esquecer, o problema centra-se agora em dados não pessoais. Mas as dificuldades não se ficam por aqui: de facto, se, estando agora em causa dados não pessoais – embora eles resultem da anonimização de dados pessoais –, se perde o referente protetivo delitual, não menos seguro é afirmar que pode não haver interesses de tipo patrimonial que, dizendo respeito aos titulares dos dados, se integrem no âmbito de proteção de um contrato celebrado entre o *controller* e um terceiro a quem transmita os dados já anonimizados.

IX – Os problemas ultrapassam, portanto, às questões da responsabilidade, sendo novamente encaminhados, agora em face de dados não pessoais, para o problema do enriquecimento sem causa. A título de exemplo, pergunta-se: a quem pertencem os dados: ao titular dos dados pessoais? Ao sujeito que cria os dados – dados agregados? Ao que trabalha os dados? Ao que cria o programa que permite o seu tratamento? Se as regras do enriquecimento sem causa nos podem auxiliar, na medida em que o valor económico dos dados não se deve exclusivamente ao dado

originário, mas ao modo como ele é trabalhado, pergunta-se se elas nos permitem resolver todos os problemas ou, ao invés, se se deverá pensar na configuração de um direito que confira o exclusivo material do seu aproveitamento – um direito de propriedade intelectual.

Bibliografia

- ANDRADE, J. C. Vieira e “Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares”, *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*, Porto Alegre, 2003, 295.
- ANTUNES, Henrique Sousa, *Da Inclusão do Lucro Ilícito e de Efeitos Punitivos entre as Consequências da Responsabilidade Civil Extracontratual*, Coimbra Editora, Coimbra, 2011.
- ANTUNES, Henrique Sousa, “Os dados: entre a proteção e a comercialização”, inédito (2020)
- BARBOSA, Mafalda Miranda / RODRIGUES, João Pedro, “Nós (eu e tu) e o outro (Estado) ou o outro entre nós?: Breves notas a propósito do impacto da Directiva 2000/43/CE do Conselho, de 29 de Junho de 2000, sobre o princípio da liberdade contratual – morte do princípio ou manutenção do *status quo ante*?”, *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. LXXXVII, 2011, 319 s.
- BIRKS, Peter, “The concept of civil wrong”, *Philosophical Foundations of Tort Law*, David G. Owen ed., Clarendon Press, Oxford, 1996.
- BORGES, Sofia Leite, *Os punitive damages – As funções punitiva e preventiva da responsabilidade civil*, Lisboa, 2000.
- CAMPOS, D. Leite, “Enriquecimento sem causa e responsabilidade civil”, *Revista da Ordem dos Advogados*, 1982.
- CAMPOS, D. Leite, *A subsidiariedade da obrigação de restituir o enriquecimento*, Almedina, Coimbra, 2003.
- CANARIS, “Gewinnabschöpfung bei Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts”, *Festschrift für Erwin Deutsch zum 70. Geburtstag*, Colónia, 1999, 85-109.
- CANARIS, C.-W., *Direitos fundamentais e direito privado*, Almedina, Coimbra, 2003.
- CODERCH, Pablo Salvador, “Punitive damages”, *Responsabilidad en el Derecho*, *Anuário da Faculdade de Direito da Universidade Autónoma de Madrid*, 4, 2000.
- DEPARTAMENTO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR, *Proteção de dados pessoais nas relações de consumo: para além da informação creditícia*, Brasília, 2010.
- FARIA, Paula Ribeiro de, “A reparação punitiva – uma terceira via na efectivação da responsabilidade penal?”, *Liber discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra Editora, Coimbra, 2003, 259-291.
- GOMES, Júlio, “Uma função punitiva para a responsabilidade civil e reparatória para a responsabilidade penal”, *Revista de Direito e Economia*, ano XV, 1989.
- GOMES, Júlio, *Conceito de enriquecimento, enriquecimento forçado e os vários paradigmas do enriquecimento sem causa*, Porto, Universidade Católica Portuguesa, 1998.

- GUIMARÃES, Patrícia Carla Monteiro, “Os danos punitivos e a função punitiva da responsabilidade civil”, *Direito e Justiça, Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa*, vol. XV, tomo I, 2001, 159 a 206.
- LEITÃO, L. Menezes, *O enriquecimento sem causa no direito civil. Estudo dogmático sobre a viabilidade da configuração unitária do instituto face à contraposição entre as diferentes categorias do enriquecimento sem causa*, Almedina, Coimbra, 2005.
- LOURENÇO, Paula Meira, *Os danos punitivos*, Lisboa, 2000.
- NEVES, A. Castanheira, “O princípio da legalidade criminal. O seu problema jurídico e o seu critério dogmático”, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Eduardo Correia*, 1984, 307 s. (e ainda em *Digesta – Escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*, volume 1.º, Coimbra Editora, Coimbra, 1995, 347 s.).
- NIPPERDEY, “Grundrechte und Privatrecht”, *Festschrift für E. Molitor zum 75. Geburtstag*, Beck, 1962, 31 s.
- PINTO, C. A. Mota, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.ª edição por A. Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto, Coimbra Editora, Coimbra, 2005.
- PONZANELLI, Giulio, “Il punitive damages nell’esperienza nordamericana”, *Rivista di diritto civile*, anno XXIX, 1983.
- RADIN, Margaret Jane, “Compensation and commensurability”, *Duke Law Journal*, 43, 1993, 56-86.
- TUNC, André, *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. XI, *Torts*, Chapter 7, *Causation and Remoteness of Damage*, by A. M. Honoré, 1971.
- UBILLOS, Juan María Bilbao, “En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales?”, *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*, Porto Alegre, 2003, 309 s.
- UBILLOS, Juan María Bilbao, “La eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales en el ordenamiento español”, *Direitos fundamentais e direito privado: uma perspectiva de direito comparado*, António Pinto Monteiro, Jörg Neuner, Ingo Wolfgang Sarlet (org.), Coimbra, Almedina, 2007.
- VARELA, João de Matos Antunes, *Das obrigações em geral*, vol. I, 10.ª edição, Almedina, Coimbra, 2003.
- ZANNATTA, Rafael, *Perfilização, Discriminação e Direitos: do Código de Defesa do Consumidor à Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais*, https://www.researchgate.net/publication/331287708_Perfilizacao_Discriminacao_e_Direitos_do_Codigo_de_Defesa_do_Consumidor_a_Lei_Geral_de_Protecao_de_Dados_Pessoais, 2009.
- ZENO-ZENCOVICH, Vicenzo, “Il problema della pena private nell’ordinamento italiano: un apprecio comparatistico ai punitive damages di Common Law”, *Giurisprudenza Italiana*, 1985, IV, 12 s.

Inteligência Artificial e Humanismo – *Prolegomena*

PEDRO GARCIA MARQUES*

O que se segue traduz em forma escrita a *talk* realizada no dia 6 de julho de 2020, integrada na série *Católica Talks 2019-2020*, do *Católica Research Centre for the Future of Law*, sob o tema “Direito e Tecnologia”.

Em causa está um primeiro pequeno passo na feitura de um projeto individual de publicação de monografia, subordinada ao título, ainda provisório, *De natura personae et machinae – ou a Inteligência Artificial e a possibilidade de imputação jurídica individual destituída de reconhecimento moral*.

A apresentação foi seguida de comentário do Professor Doutor GONÇALO ALMEIDA RIBEIRO de texto bem mais longo do que aquele que se apresenta em baixo, incompatível que se tornava com uma curta apresentação. Agradeço-lhe, penhoradamente, ter aceitado o desafio. Gesto, entre tantos outros, de uma amizade de que me sinto todos os dias tributário e grato. Bem-hajas.

Porque de amizade se fazem os dias nesta casa, agradeço ainda de forma sentida o generoso convite da Professora Doutora ELSA VAZ DE SEQUEIRA, cocoordenadora do nosso centro de investigação, o apoio de sempre do Dr. TITO RENDAS e a liderança notável do Professor Doutor HENRIQUE SOUSA ANTUNES que, em boa hora, criou e dinamizou o grupo de investigação interdisciplinar *Direito e Inteligência Artificial*. Sem a sua iniciativa, não teria tido o atrevimento de me aventurar neste campo. Mas, sobretudo, sem a sua iniciativa, não teria a academia portuguesa beneficiado de uma das iniciativas mais inovadoras e fundamentais da sua história recente.

A apresentação mantém o registo oral e direto, falho, por isso, em rigor linguístico e em adequadas referências bibliográficas, apenas compatíveis com um texto pensado, de raiz, para reprodução escrita.

Comecemos, pois.

* Professor Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa.

1. O objeto imediato da nossa atenção centra-se em máquinas, programas informáticos e utilizações dotadas de *inteligência artificial*, com particular incidência para aqueles em que o grau de autonomia é determinado por uma capacidade de decisão independente e dotado de capacidade de aprendizagem, a um nível de *deep learning*.

Aqui ganhará importância particular a consideração de veículos autónomos de nível 4 e 5, armas autónomas e de ferramentas preditivas de nível de risco de reincidência, em particular quando dotadas de autonomia na determinação de natureza e medida concreta da pena.

Quanto a estas últimas, mencionamos, na qualidade de precursores daquele grau de autonomia, programas como o *COMPAS*, o *LSI-R*, o *VRAG*, o *UCCI* e o *ORAS*. Todos acrónimos de instrumentos informáticos de antecipação de risco de reincidência de um condenado em processo penal. Correspondendo a exemplos de aplicações informáticas de “predição” de *recidivism risk*, dependentes de *actuarial-meaning statistically derived-information*.

Oferecidos hoje como ferramentas de apoio à decisão judicial, não se trata ainda de programas a quem se atribui a capacidade de decisão autónoma. Trata-se, no entanto, de um grau de autonomia de que não fazem uso por lhes não ser atribuído, pois que a capacidade, essa, poderá já estar ao seu alcance.

No estado atual, no entanto, em causa está, em qualquer desses instrumentos de *predição* a pretensão de previsibilidade de comportamento futuro e, sempre, de modo inevitável, a aceitação de um juízo de probabilidade, como critério e fundamento da limitação da liberdade física do condenado.

A autonomia, a possibilidade de imputação e os termos desta em qualquer das máquinas, programas e utilizações serão, então, problematizados em razão da particular incapacidade de reflexão judicativa moral do objeto decisor – *i.e.*, do artefacto dotado de *inteligência artificial*.

E a pergunta impor-se-á, debruçando-se ela sobre a possibilidade de imputação jurídica individual destituída de reconhecimento moral.

Em causa está, por ora, um esforço apenas inicial na sua formulação e na tentativa de resposta. Não mais. Deixaremos para *outras calendas* uma nova investida, indicada acima na forma, ainda que não no fôlego e no calendário, que à questão e à procura de uma resposta regresse com maior ambição.

2. Começo pela crítica a uma abordagem – praticamente exclusiva – na consideração da *inteligência artificial* e dos seus artefactos: a do narrador onisciente, que olha de fora, ficciona uma perspectiva desinteressada e não interferente.

Em causa está o persistente elogio das capacidades das máquinas e das suas capacidades e o esgotar dos méritos da dita naquilo que pode oferecer, em eficácia, na realização de uma particular utilidade.

Atente-se no impacto dessa abordagem de narrador onisciente na utilização de armas autónomas. A constante menção do que estas oferecem em utilidade não esconde, antes coloca a nu, uma particular forma de indignidade. Não está propriamente em causa a indignidade de morte por uma máquina, mas a indignidade de uma abordagem que se fixa na eficácia: mais eficaz na escolha do alvo, mais rápido no efeito letal. E a indignidade que a isso confina a relevância discursiva de um problema que, a isso reduzido, deixa de o ser – de *o* ser relevante e de *o* ser problema. E a que preço. Aquele da expulsão da equação do que *os* tornava relevante e problema: da *humanidade* que se arranca do coração da pergunta e que transforma vítimas em alvos (apenas), pessoas em (meros) corpos.

E veja-se o impacto desta constatação nos programas de predição de reincidência: não interessa a pessoa, basta a eficácia do juízo de probabilidade. Se é eficaz no juízo estatístico de probabilidade de reincidência – o que quer que isso seja, seja como for que isso se meça – é isso epistemicamente suficiente.

E assim se abandona o princípio da *pessoalidade* das penas. Afirma-se a *autossuficiência* epistémica fundada em e reduzida a um mero juízo de probabilidade. E aceita-se, como inevitável, a desconsideração do princípio *in dubio pro reo*. Do mesmo passo que se abandona uma conceção indeterminista da ação humana. Aceite que, evidentemente, se torna a suficiência de um determinismo estatisticamente plausível e acriticamente aceite.

Associado à conhecida perpetuação e promoção do modelo de realidade social assente nos preconceitos e assimetrias que a caracterizam, sintetizado no conhecido risco de *bias*, imprime o termo o legado de um quadro epistémico caótico que, à ilimitada pretensão de eficácia, faz corresponder, na proporção exatamente inversa, o esquecimento de qualquer dimensão de humanismo.

Desse ponto de vista e em forma de relato, defendo eu, perde-se a específica perspectiva do humano e do que, por via dela, se pode compreender em sentido associado a cada história e à ação que, apenas dessa outra perspectiva, se pode em cada história individual entrever.

Notarei que é na própria ciência que essa outra perspectiva desponta e a aproxima do que na filosofia e na literatura já nos tem sido há muito proposto (e ignorado).

Lançar-me-ei, por isso, na procura de uma nova perspectiva e no esforço que ela impõe de reconsideração do espaço e do tempo. E do que ela autoriza no desvelar de uma *vida qualificada* no preciso sentido que AGAMBEN nos propõe.

Pelo meio, notarei, nesta sede ainda de forma muito breve e embrionária, as consequências precisas que resultam das insuficiências da *inteligência artificial*.

O caminho será heterodoxo. Começamos pela literatura, de entre ela religiosa e teológica.

Voltamos, então, à perspectiva do *narrador*. Aquela que nos é invariavelmente apresentada quando em causa está a *inteligência artificial* e, assim, as máquinas, *gadgets* e *gizmos* que tudo sabem fazer, mas que, sobretudo, quem as descreve, sabe exatamente o que sabem e não sabem fazer. Essa perspectiva, dizíamos, é a do narrador omnisciente.

Em causa está um olhar de fora, que olha sobre uma realidade à sua frente, de uma realidade sempre externa.

Aquela com TOLENTINO MENDONÇA, a propósito da períclope lucana *Lc 7,36-50* que acompanharemos, de ora em diante, de perto:

“Numa primeira abordagem a este episódio lucano, ressalta o papel do narrador, omnisciente, colocado numa posição de transcendência em relação ao universo do relato: é ele que descreve o exterior e o interior das personagens, o espaço preciso que ocupam, geográfico e moral, as suas acções e os seus pensamentos.”¹

O narrador, neste passo, tudo parece conhecer e tudo parece dar-nos a conhecer. Conhece mesmo o mundo interior do anfitrião, o fariseu Simão. Sabe e dá-nos a conhecer o que Simão pensa, mas não diz, quando uma mulher irrompe por sua casa e banha com lágrimas os pés do seu convidado, Jesus: «Este, se fosse profeta, saberia quem e de que género

¹ MENDONÇA (2015), p. 31.

é a mulher que lhe toca, porque é uma pecadora» (*Lc. 7,39*). De uma perspectiva se trata, mas de uma perspectiva que não é a perspectiva humana.

Mas o que é isso de um olhar humano, de uma perspectiva que leve implicada a sua marca, exige, de novo e de modo pleonástico, um olhar a partir de dentro? De um olhar que nada promete em alcance e esclarecimento, mas que, por via dele, desafia e transforma a perspectiva do *narrador*?

Regressados ao ponto de partida, com o Autor citado, fica a pergunta “de quem é o olhar que vê aquilo que o leitor vê?”. Colocada a questão, “vamos encontrando respostas diferentes”².

3. *De quem é o olhar que nos dá a ver aquilo que cada um vê?*

Numa primeira análise, com TOLENTINO MENDONÇA e sustentados no passo de *Lc 7,36-50*, a primeira resposta parece ser: o do narrador. E parece ser a resposta certa, dada “a amplidão de conhecimento que ele manifesta”³. Na verdade, com o Autor citado, “o ver e o saber do narrador são mais completos que o do narratário”⁴. Na perícopie lucana que suscita a afirmação do Autor, mas também, atrevemo-nos, no contexto que aqui nos traz, “o olhar que temos da situação assemelha-se a um voo completo sobre a realidade, onde nada nos pode escapar”⁵.

E, no entanto, como veremos, o olhar do narrador não é o de um “casual e descomprometido espectador”⁶. Antes, como chave possível para um ponto de saída que nos devolve o ponto de vista daquele que busca, “começa-se por mostrar o que ‘se pode ver’ para, só depois, revelar ‘o sujeito que vê’”⁷.

E começa o olhar humano. A específica experiência que o caracteriza e, na marca da sua presença, o distingue.

Assim naquele passo lucano e especificamente no v. 39:

Inicia-se esse olhar especificamente humano no preciso momento em que Simão é interpelado.

“Vês esta mulher?”

Temos o emprego de um verbo ligado à visão.

² Idem, *ibidem*.

³ Idem, *ibidem*.

⁴ Idem, p. 32.

⁵ Idem, p. 31.

⁶ Idem, *ibidem*.

⁷ Idem, p. 32.

Na elicitação dos sentidos que faltam no sujeito de *inteligência artificial* – notado como óbice à sua compreensão técnica –, mais que esse óbice técnico, denota essa muito outra falta. A de perspectiva. A do olhar do sujeito.

Se voltarmos ao passo lucano, Simão, o fariseu, vale aqui no lugar de qualquer um. De novo, em citação quase integral, à volta do mesmo episódio, TOLENTINO MENDONÇA:

“O ‘sujeito que vê’ é Simão e nós leitores não fazemos outra coisa que seguir o itinerário do seu olhar. Mas não um olhar qualquer.”⁸

E nota “a passagem do relato externo para o relato interno que este versículo, com o monólogo íntimo da personagem, introduz, atesta”, como se adianta acima, “que o olhar em causa não o é de um casual e descomprometido espectador, mas”, como chave de leitura fundamental, “o olhar que expressa uma posição afectiva, ideológica e moral”⁹.

“Vês esta mulher?” E assim, de novo, Simão, num “regresso ao que ele viu para que veja outra coisa”¹⁰. Um regresso “a quem pensa que vê e a fazer-lhe ver, naquilo que ele pensa que vê, o que ele não vê”¹¹.

E naquela linguagem de sentidos, a experiência especificamente humana. E nela, a das emoções.

Pelo que, no fim, fica a possibilidade *experiência* – humana, por definição, apenas acessível a humanos e à sua capacidade de *com-preensão* no aberto.

Funda-se ela na linguagem dos sentidos.

4. E nessa linguagem de sentidos – dos cinco sentidos –, o paladar:

a. Assim PROUST, em passo nosso noutra sede a que regressamos agora¹², na sua conhecida descrição da degustação de uma madalena:

“Et tout d’un coup le souvenir m’est apparu. Ce goût c’était celui du petit morceau de madeleine [...] Et dès que j’eus reconnu le goût du morceau de madeleine trempé dans le tilleul que me donnait ma tante [...], aussitôt la vieille maison grise sur la rue, où était sa chambre,

⁸ Idem, *ibidem*.

⁹ Idem, *ibidem*.

¹⁰ Idem, p. 33.

¹¹ Idem, *ibidem*.

¹² MARQUES (2016), pp. 579 e ss.

vint comme un décor de théâtre [...] et tout Combray et ses environs, tout cela qui prend forme et solidité, est sorti, ville et jardins, de ma tasse de thé.”¹³

Narrando a ativação da recordação, a partir da ativação do palato, relata o Autor o modo como, por via dela, se vê recuar até ao momento da infância.

Já, por outro lado, a observação visual, nota, nada estimulara em recordação: “La vue de la petite madeleine ne m’avait rien rappelé avant que je n’y eusse goûté.”¹⁴

De tomada de consciência se trata aí e do que na *consciência* está implicado na convocação de *memória*, remota na sua origem e constitutiva na sua fonte de identidade, assim como na convocação de uma história de vida, por via do desencadear de uma emoção, e assim na precisa medida em que confere sentido ao sentimento gerado pela ativação do gosto ou do cheiro. Magistralmente, PROUST:

“Mais, quand d’un passé ancien rien ne subsiste, après la mort des êtres, après la destruction des choses, seules, plus frêles mais plus vivaces, plus immatérielles, plus persistantes, plus fidèles, l’odeur et la saveur restent encore longtemps, comme des âmes, à se rappeler, à attendre, à espérer, sur la ruine de tout le reste, à porter sans fléchir, sur leur gouttelette presque impalpable, l’édifice immense du souvenir.”¹⁵

O sujeito que vê, *vê num* verbo ligado ao paladar.

b. Mas também a audição:

Na boca de Viola, o encanto pela música que lhe é dada a escutar por Orsino, seu amado que olha e *não vê* quem *ele/a* é:

“It gives a very echo to the seat
Where Love is throned.”¹⁶

¹³ MARCEL PROUST (1998), p. 47.

¹⁴ Idem, *ibidem*, p. 46.

¹⁵ Idem, *ibidem*.

¹⁶ SHAKESPEARE, *Twelfth Night*, II, 4.

E, aí, pela mão de SHAKESPEARE, em *Twelfth Night*, ouve com a alma de que fala PROUST.

c. E a visão:

Aquele preciso olhar em que MOZART confia para acordar o sentido e a atenção de Idomeneo:

“Volgi intorno lo sguardo, oh sire, e vedi”¹⁷

Olha à tua volta, olha para o teu povo e vê.
E o ver com o olhar que também não é o da mera visão.

d. E o olfato:

E o encerramento em si mesma de Lady Macbeth e a memória dos ausentes, em particular de Duncan e do trágico destino que lhe impôs *per propria manu*. Assim, de novo voltando ao que, noutra contexto e de outro modo, havíamos referido¹⁸:

“Here’s the smell of the
blood still: all the perfumes of Arabia will not
sweeten this little hand. [...]”¹⁹.

E o cheiro como modo – que todos, de imediato, reconhecem – de retratar o horror e a culpa.

Apesar da loucura que parece tomar o seu espírito, a causa da sua aflição está, no entanto, bem presente e é conhecida da personagem. A lucidez essa, que se insinua na forma de um persistente odor que não a deixa e não a liberta da obrigatória expiação, não mais assomará em Macbeth, em forma de tomada de consciência que essa expiação aceite em consideração. A loucura da protagonista de SHAKESPEARE faz as vezes do Fausto de GOETHE que, amedrontado, se fecha em casa. A culpa, em *Fausto*, esgueira-se por baixo da porta e entra em casa. Como PLATÃO, em *Hípias Maior*, impõe-se como o amigo que nos visita, quando estamos sozinhos. A loucura de Macbeth impede a lucidez.

¹⁷ MOZART, *Idomeneo*, VI, 23.

¹⁸ MARQUES (2016), pp. 504 e ss.

¹⁹ SHAKESPEARE, *Macbeth*, V, 1.

Mas a loucura vale também no sentido oposto. Como momento de lucidez. De epifania. Em que a tomada de consciência, qual primeiro momento em que o protagonista, lúcido, cai em si, requesta um momento de alienação da realidade. A lucidez apenas se torna possível por via da loucura. Sem que aí se encontre qualquer paradoxo.

Assim, como exemplo disso, naqueloutra cena revelada, pela pena de JORGE AMADO, no pensamento do jagunço Damião quando se apresta a liquidar mais uma vítima e que o leva, pela primeira vez, a falhar o tiro.

Esse momento nos interessa. Um de que qualquer um é capaz, em qualquer estado de consciência: mesmo um analfabeto, até aí irrefletido, Damião. Até aí assassino a soldo, um jagunço – e, assim, aparentemente cristalizado na sua definidora e identitária brutalidade. E assim, no relato de JORGE AMADO, já referido por nós anteriormente e a que voltamos agora, de modo não totalmente coincidente²⁰:

Atormentado pelas perguntas que ouvira a Sinhô Badaró dirigidas a outro jagunço “tu acha bom matar gente? Tu não sente nada? Nada por dentro?”

E agora na tocaia, quando se preparava para matar Firmo, uma ideia irrompera, num primeiro momento, enquanto mera conjectura – “E, de súbito, a ideia aterradora cortou a sua cabeça: e se dona Teresa estivesse prenhe, um filho na barriga? [...] Ia nascer sem pai, o pai teria ficado sob a pontaria do negro Damião...”

“E se estremece todo, seu enorme corpo de gigante.”

“Está vendo o rosto de dona Teresa [...] antes era o luar, alvo de leite, se derramando sobre a terra. Virou dona Teresa, de rosto branco e aflito, de rosto aberto numa surpresa trágica: estava esperando o marido para o amor; ele chegava morto, uma bala no peito. Do chão ela olhava para o negro Damião. Está pedindo que ele não mate Firmo, pelo amor de Deus ele não mate... No chão de luar o negro vê perfeitamente visto o rosto de Teresa”

“[...] a mata se sacode em riso” e “a risada vem do chão, vem da mata, da estrada, do céu, de toda a parte, todos estão dizendo que ele tem medo, que ele é um medroso, um cagão [...] a mata inteira ri dele, a mata toda grita aquelas palavras, a mata toda aperta seu coração, dança na sua cabeça”

“e se não matasse Firmo?”²¹

²⁰ MARQUES (2016), pp. 505 e ss.

²¹ AMADO (1942).

E, de novo, naquela linguagem de sentidos, a experiência especificamente humana. E nela, a das emoções.

Por isso, ali, uma arma autônoma nunca falharia o tiro. Isso pode ser afirmado sem qualquer sombra de dúvida. E nisso está a indignidade.

Aquela precisa indignidade a que nos referimos acima e a que voltaremos.

5. A possibilidade mesma, em PROUST, de uma experiência de sentido, na aparência vulgar – o degustar de uma madalena –, iluminar uma vida inteira, permitindo *ver* o que a torrencial recordação permite e, levado na surpresa dessa torrente, *ver-se a si próprio*, porventura, alimenta a resposta de ARENDT à observação de BAMB (médico do exército alemão, nas suas memórias e que, nestas, insistentemente procura distanciar-se, enquanto oficial da *Wehrmacht*, dos *eles*, aqueles pertencentes às S.S.):

– Para quê resistir quando estamos condenados ao anonimato?

– Porque nesses momentos, os raros que resistem, *tornam este mundo digno de habitação humana*.

Atentemos neste ponto com mais vagar.

A ele voltamos, de novo, partindo do que, noutra lugar, já notáramos²².

Qualquer pessoa anônima, diz BAMB, que tenha ousado sofrer a morte em vez de ter tolerado silenciosamente o crime, “teria sacrificado a sua vida em vão”²³.

Enquanto a eficácia fosse o fundamento – aquele de BAMB – nada mais, assim nos parece, seria de ver no *ato condenado ao anonimato* que o desespero lembrado por WILFRED OWEN, durante a I Guerra Mundial, na sua conhecida abertura ao seu *Anthem for Doomed Youth*, “*what passing bells for those who die as cattle? [...]*”²⁴.

Sem publicidade, resistência ou infortúnio de um soldado ver-se-iam assimilados a mero desperdício – já agora nas palavras de outro poeta contemporâneo daquele “Waste of Muscle / Waste of Brain / Waste of Patience / Waste of Pain [...] Waste of Glory / Waste of God/ War! [...]”²⁵.

²²

²³ BAMB, *op. cit.*, apud ARENDT (1963), p. 232.

²⁴ OWEN (1983), p. 99.

²⁵ STUDDERT-KENNEDY (“*Woodbine Willie*”) (2006), p. 33.

Porém, tomada a perspectiva do sujeito, o olhar de quem *vê* com a alma, por via dos seus sentidos, ganha significado pleno o que diz ARENDT: naqueles momentos raros em que, como foi referido, toda a outra gente se deixa arrastar sem pensar pelo que toda a gente faz e crê²⁶, “os que pensam são retirados da invisibilidade (*drawn out from hiding*)”²⁷. O facto de se recusarem a aderir “coloca-os em evidência (*is conspicuous*)”²⁸.

E essa recusa de adesão, nesses momentos raros, “torna-se, *por isso*, uma forma de ação”²⁹.

Pelo que quando diz, “politicamente falando”, sob condições de terror “a maior parte submeter-se-á (*will comply*), *mas algumas pessoas não o farão (will not)*”³⁰ e “‘poderia ter ocorrido’ na maior parte dos lugares, *mas não aconteceu em todo o lado*”³¹. Pelo que, acrescenta, “falando humanamente, não mais é exigido e não pode razoavelmente ser exigido para que este planeta se mantenha um lugar digno para habitação humana (*fit for human habitation*)”³². Apenas isso – não mais se pode exigir – sintetiza, no mundo, a condição para “habitação humana”.

Em momentos assim – precisamente nesses momentos –, diz, “o pensamento deixa de ser uma questão marginal em matérias de política”³³, pois esse facto, essa recusa em aderir, põe-nos em evidência e torna-se, como referido, em “forma de ação”³⁴.

Forma de *ação* na precisa medida em que se mostra carregada do que melhor a caracteriza em afirmação de individualidade, cumprindo-se no mesmo campo em que a linguagem desafia o agente na sua identidade e o confronta com *quem* ele é.

Enfim, a recusa em aderir coloca-os em evidência, por, nesses momentos, *se traduzir* numa forma de *ação*. E esse é o significado *político* do ato de recusa.

Por isso, a linguagem de sentidos, interpelante de emoções projeta-se, em desafio de significado, bem para lá do espaço de solipsística *re-compreensão* do sujeito, e desafia-o no campo preciso da sua responsabilidade

²⁶ ARENDT (1971a), p. 188.

²⁷ Idem, *ibidem*.

²⁸ Idem, *ibidem*.

²⁹ Idem. Itálico nosso.

³⁰ ARENDT (1963), p. 233.

³¹ Idem, *ibidem*.

³² Idem, *ibidem*.

³³ Idem, *ibidem*.

³⁴ Idem. Itálico nosso.

perante os outros. Deixa de ser uma experiência de mera introspecção que se esgota numa dimensão de ipseística epifania. Antes, autorrevelatória que possa ser, é o espaço de exigência perante os outros que assoma, na forma de vozes – de outros – que atormentam.

Assim em *Ricardo III*:

“What do I fear? Myself? There’s none else by.
Richard loves Richard; that is, I am I.
Is there a murderer here? No-yes, I am. Then fly. What, from myself? [...]]
I am a villain; yet I lie, I am not.
Fool, of thyself speak well. Fool, do not flatter.
My conscience hath a thousand several tongues,
And every tongue brings in a several tale, [...]”³⁵

Pelo que, se falamos da linguagem dos sentidos e da experiência especificamente humana e nela, da das emoções, ressalta sobretudo, a inusitada ausência delas, quando delas e apenas delas se esperava ter notícia. E o valor dessa ausência.

Assim, *contra* Damião, que da emoção faz nascer a metamorfose interior, Cláudio, ao saber da morte de Messalina, nas palavras de TÁCITO:

“Cláudio ainda se encontrava no banquete quando lhe disseram que Messalina estava morta, sem que lhe dissessem se fora por própria mão, se por mão alheia. Nem ele perguntou, mas pediu o cálice e terminou o repasto como habitual. Nos dias que se seguiram, não mostrou sinais de ódio ou de alegria, de ira ou de tristeza, numa palavra, de nenhum afeto humano (*ne secutis quidem diebus odii gaudii, irae tristitiae, ullius denique humani adfectus signa dedit*), fosse quando olhava para os acusadores triunfantes [de Messalina] ou para os seus filhos em pranto (*non cum filios maerentis*). O Senado ajudou ao seu [de Cláudio] esquecimento (*iuvitque oblivionem eius senatus*) ao decretar que o nome e as efígies dela fossem removidos de todos os lugares, públicos e privados. A Narciso foi votada a atribuição das insígnias de questor, uma insignificância (*levissimum fastidii*) para o orgulho de quem superou, no auge do seu poder, Pallas e Calisto.”³⁶

³⁵ SHAKESPEARE, *Richard III*, V, 3.

³⁶ TÁCITO (*circa* 117 d. C.), XI, 38.

Sguarda in torno, sire, e vede e o necessário para que o interpelado se torne surdo a esse clamor: a obrigatória obliteração da memória. Como aquela *de praxe*, em TÁCITO, da memória da malograda Messalina.

Apagam-se as imagens, revê-se a história.

E nesse momento, feitores da história e seus atores, inventados à vontade do poder e de quem, porque o exerce, pode apagar o passado e forçar o presente a inventar o futuro, serão uns e outros, nem mais nem menos, que máquinas, medidos em função exclusiva da sua utilidade ao serviço do poder. Sem máquinas, entendidas enquanto engenhos e complicações, se inventara já então a *inteligência artificial*. *Artificial* porque despida de humanidade, colocada na forma de um molde apenas fisiologicamente humano. *Máquinas humanas*, apenas distintas das suas similares mecânicas e digitais em capacidade – sempre menor. Mas como essas, antes como agora, umas e outras *alike*, capazes de tudo.

6. Em causa está, por isso, a procura de uma *vida qualificada*. Resgatando-a onde e como seja possível entrevê-la no tempo e no modo de que é feito a experiência especificamente humana.

Mas como, precisamente?

O retorno à *inteligência artificial* e ao que ela permite em capacidade autoriza-nos esse regresso, precisamente, pela via da consideração dos *lugares inversos*.

Onde haja vida, biológica ou qualificada – nos sentidos de *Zoon* ou *Bios* propostos por AGAMBEN –, que se fale de morte.

Onde se fale de morte, que se pergunte pelo sentido daquilo que na tradição – em todas as tradições – se reserva a Deus: o *dar* a morte.

E aqui jogam as armas autónomas e a morte ditada por máquinas. Por armas autónomas, mas também por veículos autónomos. Também estas armas, nesse instante em que, decisões ditadas por programas desenhados de acordo com o *matrix* ditado em dilemas do *trolley*, autorizam a máquina a infligir a morte.

Não nos interessa, por ora, os detalhes do modo técnico que a inteligência artificial torna isso possível. E assim porque, se o esforço que nos traz por ora entretidos é o de pensar, não necessita ele de mais explicação técnica. Antes, a intuição basta para afirmar que a explicação dos detalhes algorítmicos envolvidos no modo como a máquina *dá* a morte, não nos dirá, menos ainda iluminará, sobre o significado envolvido em

cada morte por ela *dada*. Ou melhor, *não dada*, antes, mais propriamente, como dito acima, infligida.

Aqui, mais do que em qualquer outro domínio, reverbera verdadeiro, mesmo para aquele que nada saiba de filosofia, a afirmação de HEIDEGGER de que “a ciência não pensa (*Wissenschaft denkt nicht*)”.

Fixemos, por isso, o olhar no lugar inverso e no modo humano de ressentir o impacto da sua presença – da morte. Sempre particular. Sempre *desta/e*. Sempre do vazio que se instala quando se evola para sempre uma presença.

O retrato crente, que o é também do espírito humano e da sua história, empresta à morte a imagem. E da imagem da morte resgata a exigência de uma presença. Empresta, na verdade, a um nível de representação estético, a possibilidade mesma de uma presença que perdura *apesar de*.

Pois, se nada mais fosse...

Como explicar a reação de Myshkin que, na verdade, é a do próprio DOSTOIÉVSKI perante o Cristo sacrificado de HOLBEIN, em *O Idiota*?

Como explicar para além da inutilidade do sacrifício, a imagem final de Bobby Sands em agonia, representado por MICHAEL FASSBENDER, no filme *Fome (Hunger)*, de STEVE MCQUEEN?

Ou como algo mais que o sacrifício, a expressão pura de terror daqueles suplicantes, prestes a ser condenados, no *3 de Maio de 1808*, de FRANCISCO GOYA?

Toquemos nas imagens de HOLBEIN e de GOYA e na de FASSBENDER, no papel de Bobby Sands, pela câmara de MCQUEEN.

E neles os corpos.

Com AVITAL RONELL, sustentada na observação atenta de abordagem de DOSTOIÉVSKI à obra *O Corpo de Jesus Sacrificado no Túmulo*, de HOLBEIN, pelo olhar das personagens Myshkin, Rogozhin e Lebedev, no já mencionado romance *O Idiota*, nota que “para manter o corpo sacrificável (*to keep the body sacrificable*) DOSTOIÉVSKI teve de o proteger do esvaziamento de sentido (*emptying of sense*) induzido pela evacuação do sagrado (*evacuation of the sacred*), afastando o esgotamento de propósito (*depletion of purpose*) congruente com as degradações da pobreza, da fome, da deportação, da tortura, da privação, fealdade (*ugliness*), horror”³⁷.

Mas perante o corpo nu, destruído e sem vida do Cristo de HOLBEIN, vale a afirmação de NANCY, citado pela Autora, no sentido de que “assim

³⁷ RONELL (2002), p. 189.

são os corpos sacrificáveis, sacrificados para nada”, de modo que, poderá não haver qualquer verdade a atribuir a este corpo, que não seja “aquela [verdade] que testemunha o nada do seu sacrifício (*that which speaks to the nothingness of its sacrifice*)”³⁸.

No entanto (e contra, se bem nos parece NANCY), propõe RONELL que no corpo de Myshkin se afirma a possibilidade real daquela afirmação – de um corpo sacrificável. Fá-lo por via consideração da enfermidade de que Myshkin padece.

Aí, numa “expressão de singularidade insuportável (*an expression of unbearable singularity*), a doença continua a gerar sentido (*continues to produce sense*)”. E o facto de que “o seu corpo retém e persiste em fazer sentido”, afirma nele o “resíduo de sacrificabilidade”. A ponto de permitir afirmar que a doença de Mischkin “ainda o vincula ao sagrado” e de que o seu corpo “serve, provavelmente, como o último a ser capaz de ser sacrificado (*still capable of being sacrificed*)”³⁹.

De modo que, ainda com RONELL, a representação do corpo de Cristo “sem a ascensão ou iconicidade de uma pretendida transcendência (*without the lift or iconicity of intended transcendence*)” determina que, a partir de agora, “corpos despojados de simbolismo em sentido descendente (*trickle-down symbolism*) terão de ser inflados (*inflated*), prosteticamente amplificados, melhorados por via de esteroides, ‘construídos’ e polidos, bionicamente assegurados, drogados e ‘medicados’, clonados, re-feitos (*remade*)”. *Tecnocorpos (tecnobodies)* ou *réplicas (replicants)* – todas expressões de RONELL – serão feitos para substituir “o corpo perdido [dotado] do traço divino (*the lost body of the divine trait*) – aquele corpo que podia ainda ser sacrificado”.

Pela que a visão de DOSTOIEVSKI, de novo no regresso a *O Idiota*, do apocalipse, ora rebatizado na fórmula sintética de “domínio tecnológico (*technological dominion*)” se vê agora transcorrida, pela voz de Lebedev, na invocação do crescimento das linhas de caminho de ferro e na distribuição de novos conectores assegurada por tecnologias ainda mais novas. Todos, numa palavra final da Autora, servindo “como instigadores do insacrificável (*instigators of the unsacrificable*)”⁴⁰.

³⁸ JEAN-LUC NANCY, “La douleur existe, elle est injustifiable”, in *Revue d'Éthique et de Théologie Morale* 95 (Décembre 1995), pp. 91-95, *apud* RONELL (2002), p. 189.

³⁹ RONELL, *cit.*, p. 188.

⁴⁰ *Idem, ibidem.*

7. Assim, como momento de “denúncia” mais detida, cabe agora tocar na consideração do que, nesses engenhos de *inteligência artificial*, está envolvido em termos de *reconhecimento*. Ou antes de falta dele.

Do que se trata é do instrumento ou ferramenta útil/necessária, no contexto da estrita realidade em que ganham “vida”: o do labor/trabalho.

Atentarei, então, se bem que, nesta sede, de forma breve e incompleta, nas limitações que, precisamente a esse nível de reconhecimento, estão envolvidas nessa forma limitada e insuficiente de reconhecimento moral.

Na consideração de máquinas dotadas de *inteligência artificial* temos um recuo: aquele da sua consideração no estrito campo do *trabalho*. E deste enquanto *instrumento* de satisfação de necessidades, esgotando-se num processo lógico marcado pela utilidade. Produto, por isso, de uma *fabricação* que tudo reduz a instrumento à disposição.

A pergunta que fica, no final, é se, perdida outra dimensão que vá além do *trabalho*, do *instrumento* e da *fabricação*, a máquina autônoma – dotada de *inteligência artificial* –, no domínio de fabricação em que se vê gerada e dentro de cujos limites se vê entendida, traduz e reduz todos a *instrumentos* de que a máquina pode dispor e de que dispõe no seu ato autônomo de decisão.

Assim nas armas autônomas e nos carros autônomos, nas decisões próprias dos dilemas de *trolley*. Assim ainda nos programas de predição de reincidência, em decisões de condenação e determinação de pena por cálculo de probabilidade de reincidência.

Detenhamo-nos, então, na consideração que está em causa na consideração do *trabalho/labor*, do *instrumento/ferramenta* e da *fabricação*, na compreensão do *mundus* e da *polis*.

No seio de realidade do *trabalho/labor*, do *instrumento* ou *ferramenta* e do *produto*, a máquina dotada de *inteligência artificial* não se apresenta, apenas, enquanto mero objeto apto à satisfação de necessidades. Antes, na sua relação com o sujeito que dele faz uso, além da estrita dimensão de utilidade, uma outra experiência se perspetiva que se projeta para além da possibilidade da consideração daquela máquina como mero *produto* do *trabalho/labor* humano e *instrumento* para a satisfação imediata de necessidades, motivadas por um sentimento de carência.

Se procurarmos o apoio de HEGEL, aqui num dos seus escritos de juventude de Jena, em particular no seu *Realphilosophie*, de 1805/1806,

e ajudados pela interpretação que dela é feita por HONNETH⁴¹, mediado numa consciência de um “sentimento de *uma* carência”⁴², o facto do trabalho/labor produz objetos que, por meio do uso de instrumentos, se torna “obra (*Werk*)”. Ou seja, neste sentido, presente aos olhos do sujeito, a “obra (*Werk*)”, como produto da sua atuação, torna acessível à inteligência a “consciência da sua atividade (*die Bewubtsein ihres Tuns*)”⁴³. É, pois, essa tomada de consciência, enquanto forma de autoconsciência, momento simultâneo de tomada de consciência da realidade. Sendo que, o “conteúdo como tal” da realidade é “constituído por via disso”⁴⁴; da “obra (*Werk*)”.

E isto, porque, na voz de HONNETH, “no decurso do seu trabalho, o espírito subjetivo toma conhecimento de si próprio, apenas como uma “coisa’ atuante (*als ein tätiges ‘Ding’*) – ou seja, como um ser que ganha a sua capacidade para a ação, apenas quando se adapta à causalidade natural”⁴⁵. Daqui decorrendo que “essa experiência esta longe de ser suficiente para o desenvolvimento de uma consciência de si mesmo como uma pessoa jurídica”⁴⁶.

Contudo, a autocompreensão exigida na consideração do sujeito como pessoa jurídica impõe que, pelo menos, este “aprenda a compreender-se a si mesmo como um ente intersubjetivo (*als intersubjektives Wesen*), existindo ao lado de pessoas com pretensões concorrentes (*konkurrierenden Ansprüchen*)”⁴⁷. Impondo-se, por isso, quando se assuma o encargo de se compreender a constituição da consciência individual do Direito, que é a própria relação prática do espírito subjetivo com o mundo que tem de ser projetada para uma outra dimensão.

Bastando-se o trabalho a si mesmo nesta dimensão – individual, isolada –, em causa está um momento de autoconsciência que fica ainda aquém do que se exige como elemento determinante para a compreensão de pessoa de direito. O sujeito, aqui, é apenas dado a si próprio reificado no objeto da sua atuação.

Em causa, no Direito, está já, no entanto, a necessidade da inter-relação e da autoconsciência construída nesse contexto inter-relacional.

⁴¹ HONNETH (1992), pp. 54 e ss., em particular, pp. 58 ss.

⁴² Idem, *ibidem*.

⁴³ HEGEL (1805-1806), p. 196.

⁴⁴ HEGEL, *ibidem*.

⁴⁵ HONNETH (1992), p. 61.

⁴⁶ Idem, *ibidem*.

⁴⁷ Idem, *ibidem*.

Se, no labor/trabalho, o ego é sempre dado a si próprio no objeto que reifica o sujeito da atuação, como produto do seu desejo/vontade/ímpeto, falha aqui o encontro com “o desejo que lhe é estendido pelo outro”⁴⁸, falhando, do mesmo passo, a possibilidade de se experimentar a si próprio como a mesma subjetividade vital desejosa e desejanse que é o outro⁴⁹. Em causa estando a “reciprocidade do conhecimento de si próprio no outro (*in der Reziprozität eines Sich-im-anderen-Wissens*)”⁵⁰. E que se desenvolve como uma relação de amor genuíno na medida em que possa tornar-se conhecimento intersubjetivamente partilhado por parte de ambos⁵¹.

Funda-se aqui a *confiança* que o outro é para mim⁵². E desta ideia de relação de conhecimento de si próprio no outro, deriva HEGEL, pela primeira vez, o conceito de *reconhecimento*⁵³ – em nota de margem, como refere HONNETH, “nas relações de amor o ‘eu natural não cultivado’ é reconhecido”⁵⁴.

E é verdade que, no contexto da relação fundada nos termos do amor, quando eu “não reconheço o meu parceiro na interação como sendo um certo tipo de pessoa, então não posso também, na reação dele, ver-me reconhecido como esse tipo de pessoa, pois a ele foram negadas por mim todas as características e capacidades, que eu espero ver pelo outro plenamente afirmadas em mim”⁵⁵.

Ora, é num momento ainda anterior e não necessitado de um compromisso que depende em absoluto de um exercício absoluto e ineliminável de liberdade – que é, por definição, o amor – que HEGEL identifica esse *reconhecimento*. Enquanto possibilidade, sim, mas, sobretudo, enquanto compromisso, como momento fundacional do direito e de uma pretensão exigível que, nesse momento, qualifica, do mesmo modo os sujeitos da relação. Qualificando-os, e assim à ideia mesma de *pessoa de direito*, em dignidade.

Fazendo-o na linguagem de sentidos, marca da experiência precisamente humana, que o é das emoções, engenhos e artefactos, *bots* e *gizmos*, falham

⁴⁸ Idem, p. 62.

⁴⁹ Idem, p. 63.

⁵⁰ Idem, *ibidem*.

⁵¹ Idem, *ibidem*.

⁵² Idem, *ibidem*.

⁵³ Idem, *ibidem*.

⁵⁴ Idem, pp. 63 e 64, citando HEGEL, *op. cit.*, p. 202, nota 1.

⁵⁵ Idem, pp. 64 e 65.

nesse preciso campo essencial. E assim falhará sempre uma pretendida reificação do sujeito – de cada um de nós – em *inteligência artificial*. Aí, em todas as formas e complicações, a máquina autónoma não é senão um *avatar* que, nem na capacidade de computação, se assemelha ao humano – tão maior o é naquela do que em qualquer espécime deste.

E onde tudo falha em reconhecimento, porque no domínio da fabricação / do trabalho nos encontramos, não apenas instrumento se torna a máquina, mas a instrumentos todos reduz, porque de todos a máquina pode dispor e dispõe no seu ato autónomo de decisão.

E nela, *nas suas* – mecânicas – *mãos*, não seremos mais que ela – máquina. Na verdade, *nas suas mãos*, seremos menos. Nem objetos, que a utilidade empreste um *modicum* de “valor”, seremos. Menos seremos, porque *nessas mãos* corpos não passaremos. Corpos apenas.

Ora, a isso reduzidos, não somos.

Mas o que é ora dito, em forma conclusiva que se apresenta, propõe-se ainda a demonstração. Assim faremos... mas não agora. Antes sim, noutro modo e noutra forma.

Bibliografia

- AMADO, Jorge, *Terras do Sem-Fim*, 2.^a edição (do original de 1942), Edição Livros do Brasil, Lisboa, s.d.
- ARENDT, Hannah, *Eichmann in Jerusalem – A report on the Banality of Evil*, Penguin Classics, Nova Iorque, reedição do original de 1963, 2006.
- ARENDT, Hannah, [1971a], “Thinking and moral considerations”, in HANNAH ARENDT, *Responsibility and Judgment*, edição e introdução de JEROME KOHN, Schocken Books, 2005, reimpressão do original de 1971, pp. 159 a 189.
- HEGEL, Wilhelm Friedrich, “Naturphilosophie und Philosophie des Geistes, Vorlesungsmanuskript zur Realphilosophie (1805-1806)” in ROLF-PETER HORSTMANN (ed.), *Jenauer Systementwürfe*, III, Felix Meiner Verlag, Hamburgo, 1987.
- HONNETH, Axel, *Kampf um Anerkennung – Zur moralischen Grammatik sozialer Konflikte*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1992.
- MARQUES, Pedro Maia Garcia, *Da Culpa Individual no Direito Penal – Contributo para a Procura de uma Adequada Justificação Material Ético-Individual do Juízo de Culpa Jurídico-Penal*, dissertação de mestrado, inédito, Lisboa, 2004.
- MARQUES, Pedro Maia Garcia, *O Juízo Crítico da Culpa*, dissertação de doutoramento, Universidade Católica Portuguesa, Faculdade de Direito, Escola de Lisboa, Lisboa, maio de 2016.
- MENDONÇA, José Tolentino, *A Construção de Jesus – A Surpresa de um Retrato*, Paulinas Editora, Prior Velho, 2015.

- OWEN, Wilfred, “Anthem for Doomed Youth”, in JON STALLWORTHY, *The Complete Poems and Fragments of Wilfred Owen, Volume I – The Poems*, Chatto & Windus, Hogarth Press and Oxford University Press, Oxford, 1983.
- PROUST, Marcel, *À la Recherche du Temps Perdu, I – Du côté de chez Swann*, Collection Folio Classique, Gallimard, edição estabelecida sob a direção de JEAN-IVES TADIÉ, prefácio de ANTOINE COMPAGNON, 1998 (primeira versão publicada sob este título em novembro de 1913 pela editora Grasset. Reeditado pela editora Gallimard em 1919 com algumas correções e alterações, sob a direção de JEAN-IVES TADIÉ, para a edição da “Bibliothèque des Pleiades”, da responsabilidade da editora mencionada. Texto citado corresponde a esta última edição que, no formato Folio Classiques, é publicado em primeira edição em 1988. Prefácio e *dossier* constantes da edição citada de 1989).
- RONELL, Avital, *Stupidity*, University of Illinois Press, Chicago, 2002.
- STUDDERT-KENNEDY, George (“Woodbine Willie”), “Waste”, in *The Unutterable Beauty – The collected poems of G. A. Studdert-Kennedy (Woodbine Willie)*, Digory Press, Three Rivers, 2006.
- TACITUS, *Annales*, Livros I a XI, Edição bilingue latim e francês, Editado e traduzido por PIERRE WUILLEUMIER, Societé d’Édition “Les Belles Lettres”, 2.^a edição, original *circa* ano 117 d. C., 1978.

Notas sobre regulação da inteligência artificial: da ética ao direito¹

LUÍS BARRETO XAVIER*

1. A centralidade da inteligência artificial (IA)

1.1. IA e transformação digital

Embora com origem nos trabalhos desenvolvidos a partir dos anos 40 e 50 do século passado², a IA conheceu nos últimos anos um desenvolvimento tão significativo, no plano teórico e nas suas inúmeras aplicações, que pode afirmar-se constituir a pedra angular sobre a qual assenta o processo de transformação digital que afeta todos os sectores da economia e o modo de vida das pessoas.

No plano económico, induz a modificação dos modos de produção e distribuição de bens e serviços, leva à alteração de modelos de negócio, proporciona o surgimento de novos agentes e à transformação do mercado nos diferentes sectores de atividade.

No plano social, a automação induz a redução de postos de trabalho e o surgimento de novas profissões, com inevitáveis questões relativas à adaptação da atual força de trabalho às novas exigências das organizações e a um provável resultado líquido negativo da comparação entre destruição e criação de empregos.

No plano pessoal, novos serviços são oferecidos de forma aparentemente gratuita, mas proporcionando a monetização de enormes quantidades de dados (*big data*) resultantes da vigilância dos comportamentos, com vista a prever e a influenciar as decisões individuais.

* Professor Convidado da Escola de Lisboa da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa.

¹ O presente texto foi escrito na sequência da apresentação do autor sobre Regulação da IA no âmbito dos Católica Talks em 20 de abril de 2020.

² RUSSEL/NORVIG (2016), pp. 16-28.

No plano político, os sistemas democráticos são testados com *fake news*, com a customização de mensagens político-partidárias e a interferências de entidades estrangeiras no espaço público nacional.

No plano militar, a tecnologia orientada para a defesa e o armamento inteligente têm relevância cada vez mais decisiva.

No plano internacional, regista-se a percepção de que quem domina a tecnologia da inteligência artificial pode controlar o mundo. Daí a corrida à investigação e desenvolvimento nesta área entre os Estados Unidos da América e a China, que a Europa começa esforçar-se por acompanhar.

No plano jurídico, enfim, a omnipresença de sistemas de IA vem gerar novos problemas e desafiar a adequação dos paradigmas jurídicos atuais para os resolver de forma satisfatória.

1.2. O predomínio da aprendizagem automática

Como ramo do conhecimento, a Inteligência Artificial visa o desenvolvimento e a aplicação de sistemas capazes de realizar de forma progressivamente autónoma tarefas que anteriormente exigiam intervenção humana. Em especial, tais sistemas recebem *inputs* do mundo físico ou digital e realizam determinadas ações, orientadas para uma finalidade, com um grau variável de autonomia.

Os sistemas de IA podem estar ou não permanentemente incorporados em suportes físicos (robôs). Assentam em algoritmos, instruções mais ou menos complexas dirigidas à resolução de problemas.

A maior parte dos sistemas atuais de IA baseia-se em “aprendizagem automática”³ ou *machine learning*, que supõe a sua alimentação ou treino com um grande volume de dados, a partir dos quais “aprendem”, de modo a melhorar o resultado, sem terem sido programados de forma específica para o efeito. Os dados selecionados e usados podem ser ou não objeto de classificação prévia (dados estruturados ou não estruturados).

Alguns destes sistemas usam *deep learning*, uma modalidade sofisticada de aprendizagem automática, com intervenção de redes neuronais, inspiradas na interação entre neurónios humanos, “camadas” nas quais os dados são processados, e interpostas entre o *input* dado pela programação e o *output* resultante.

³ DOMINGOS (2017), p. 13: “O leitor poderá não o saber, mas a aprendizagem automática está presente em toda a parte.”

1.3. *Evolução e limites*

São imensos os efeitos transformadores da atuação dos sistemas de IA, que, apesar de já bem visível, continua o seu caminho de crescimento acentuado.

A própria tecnologia – e a sua aplicação – tem evoluído rapidamente, daí redundando o refinamento dos seus resultados. São disso exemplo o reconhecimento facial, a sintetização de voz a partir de texto, os sistemas de tradução, os sistemas de recomendação, o marketing customizado, os sensores usados nos veículos autónomos, os robôs usados na indústria ou em operações cirúrgicas, os sistemas de diagnóstico médico, os sistemas de geração de texto, de composição musical e de criação de obras gráficas, os robôs de apoio doméstico, os algoritmos de *trading* ou os assistentes pessoais.

Em todo o caso, estamos ainda muito longe de conseguir alargar o espectro de funcionalidades dos sistemas, que continuam a realizar tipos de tarefas específicos, mas não são adaptáveis a fins diferentes daqueles para os quais foram concebidos.

Por outro lado, nos dias de hoje deparamo-nos também com limitações evidentes dos sistemas de IA, mesmo no âmbito das específicas tarefas que desempenham. Os sistemas baseados no processamento de linguagem natural (*NLP*) têm dificuldade em identificar a ironia, o humor, a ambiguidade ou o sarcasmo. Sistemas assentes em aprendizagem automática não conseguem reagir perante situações totalmente novas. Reproduzem ou reforçam o enviesamento (*bias*) dos dados com que foram alimentados. São incapazes de manifestar empatia.

1.4. *IA e Big Tech*

Os atuais sistemas de IA beneficiam de um aumento exponencial da capacidade computacional disponível, com custos progressivamente mais baixos, e de um acesso a volumes maciços de dados, cujo armazenamento é cada vez menos dispendioso.

A disseminação das suas aplicações por todos sectores económicos e o facto de todos os indivíduos e organizações, sem exceção, sofrerem direta e indiretamente o seu impacto, são fatores que evidenciam a centralidade da IA no tempo que vivemos.

O que acaba de se afirmar é acentuado pela transformação da economia global num sistema de capitalismo vigilante (*surveillance capitalism*),

tal como descrito na inquietante obra de SHOSHANA ZUBOFF⁴. Como esta autora explica, “o capitalismo vigilante reivindica unilateralmente a experiência humana como matéria-prima para ser traduzida em dados comportamentais. Embora alguns destes dados sejam aplicados à melhoria de produtos ou serviços, os restantes são declarados como excedentes comportamentais (*behavioral surplus*), alimentando processos avançados de manufatura conhecidos como *machine intelligence*, e transformados em produtos de previsão que antecipam o que se faz, agora, em breve ou mais tarde”⁵.

Este sistema é ancorado na influência global extremamente alargada de um pequeno grupo de empresas de base tecnológica (habitualmente designadas como *Big Tech*), que vieram a tornar-se dominantes na economia mundial, beneficiando dos dados a que têm acesso e do seu processamento e comercialização através de sistemas inteligentes: Amazon, Alphabet (Google), Facebook, Apple, Microsoft, Tencent, Alibaba. Baidu, mas também Spotify, Netflix ou Uber.

Deste modo, as empresas de base industrial, energética, financeira e de distribuição tradicional vieram a ser suplantadas no pódio das mais valiosas do mundo por uma nova geração de empresas tecnológicas. Mais do que isso, os novos modelos de negócio baseados em IA e *machine learning* alteraram a estrutura dos mercados e as experiências dos utilizadores. São disso exemplos o retalho (Amazon), a mobilidade urbana (Uber), o turismo (Booking), a música (Spotify, Apple Music), a televisão (Netflix, Amazon Prime).

2. O carácter novo das questões jurídicas suscitadas

A novidade de uma tecnologia, ou de um sistema tecnológico, não implica necessariamente o surgimento de questões jurídicas novas. São incontáveis os avanços tecnológicos que não requereram novas respostas do direito. Outras importantes inovações tecnológicas bastaram-se com a adaptação superficial dos paradigmas existentes. Por que razão não é a IA mais uma delas?

A meu ver, pela conjugação em simultâneo de um conjunto de fatores: impacto, risco, opacidade, poder de mercado, deslocalização, relevância geoestratégica, velocidade de evolução.

⁴ ZUBOFF (2019).

⁵ ZUBOFF (2019), p. 8.

2.1. Impacto

Como resulta de algum modo do que se disse no ponto 1.1. deste texto, o impacto da IA na sociedade revela-se não apenas no carácter transversal da sua presença, ou seja, no âmbito extremamente alargado no qual se surpreende a sua atuação, mas igualmente na natureza transformadora desse impacto.

Nos dias de hoje, nenhum outro fator, de ordem tecnológica ou não tecnológica, tem uma capacidade superior para afetar a vida em sociedade.

2.2. Risco

A par da extraordinária capacidade de contribuir para melhorar a qualidade de vida das pessoas e a produtividade das organizações, os sistemas de IA são portadores de um incomparável potencial de risco.

Refiro-me à probabilidade de a utilização de sistemas capazes de tomar decisões ou de contribuir de modo significativo para essas decisões redundar na ocorrência de danos na esfera jurídica das pessoas e de outros resultados não desejados.

Por outro lado, há riscos que ocorrem por força da limitação técnica dos sistemas, bem como pelo seu uso malicioso.

Por último, certos tipos de sistemas, especialmente quando usados em áreas especialmente sensíveis, têm em si mesmos uma natureza altamente perigosa.

2.3. Opacidade

Característica central dos atuais sistemas de IA, especialmente dos que assentam em *machine learning* e *deep learning*, é a sua opacidade.

Fala-se do efeito *black box* para se significar que a tomada de decisão operada pelos sistemas não resulta de forma direta do desenho concebido pelo programador dirigido à obtenção de um dado fim. De facto, o *output* é obtido a partir do processamento de volumes maciços de dados através de redes “neurais”, que tornam tecnicamente inviável a transparência da tomada de decisão.

Não se ignora que importantes esforços de investigação estão a ser dirigidos para o desenvolvimento de inteligência artificial explicável (*Explainable AI* ou *XAI*), que permita tanto quanto possível a compreensão do percurso realizado, mantendo a qualidade dos resultados. Mas o estado

da arte nesta matéria está ainda longe de permitir um resultado geralmente satisfatório pelo que toca ao grau de “explicabilidade” suficiente para uma prestação de contas rigorosa sobre o porquê de determinada tomada de decisão, de modo a permitir a revelação dos seus fundamentos e a sua sindicabilidade.

2.4. Poder de mercado

A circunstância de algumas das grandes empresas tecnológicas (*Big Tech*) ter, em certa medida, criado o seu próprio mercado, dificulta a aplicação das regras e princípios tradicionais do direito da concorrência a um contexto que, em alguns casos, se assemelha a um monopólio ou oligopólio, mas escapa em última análise a regras desenhadas para diferentes realidades.

A relevância económica do sector tecnológico e a sua articulação com todos os outros sectores de atividade potencia os problemas de direito da concorrência, à escala mundial.

2.5. Deslocalização

Através do termo deslocalização, designo o carácter global, no sentido de não circunscrito a uma específica jurisdição, dos sistemas tecnológicos assentes na *web*. A desmaterialização e digitalização que os caracteriza dificulta em muito a aplicação das regras e princípios jurídicos tradicionais.

É certo que a deslocalização não tem o mesmo alcance nos sistemas assentes na “computação na nuvem” (*cloud computing*) e nos sistemas de base robótica. Mas em todos os sistemas há componentes de difícil, se não impossível, localização.

2.6. Relevância geoestratégica

O considerável investimento público e privado em sistemas de IA, especialmente nos Estados Unidos da América, na China e na Europa, revela a perceção de que o desenvolvimento económico, o bem-estar das comunidades e a própria capacidade militar e de defesa estão cada vez mais dependentes dos resultados proporcionados pelos referidos sistemas.

Esta compreensão explica a prioridade outorgada pela Comissão Europeia presidida por Ursula von der Leyen à preparação da Europa para a era digital, na qual a IA assume o maior protagonismo.

2.7. *Velocidade de evolução*

Apesar de, na sua história, ter havido períodos de rápido desenvolvimento e longos “invernos” de alguma estagnação, a atenção crescente que cientistas, empreendedores, agentes económicos e políticos e o público em geral prestam à investigação e à aplicação da IA faz prever que o ritmo de evolução a que assistimos não deverá abrandar, antes acentuar-se no futuro próximo.

Deste modo, parte da novidade das questões jurídicas colocadas nasce do carácter evolutivo das tecnologias envolvidas⁶, bem como da crescente capacidade de produção, armazenamento e processamento de dados que as alimentam.

3. Enquadramento ético e seus limites

Nos últimos cinco anos, multiplicaram-se os ensaios de elaboração de documentos contendo diretrizes éticas aplicáveis à investigação, desenvolvimento e aplicações da IA⁷. Iniciativa de empresas (IBM, Google, Microsoft, Tencent), da academia (Universidade de Montreal, Academia de IA de Beijing), de instituições públicas (Câmara dos Lordes, Reino Unido), de organizações internacionais (OCDE, Conselho da Europa, Grupo de Alto Nível da Comissão Europeia, G20), entre muitas outras, tais documentos espelham uma consciência ampla do potencial e dos riscos destas tecnologias.

Entre os princípios mais frequentemente referidos nos documentos dirigidos ao enquadramento ético da IA⁸ estão a privacidade, a *accountability*, a segurança, a transparência e explicabilidade, a *fairness* e não discriminação, o controlo humano da tecnologia, a responsabilidade profissional e a promoção de valores humanos. Claro que o concreto alcance de cada um destes princípios, o modo como se declinam e desdobram

⁶ Sobre a “natureza exponencial da tecnologia”, v. OLIVEIRA (2018), pp. 9-22. Afirma o autor: “Faz parte da natureza da tecnologia que os novos desenvolvimentos se baseiem já nos existentes e, portanto, que cada novo desenvolvimento exija menos tempo e menos esforço do que os anteriores. Isso leva a uma frequência cada vez maior de introdução de mudanças tecnológicas, que muitos acreditam ser exponencial quando vista ao longo de um prolongado período [...]” (p. 9).

⁷ O *Berkman Klein Center for Internet & Society* da Universidade de Harvard analisou um numeroso grupo de documentos deste tipo: FJELD *et al.* (2020).

⁸ Seguimos de novo FJELD *et al.* (2020), pp. 13-34.

será diferenciado, tendo em conta o contexto cultural, empresarial ou tecnológico em que são elaborados e lidos.

Trata-se de passos indubitavelmente louváveis no sentido de inserir a atuação da IA numa dinâmica que conduza a resultados positivos para as pessoas e para a sociedade no seu todo. O seu alcance será tanto maior quanto os referidos princípios estejam interiorizados por todos os que desenvolvem e usam estes sistemas. A divulgação de cartas éticas é um passo significativo para a interiorização pela sociedade de que o processo de digitalização não pode ser conduzido sem limites.

Todavia, o potencial e os riscos envolvidos, e a escala destes, evidenciam a insuficiência de uma abordagem exclusivamente ética da IA. As cartas de princípios, a autorregulação e a *softlaw* não bastam. Na verdade, “estes princípios são frequentemente demasiado abstratos para fornecer orientação detalhada”⁹.

É preciso reconhecer a necessidade imperiosa de utilizar os instrumentos do direito, os princípios e as regras jurídicas. “Quando a ética é vista como uma alternativa à regulação ou como um substituto para os direitos fundamentais, tanto a ética como os direitos e a tecnologia sofrem.”¹⁰

4. Enquadramento jurídico

4.1. *Abordagens possíveis*

Claro que a IA, enquanto fonte e resultado da vida em sociedade, é enquadrada juridicamente, como a generalidade das atividades humanas de relação. Como sabemos, o direito define espaços de liberdade e de conformação, reconhece direitos e estabelece deveres, define consequências para as quebras dos comportamentos devidos.

Deste modo, a interrogação fundamental é a de saber se devemos regular a IA, pois ela é já objeto de inúmeras camadas de regulamentação dirigidas de forma mais genérica ou mais especializada a disciplinar atividades humanas que com aquela se cruzam.

A questão central é a de indagar se o direito atual contém instrumentos suficientes para, por aplicação direta ou mediante integração de lacunas, e

⁹ EBERS (2020), p. 92. Refere WAGNER (2018), “When ethics are seen as an alternative to regulation or as a substitute for fundamental rights, both ethics, rights and technology suffer”.

¹⁰ WAGNER (2018), p. 89.

tendo em conta todo o arsenal hermenêutico disponível, proporcionar ao desenvolvimento e à aplicação da IA o enquadramento jurídico adequado.

Chegados aqui, podemos desdobrar a questão em duas dimensões, enunciadas por PETIT¹¹.

Numa primeira abordagem, importa apurar como é que o direito vigente se aplica à IA ou se a IA é “capturada” pelas regras jurídicas existentes. Esta abordagem (designada como “legalística” por PETIT¹²) permite certamente dar resposta à maior parte das questões. Todavia, a sua insuficiência emerge da probabilidade de que as respostas vigentes – e que podem traduzir-se quer numa intervenção quer numa não intervenção – dificilmente serão as mais adequadas a realidades com um grau elevado de novidade.

A segunda abordagem assenta na ideia de partir da compreensão da IA (e da robótica) para identificar que questões que merecem tratamento pela lei e pela regulação¹³.

Assim, tomando, por exemplo, em consideração a questão dos danos provocados pela atuação de sistemas de IA, a perspetiva “legalística” procurará enquadrar os problemas nas regras gerais relativas à responsabilidade civil, da responsabilidade com culpa passando pelo eventual enquadramento em hipóteses de responsabilidade pelo risco, até à eventual mobilização da responsabilidade do produtor. A eventual inadequação das soluções resultantes da aplicação do direito vigente deveria levar simplesmente a uma adaptação das regras em causa às novas realidades.

Já a perspetiva “tecnológica” tenderá a olhar para os diferentes sistemas de IA e o contexto em que atuam para construir um sistema equilibrado de repartição do risco e de ressarcimento dos danos.

Sem prejuízo do papel a desempenhar pela primeira das perspetivas, a relevância e a novidade da IA na atualidade apontam no sentido da conveniência de pensar em regulação a partir da tecnologia existente e da sua aplicação real ou potencial.

¹¹ PETIT (2017), pp. 6 e ss.

¹² PETIT (2017), pp. 6-8.

¹³ PETIT (2017), p. 8.

4.2. *Alternativas regulatórias*

É pouco seguro o caminho a trilhar para a regulação, porque são inúmeras as alternativas disponíveis e grande a incerteza sobre os seus efeitos.

Quanto ao *objeto* da regulação, o foco deve estar na IA, ou também na automação, na robótica, na Internet das Coisas e em outras realidades próximas daquela? Que conceito de IA deve ser adotado para efeitos regulatórios? Um único conceito, ou um conceito funcionalmente adequado a cada contexto normativo?

Por outro lado, deverá ser adotado um quadro regulatório geral ou regulação específica para diferentes *aplicações*, como os veículos autónomos, os dispositivos médicos, os algoritmos de recrutamento ou os sistemas de recomendação? Ou para diferentes *setores*¹⁴ em que a IA intervém, como o sector bancário ou dos seguros, na saúde, no retalho ou na indústria da defesa?

Ou, em alternativa, devem ser regulados certos tipos de *tecnologia*, como o reconhecimento facial e vocal, ou o processamento de linguagem natural?

Noutro plano, que *tipologia* de regulação deve ser adotada, de entre o “arsenal” regulatório disponível? Uma regulação principiológica ou pormenorizada? Usando *regulatory sandboxes* ou mais rígida? São apropriadas exigências de licenciamento ou de certificação técnicas? Que sanções devem estar disponíveis?¹⁵

Devem ser criadas *agências* específicas com competências próprias em matéria de supervisão e de *enforcement*?

Por último, uma regulação de *âmbito* estadual será adequada ou uma abordagem transnacional é indispensável?¹⁶ Neste último caso, os esforços deverão concentrar-se num nível regional (União Europeia, por exemplo) ou procurar um consenso internacional¹⁷? Em qualquer caso, qual o tipo de instrumentos normativos a adotar? É viável um caminho na direção

¹⁴ No sentido de que é preferível uma abordagem sectorial e não geral, v. LOHR *et al.* (2019), pp. 242-243.

¹⁵ Uma diferente tipologia pode ser encontrada em EBERS (2020), pp. 95-96.

¹⁶ Cfr. EBERS (2020), p. 94.

¹⁷ No sentido de que “temos uma oportunidade para criar leis e princípios para reger a IA a partir de uma base partilhada, uma nova linguagem comum” v. TURNER (2019), p. 262. Em geral defendendo uma abordagem internacional ou multilateral, v. *aut. e ob. cit.*, pp. 237-262.

da celebração de tratados internacionais de vocação global, à semelhança do que se tem verificado em matéria de alterações climáticas?

Evidentemente, não faltam exemplos, a diferentes níveis, de iniciativas legislativas que tocam, de forma mais ou menos direta, o desenvolvimento e a aplicação de IA. Quer a nível estadual¹⁸ quer supraestadual¹⁹, múltiplos diplomas legais são aplicáveis.

4.3. *Iniciativas recentes*

Em dezembro de 2020, o Presidente dos Estados Unidos emitiu a *Executive Order on Promoting the Use of Trustworthy Artificial Intelligence in the Federal Government*²⁰.

Trata-se de um diploma legislativo aplicável às agências do governo americano, e que adota uma abordagem “principiológica”: em lugar de estabelecer regulamentação pormenorizada ou abrangente, traça grandes princípios orientadores que as referidas agências devem seguir “no desenho, desenvolvimento, aquisição e uso de IA”: respeito pela lei e pelos valores da Nação; benefícios superiores aos riscos, e possibilidade de avaliação e gestão dos riscos; aplicação efetiva, rigorosa e confiável; segura e resiliente; suscetível de ser compreendida; responsável e rastreável; regularmente monitorizada; transparente; *accountable* (secção 3).

Por seu turno, e na sequência de importantes iniciativas anteriores, a União Europeia desenvolve uma agenda legislativa ambiciosa, assumida pela Comissão, pelo Parlamento e pelo Conselho.

Em 20 de outubro de 2020, o Parlamento Europeu aprovou um conjunto de Resoluções dirigidas precisamente à regulação da IA.

¹⁸ Veja-se o exemplo, mais do que discutível, do artigo 33 da Lei de Reforma da Justiça em França, entrado em vigor em março de 2019, que proíbe o uso da identidade dos magistrados para efeitos de avaliação, análise, comparação ou previsão de práticas profissionais. Trata-se de uma evidente tentativa de evitar a análise preditiva de decisões judiciais com base em *machine learning*. Para uma leitura crítica desta lei, v. LANGFORD /MADSON (2019).

¹⁹ Por exemplo, o Regulamento Geral de Proteção de Dados [Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016] contém disposições que, de forma direta, se ocupam da atuação dos sistemas de IA. É o caso dos artigos 13.º/2/ f), e 22.º/1.

²⁰ Publicada a 3 de dezembro, e disponível em <https://www.whitehouse.gov/presidential-actions/executive-order-promoting-use-trustworthy-artificial-intelligence-federal-government/>.

Duas de entre elas tocam questões específicas, embora com largo alcance: o regime da responsabilidade civil²¹ e os direitos de propriedade intelectual²².

A terceira propõe-se desenhar um “enquadramento para os aspetos éticos da IA, da robótica e das tecnologias relacionadas”²³.

Sem prejuízo da grande distância entre os dois textos, o que esta última iniciativa legislativa tem em comum com a *Executive Order* anteriormente referida é a tentativa de transformar diretrizes éticas em princípios jurídicos.

No caso da referida Resolução do Parlamento Europeu, o objetivo é estabelecer um quadro regulatório compreensivo e duradouro de princípios éticos e obrigações legais para o desenvolvimento, aplicação e uso da IA, robótica e tecnologias relacionadas (art. 1.º do Regulamento aprovado).

A abordagem adotada, porém, assenta na definição de obrigações genericamente enunciadas para as “tecnologias de alto risco” (arts. 6.º e ss. e o anexo ao diploma, onde se estabelece uma lista exaustiva de sectores e de usos ou fins de alto risco): controlo e supervisão humanos das tecnologias (art. 7.º); segurança, transparência e *accountability* (art. 8.º); não enviesamento e não discriminação (art. 9.º); responsabilidade social e igualdade de género (art. 10.º); sustentabilidade ambiental (art. 11.º); respeito pela privacidade e proteção de dados pessoais (art. 12.º); direito a compensação (art. 13.º).

É certo que a Resolução contém também disposições sobre avaliação do risco e de *compliance*, emissão de um certificado europeu de *compliance*, bem como sobre supervisão institucional, prevendo designadamente a designação em cada Estado-membro de uma autoridade independente de supervisão. Mas o texto pré-legislativo em causa não deixa de ser fundamentalmente principiológico.

²¹ Resolução com recomendações à Comissão sobre um regime de responsabilidade civil para a IA [2020/2014 (INL)]. Cfr. ANTUNES (2020).

²² Resolução do Parlamento Europeu de 20 de outubro de 2020 sobre direitos de propriedade intelectual para o desenvolvimento das tecnologias de inteligência artificial [2020/2015 (INI)].

²³ Resolução do Parlamento Europeu de 20 de outubro de 2020 com recomendações à Comissão sobre um enquadramento para os aspetos éticos da IA, da robótica e das tecnologias relacionadas [2020/2012 (INL)].

5. Nota final

Vivemos um tempo de extraordinária evolução social, no qual a IA é um fator central. As diretrizes éticas são um importante esteio para o seu desenvolvimento e aplicação. Mas a força do direito, ainda que de início assente fundamentalmente em princípios éticos, é indispensável para minimizar os riscos, para fomentar o uso da IA centrado na pessoa humana e nos seus fins, para estabelecer limites vinculativos e para encontrar soluções para os casos em que inevitavelmente as coisas corram mal.

Bibliografia

- ANTUNES, Henrique Sousa, *A responsabilidade civil aplicável à inteligência artificial: primeiras notas críticas sobre a Resolução do Parlamento Europeu de 2020*, manuscrito submetido para publicação na *Revista de Direito da Responsabilidade*, disponível em <http://revistadireitoresponsabilidade.pt/>.
- DOMINGOS, Pedro, *A Revolução do Algoritmo Mestre – Como a Aprendizagem Automática está a mudar o Mundo*, trad. port. da 9.ª ed., Manuscrito, Lisboa, 2017, reimp., 2019.
- EBERS, Martin, *Regulating AI and Robotics*, in EBERS/NAVAS (ed.), *Algorithms and Law*, Cambridge University Press, 2020.
- FJEL, Jessica, et al., *Principled Artificial Intelligence: Mapping Consensus in Ethical and Rights-based Approaches to Principles for AI*, The Berkman Klein Center for Internet & Society Research Publication Series, 2020, disponível em <https://cyber.harvard.edu/publication/2020/principled-ai>.
- LANGFORD, Malcolm, e MADSEN, Mikael Rask, *France Criminalises Research on Judges*, in *VerfBlog*, 2019/6/22, disponível em <https://verfassungsblog.de/france-criminalises-research-on-judges/>.
- LOHR, Jason D., MAXWELL, Winston J., e WATTS, Peter, *Legal Practitioners' Approach to Regulating AI Risks*, in YEUNG, Karen, e LODGE, Martin, *Algorithmic Regulation*, Oxford University Press, 2019.
- OLIVEIRA, Arlindo, *Mentes Digitais – A Ciência Redefinindo a Humanidade*, 2.ª ed., IST Press, Lisboa, 2018.
- PETTIT, Nicholas, *Law and Regulation of Artificial Intelligence and Robots: Conceptual Framework and Normative Implications*, Working Paper, 2017, disponível em <https://ssrn.com/abstract=2931339>.
- RUSSELL, Stuart/NORVIG, Peter, *Artificial Intelligence – A Modern Approach*, *Global Edition*, 3.ª ed., Pearson, 2016.
- TURNER, Jacob, *Robot Rules – Regulating Artificial Intelligence*, Palgrave Macmillan, London, 2019.

WAGNER, Ben, Ethics as an Escape from Regulation: From ethics-washing to ethics-shopping? in HILDEBRANDT, M. (ed.), *Being Profiling. Cogitas ergo sum*, Amsterdam University Press, 2018.

ZUBOFF, Shoshana, *The Age of Surveillance Capitalism – The Fight for a Human Future at the New Frontier of Power*, Profile Books, London, 2019.

Da suscetibilidade de proteção jusautororal de obras geradas por sistemas de inteligência artificial¹

TITO RENDAS*

1. Delimitação do tema

Os sistemas de inteligência artificial (IA) – assim qualificados pela sua aptidão para executar tarefas normalmente associadas à inteligência humana² – têm vindo a colocar o Direito perante numerosos e complexos desafios³. Trata-se de sistemas compostos apenas por *software* ou por uma combinação de *software* e *hardware*, dito “interventivo” ou “interativo” (combinação essa que caracteriza a robótica)⁴, que analisam o ambiente em que operam, levando a cabo, com um certo grau de autonomia em relação aos seres humanos mais próximos, determinadas funções tendentes a atingir objetivos específicos. De entre os vários tipos de sistemas

* Professor Auxiliar Convidado na Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa (Lisboa).

¹ O escrito que ora se publica corresponde, com algumas adaptações, ao texto que serviu de base à apresentação oral realizada a 13 de janeiro de 2020 no âmbito da iniciativa Católica Talks, promovida pelo *Católica Research Centre for the Future of Law*. É devido um agradecimento a Elsa Vaz de Sequeira pelo convite para ministrar a sessão, bem como aos membros da audiência e a Nuno Sousa e Silva, que aceitou intervir como comentador, pelas sugestões que generosamente ofereceram e que tanto contribuíram para aprofundar o meu pensamento (decerto ainda rudimentar) sobre o tema.

² Cfr. COPELAND (2000). Conforme resultará claro da exposição que se segue, a capacidade dos sistemas de IA para emular a inteligência humana é limitada. Neste sentido, cfr. ARAÚJO (2020), p. 41 (afirmando que a IA “é ainda muito mais tributária da fulgurante eficiência de processamento bruto e maciço de informação inerte do que de um qualquer dom de criatividade suscetível de expressão em formas inesperadas de resolução de problemas novos, e de evolução adaptativa e divergente face à evolução humana”).

³ Para uma reflexão sobre a tensão entre a evolução dos sistemas de IA e a regulação jurídica, cfr. ANTUNES (2020). Sobre os desafios com que se deparam sectores do Direito ou institutos jurídicos específicos – como a responsabilidade civil, a privacidade e a fiscalidade –, veja-se a obra coordenada por LOPES ROCHA & SOARES PEREIRA (2020).

⁴ Cfr. SOUSA E SILVA (2017), p. 495.

de IA, vêm merecendo especial atenção os sistemas de aprendizagem autónoma, mais comumente conhecidos pela expressão inglesa *machine learning*. Com base na análise de vastas quantidades de dados com que são “alimentados” e na identificação de padrões neles contidos, estes sistemas produzem, no âmbito das tarefas que foram programados para desempenhar, resultados progressivamente superiores, sem ou com limitada assistência humana.

Os sistemas de *machine learning* têm-se revelado capazes de desempenhar uma atividade que se julgava reservada aos seres humanos: a criação de obras de natureza literária e artística⁵. Com efeito, abundam exemplos reais de sistemas de IA com capacidade criativa e de obras por eles geradas – obras que representam um resultado criativo não previamente programado ou de outra forma determinado por seres humanos.

Um dos projetos de IA criativa mais antigos e citados na doutrina, o AARON, foi desenvolvido em 1973 por HAROLD COHEN. O sistema – que esteve em contínuo aperfeiçoamento até 2016, ano do falecimento do seu criador – produz desenhos e pinturas (de que são exemplos as que se reproduzem *infra*), com base nas técnicas, estilos e possibilidades artísticas definidas por COHEN⁶.



Theo (1992)



Final Approach (2013)

⁵ Chamando a atenção para o facto de este não ser um problema inteiramente novo, surgindo na esteira das chamadas “obras geradas por computador”, cfr. ALBERTO VIEIRA (2020), pp. 126-128. Estas são distintas das obras cuja criação foi tecnologicamente assistida (por, e.g., processadores de texto, máquinas fotográficas, sintetizadores de som ou programas de auxílio ao design). Nos casos que interessam ao presente texto, a tecnologia intervém não enquanto mera ferramenta, mas como verdadeira criadora de obras literárias e artísticas. É esta a distinção que a doutrina anglo-saxónica pretende capturar com a oposição entre “*computer-assisted works*” e “*computer-generated works*”.

⁶ Para uma descrição deste e de outros sistemas de pintura robótica, veja-se o artigo publicado na New Atlas, “*Creative AI: The robots that would be painters*”, 16 de fevereiro de 2015, <https://newatlas.com/creative-ai-algorithmic-art-painting-fool-aaron/36106/>.

Outros sistemas de IA, ainda no domínio das artes visuais, dedicam-se especificamente ao retratismo. Entre eles contam-se o Generated Photos – um sistema alimentado com 30 000 fotografias de pessoas humanas que, de forma autónoma, mas com base nas lições extraídas dessa amostra diversificada em termos raciais, etários e fisionómicos, produziu 100 000 retratos altamente realistas – e o AI Portraits Ars – um sistema que transforma retratos fotográficos reais em pinturas de diferentes estilos.



Retratos produzidos pelo sistema Generated Photos



Transformação de um retrato fotográfico do ator Jack Nicholson em pintura renascentista, executada pelo sistema AI Portraits Ars

O Flow Machines é um outro projeto – desta feita, no domínio da música – que tem merecido considerável atenção académica e mediática. Desenvolvido por cientistas de computação dos laboratórios da Sony, o sistema compôs uma canção, a que foi dada o título *Daddy's Car*, notória

e declaradamente inspirada no estilo da icónica banda de Liverpool *The Beatles*⁷.

Também o sector do jornalismo tem testemunhado a capacidade criativa dos sistemas de IA. A Associated Press foi pioneira neste campo, fazendo uso da ferramenta Automated Insights para gerar artigos noticiosos sobre temas que não exigem esforço de investigação ou análise crítica particularmente apurados. Veja-se, a título de exemplo, a seguinte lide de um artigo sobre um jogo de Minor League Baseball que opôs os New Hampshire Fisher Cats aos Portland Sea Dogs: “*Jonathan Davis hit for the cycle, as the New Hampshire Fisher Cats topped the Portland Sea Dogs 10-3 on Tuesday.*”⁸

A simples observação destas obras, por atenta que seja, não permite ao observador discernir a autoria algorítmica das mesmas. São, todas elas, obras que poderiam ter emergido da expressão intelectual de um ser humano. Obras em relação às quais o reconhecimento de proteção jusautoral não ofereceria dúvidas, não fosse o facto de a pessoa humana se encontrar mais ou menos distante da execução criativa.

E é justamente esse o assunto de que se ocupará este texto – o da suscetibilidade de proteção, pelo direito de autor, de obras criadas por sistemas de IA de modo relativamente autónomo^{9/10}. Trata-se, evidente-

⁷ A letra e a produção da canção ficaram a cargo do compositor francês BENOÎT CARRÉ. Sobre o projeto Flow Machines em maior detalhe, cfr. <https://www.flow-machines.com>.

⁸ Para mais exemplos de sistemas de IA com capacidade para a criação de obras literárias e artísticas, cfr., entre outros, RAMALHO (2017) e BONADIO & McDONAGH (2020). Com exemplos de sistemas que desafiam não apenas o direito de autor, mas também outros ramos da propriedade intelectual, cfr. IGLESIAS *et al.* (2019), pp. 12-13.

⁹ É possível enquadrar as posições doutrinárias expendidas a este respeito em dois grandes grupos: o dos que encaram com bons olhos o reconhecimento de proteção a obras criadas por sistemas informáticos, seja pela via do direito de autor seja pela via de direitos conexos ou de direitos *sui generis*, e o dos que a rejeitam. Subscrevendo a primeira (ainda que com posições distintas ao nível da titularidade dos direitos), cfr. SAMUELSON (1986); BRIDY (2012); DENICOLA (2016); GUADAMUZ (2017); HRISTOV (2017); RAMALHO (2017); PEARLMAN (2018); WHITE & MATULIONYTE (2019); e BONADIO & McDONAGH (2020). Adotando a segunda, cfr. GRIMMELMANN (2016); SOUSA E SILVA (2017); PERRY & MARGONI (2018); SCHÖNBERGER (2018); GERVAIS (2019); MEZEI (2020); e ALBERTO VIEIRA (2020).

¹⁰ Quando utilizados em conexão com obras literárias e artísticas, os sistemas de *machine learning* suscitam um conjunto de outras questões com relevância para o direito de autor. Duas dessas questões – com menor interesse especulativo do que aquela a que se dedica o texto, mas quiçá com implicações práticas mais urgentes – são a da licitude ou ilicitude da inclusão não autorizada de obras protegidas preexistentes nos *datasets*

mente, de tema que obriga a uma reflexão sobre os fundamentos e fins últimos deste ramo do direito e cujo cabal tratamento, como tal, exigiria uma obra de fôlego monográfico¹¹. O presente artigo a mais não aspira que oferecer primeiras reflexões sobre a temática, ensaiando, nas breves páginas que se seguem, uma aproximação a uma resposta.

Para o efeito, o artigo desdobrar-se-á na análise de duas questões inter-relacionadas: (i) a de saber se, à luz dos requisitos de proteção vigentes, em particular na União Europeia (UE), as obras criadas por tais sistemas *são* protegidas e, como não poderia deixar de ser, (ii) se, da perspetiva do direito a constituir, o *devem ser*.

2. Perspetiva de direito constituído

A análise do tema *de jure condito* obriga a algumas considerações prévias sobre os requisitos a que obedece a atribuição da proteção do direito de autor. Cumpre averiguar, em particular, o significado daquele que se apresenta como o requisito primordial para que uma obra literária e artística seja protegida: a sua originalidade.

O conceito, como é bom de ver, reveste-se de assinalável vaguidade, escasseando, nos tratados internacionais de direito de autor, dados normativos que o tornem mais preciso. É do labor doutrinário e jurisprudencial que têm emergido os contornos essenciais do requisito da originalidade. Tem-se exigido, por um lado, que a obra constitua uma criação independente, não podendo, para tanto, reproduzir uma obra preexistente. Por outro, é entendimento unânime que a novidade não constitui requisito de proteção, ao contrário do que se verifica noutros ramos do direito da propriedade intelectual, e tampouco o mérito estético, artístico ou literário (pelo menos para a generalidade das obras)¹², o que permite a

usados para treinar os sistemas e a da eficácia da chamada “tutela algorítmica” dos direitos de autor.

¹¹ Conforme reconhecido pela própria Organização Mundial da Propriedade Intelectual, em documento de síntese sobre os temas que se situam na intersecção entre a propriedade intelectual e a IA: “*The policy positions adopted in relation to the attribution of copyright to AI-generated works will go to the heart of the social purpose for which the copyright system exists*” – WIPO (2020), p. 7.

¹² Cfr., por exemplo, as Conclusões da Advogada-Geral no caso *Painer* (C-145/10), §123 [“Não se exige [...] uma determinada qualidade artística ou novidade. Também o objetivo da criação bem como o esforço e os custos são irrelevantes”]. Entre nós, o artigo 2.º, n.º 1, do Código de Direito de Autor e dos Direitos Conexos indica que podem ser protegidas “[a]s criações intelectuais do domínio literário, científico e artístico, quaisquer

obras frívolas e sofríveis aceder à tutela dos direitos de autor. Contudo, e para além destes aspetos relativamente consensuais, o requisito tem sido construído de maneira díspar ao longo do tempo e em diferentes ordenamentos jurídicos¹³.

Na UE, quatro das diretivas que integram o extenso acervo legislativo em matéria de direito de autor fazem referência ao conceito de “originalidade”: as Diretivas sobre programas de computador (artigo 1.º, n.º 3), sobre o prazo de proteção (artigo 6.º e considerando 16), sobre bases de dados (artigo 3.º, n.º 1) e sobre o mercado único digital (artigo 14.º). A fórmula utilizada para definir originalidade é idêntica em todas elas: a obra é original se for o “resultado da criação intelectual própria do respetivo autor”, com a Diretiva sobre o prazo de proteção a acrescentar, no que toca às obras fotográficas, que estas devem refletir a “personalidade” do autor.

A fórmula da “criação intelectual própria do autor” tem vindo a ser densificada pelo Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE ou Tribunal), que, numa sucessão de acórdãos proferidos no âmbito de processos de reenvio prejudicial, desenvolveu um conjunto de subcritérios destinados a torná-la mais palpável.

O primeiro marco deste caminho jurisprudencial, que alguns têm qualificado de ativista¹⁴, foi o acórdão *Infopaq I*, em que o TJUE estendeu a fórmula “criação intelectual própria do autor” a todas as categorias de obras literárias e artísticas abrangidas pela Diretiva Sociedade de

que sejam o género, a forma de expressão, o mérito, o modo de comunicação e o objetivo”. A questão reveste-se de maior complexidade no caso de obras de arte aplicada, dada a possível sobreposição entre a proteção conferida pelo direito de autor e pelo direito de desenhos ou modelos. A este respeito, e no interesse da brevidade, refira-se apenas que o TJUE determinou, no acórdão *Cofemel* (C-683/17), que o requisito da originalidade deve ser entendido de modo uniforme em relação a todas as obras suscetíveis de proteção pelo direito de autor, incluindo as obras de arte aplicada, recusando a integração do “valor estético ou artístico” no leque de requisitos relevantes.

¹³ JUDGE & GERVAIS (2009) identificam quatro concepções de originalidade diferentes: (i) o teste mais exigente da “criação intelectual própria do autor”, prevalecente na Europa Continental e seguido pelo legislador da UE; (ii) o teste adotado pelo Supremo Tribunal dos Estados Unidos, segundo o qual bastará um mínimo de criatividade (“*a modicum of creativity*”); (iii) o critério canadiano do exercício “não mecânico” e “não trivial” de perícia e discernimento; e, por fim, (iv) o tradicional e aparentemente menos exigente teste do “*skill and labour*” do Reino Unido, que inspirou outros países do sistema *common law*. Para jurisprudência ilustrativa destas concepções, cfr. RENDAS & SOUSA E SILVA (2019), pp. 21-43 (com referências bibliográficas adicionais).

¹⁴ Cfr., entre outros, HUGENHOLTZ (2013), pp. 513-516.

Informação, elevando-a assim a requisito *geral* de proteção¹⁵. No respeitante a artigos de imprensa – o tipo de obras em questão no processo principal –, esclareceu o Tribunal que é “através da escolha, da disposição e da combinação d[e] palavras que é permitido ao autor exprimir o seu espírito criador de modo original e chegar a um resultado que constitui uma criação intelectual”¹⁶.

O passo seguinte foi dado nos acórdãos *Premier League e Painer*. No primeiro, o Tribunal sugeriu que a existência de uma “margem de liberdade criativa” é elemento essencial ao preenchimento do requisito da originalidade, ao concluir que os jogos de futebol não podem ser considerados como obras suscetíveis de proteção, por serem enquadrados por regras que suprimem tal liberdade (uma conclusão que qualquer amante do desporto-rei não pode deixar de considerar duvidosa...) ¹⁷. A ideia foi confirmada no acórdão *Painer*, que versava, no que interessa ao presente artigo, sobre a questão de saber se um retrato fotográfico pode ser protegido pelo direito de autor, atendendo às possibilidades de criação artística alegadamente limitadas que tal técnica oferece¹⁸. Um retrato fotográfico será original, disse o Tribunal, se o autor tiver podido exprimir a sua capacidade criativa através da realização de “escolhas livres e criativas”¹⁹. Ora, o autor de um retrato pode exercer essa liberdade de diversas maneiras e em diferentes fases do processo de criação da sua obra, v.g. através da escolha do pano de fundo, da iluminação, do ângulo de captação da fotografia e da aplicação de técnicas de pós-produção²⁰. Este rol de escolhas permite ao autor de um retrato “imprimir o seu ‘toque pessoal’ à obra criada”²¹. Assim, tendo em conta que a margem de liberdade ao dispor do autor deste tipo de obras não é reduzida, concluiu o Tribunal que estas podem aceder à proteção conferida pelo direito de autor²². Mais recentemente, mas na mesma linha, o Tribunal veio asseverar que, para que uma obra seja considerada original na aceção do direito de autor,

¹⁵ Cfr. TJUE, *Infopaq I* (C-5/08), §§36-37. A conclusão foi confirmada, posteriormente, no acórdão BSA (C-393/09), §45.

¹⁶ TJUE, *Infopaq I* (C-5/08), §45.

¹⁷ Cfr. TJUE, *Premier League* (C-403/08 e C-429/08), §§97-99.

¹⁸ Cfr. TJUE, *Painer* (C-145/10), §86.

¹⁹ TJUE, *Painer* (C-145/10), §89 (citando, *a contrario*, o acórdão *Premier League*).

²⁰ Cfr. TJUE, *Painer* (C-145/10), §§90-91.

²¹ TJUE, *Painer* (C-145/10), §92.

²² Cfr. TJUE, *Painer* (C-145/08), §§93-94.

“é simultaneamente necessário e suficiente que reflita a personalidade do seu autor, manifestando as escolhas livres e criativas deste último”²³.

Pela negativa, tem o Tribunal extraído do requisito da “margem de liberdade criativa” que, quando a criação de uma obra tiver sido ditada por considerações técnicas, regras ou outras limitações que inviabilizem a realização de verdadeiras escolhas criativas, a obra carecerá da originalidade necessária à obtenção de proteção²⁴. Em contrapartida, se as limitações de ordem técnica eventualmente existentes não impedirem o autor de refletir a sua personalidade na obra, a conclusão deverá ser a oposta²⁵.

Da fórmula genérica “criação intelectual do próprio autor” e do conjunto de subcritérios densificadores desenvolvidos pelo TJUE – em particular, das referências às “escolhas livres e criativas”, ao “toque pessoal” do autor e à sua “personalidade” – parece resultar que o conceito de originalidade atualmente vigente pressupõe o envolvimento de um ser humano no processo de criação²⁶. O preenchimento do conceito, tal como o entende o TJUE, depende da existência de um juízo subjetivo e ineliminavelmente humano acerca da expressão da obra. Neste sentido, não pode deixar de considerar-se significativa a posição adotada pela Advogada-Geral (AG) VERICA TRSTENJAK, nas conclusões que apresentou

²³ Cfr. TJUE, *Cofemel* (C-683/17), §30, e TJUE, *Brompton Bicycle* (C-833/18), §23. Em sentido idêntico, TJUE, *Renckhoff* (C-161/17), §14.

²⁴ Cfr. TJUE, *Football Dataco* (C-604/10), §39.

²⁵ Cfr. TJUE, *Brompton Bicycle* (C-833/18), §§24-26.

²⁶ Chega-se a semelhante conclusão quando se encara a questão da perspetiva do direito norte-americano. No caso *Feist Publications, Inc. v. Rural Telephone Service Co.*, 499 U.S. 340 (1991), o Supremo Tribunal dos Estados Unidos, embora sem definir o conceito de “originalidade”, disse que o seu preenchimento se encontra dependente da existência de uma “fáscia criativa” (*creative spark*), por humilde e óbvia que seja. O Tribunal citou ainda, neste contexto, o acórdão *Burrow-Giles Lithographic Co. v. Sarony*, 111 U.S. 53 (1884), sobre a suscetibilidade de proteção do icónico retrato n.º 18 de OSCAR WILDE, em que se disse que para a obra ser protegida tem de ter havido pensamento e conceção intelectual. Acresce a estes elementos jurisprudenciais o facto de no guia do U.S. Copyright Office – o instituto competente para o registo de obras literárias e artísticas – se recusar expressamente o registo de obras produzidas por máquinas ou meros processos mecânicos que operam aleatória ou automaticamente sem qualquer intervenção ou contributo criativo da parte de um autor humano – Compendium of U.S. Copyright Office Practices, Capítulo 300, Secção 313.2. Analisando o tema da perspetiva do direito australiano, cfr. WHITE & MATULIONYTE (2019). Do ponto de vista do direito chinês, examinando jurisprudência recente (e, tanto quanto se sabe, inédita) sobre esta problemática, cfr. CHEN (2019).

no caso *Painer*: se, para o reconhecimento de proteção jusautorál, é requisito essencial a existência de uma criação intelectual própria do autor que reflita a sua personalidade, será apenas suscetível de proteção “o resultado da criação humana”²⁷.

Regressando à questão de que se ocupa o presente artigo, os sistemas de IA afiguram-se não apenas destituídos de personalidade, como também, pelo menos atualmente, incapazes de fazer escolhas que extravasem os constrangimentos impostos pela forma como foram programados. Ainda que dotados de capacidade de aprendizagem, estes sistemas, sujeitos que estão a limitações técnicas de ordem variada (decorrentes, desde logo, da extensão e diversidade do conjunto de dados com que foram alimentados e das funções que foram programados para executar), não realizam, nem podem realizar, escolhas verdadeiramente livres²⁸.

Isto dito, do pressuposto da intervenção humana em que assenta o conceito de “originalidade” no direito de autor da UE não parece poder retirar-se uma qualquer exigência de exclusividade dessa intervenção. Ou seja, o requisito da originalidade não comporta a ideia de que é indispensável que seja o ser humano a fazer *todas* as escolhas ou que controle *todas* as variáveis do processo criativo. Afinal, basta que ao autor (humano) se apresentem “suficientes possibilidades de configuração” da obra, mesmo quando alguns dos seus aspetos não são por ele determinados²⁹. Aquilo que se impõe, enfim, é que as escolhas feitas pelo autor, independentemente da fase em que aconteçam e da sua extensão, lhe permitam imprimir o seu “toque pessoal” na obra.

Se assim é – ou seja, se se exige o exercício de liberdade criativa por parte de seres humanos, sem necessidade de total controlo sobre a obra –, a resposta à questão de saber se uma obra gerada por um sistema de IA é

²⁷ Conclusões da AG, *Painer* (C-145/10), §§120-121 (itálico acrescentado).

²⁸ Dir-se-á que também os seres humanos estão sujeitos a limitações várias no processo criativo, relacionadas, por exemplo, com as convenções do género literário e artístico em que a obra se inscreve. Tais limitações, todavia, não são inelutáveis, sendo não raro autoimpostas ou tacitamente aceites.

²⁹ Conclusões da AG, *Painer* (C-145/10), §124 (“Ainda que o objeto essencial de tal fotografia, que consiste na pessoa do retratado, já esteja determinado, restam ao fotógrafo suficientes possibilidades de configuração. O fotógrafo pode designadamente determinar, entre outras coisas, o ângulo, a posição e a expressão do rosto do retratado, o cenário, a nitidez bem como a luz e a iluminação”). A AG acrescentou ainda que pode existir criação humana mesmo “quando a pessoa se serve de um recurso técnico como um aparelho de fotografia” (§121). Cfr., em sentido semelhante, HEDRICK (2019), p. 365 (“*To claim copyright, control over a work must be sufficient, but not complete*”).

protegida à luz do critério de originalidade vigente dependerá do concreto grau de envolvimento de seres humanos na criação e, especificamente, da medida em que as escolhas por eles realizadas tenha influenciado o resultado final. Exige-se, pois, um exame atento das circunstâncias em que a obra foi concebida e do funcionamento do sistema que a executou. Numa palavra, a análise é inevitavelmente *casuística*.

Casos haverá em que o contributo do ser humano é decisivo para a expressão final da obra, não obstante a exata composição ter sido determinada pelo sistema informático utilizado³⁰. Noutras casos, situados no polo oposto do espectro de autonomia deste tipo de sistemas, as escolhas feitas pelos seres humanos intervenientes não parecem conhecer eco direto na obra criada. Pensa-se, aqui, em casos em que o utilizador de um sistema se limita a premir um botão que, uma vez acionado, conduzirá à criação de uma obra musical³¹, ou a inserir uma palavra a partir da qual

³⁰ Servem de exemplo as obras geradas pelo Deep Dream Generator, um sistema que usa uma rede neural artificial para descobrir e realçar padrões em imagens, com base em estilos de outras imagens, dando-lhes uma aparência alucinogénica. O utilizador do sistema carrega a imagem que deseja ver transformada e escolhe o estilo que pretende que a imagem adote. Muito embora seja o sistema a decidir que aspetos da imagem devem ser modificados, as escolhas feitas pelo utilizador parecem ver-se diretamente refletidas no derradeiro produto criativo. Na verdade, este não aparenta ser muito diferente daquele que resulta da aplicação dos filtros disponibilizados pelas mais populares redes sociais às fotografias dos seus utilizadores. O contributo deste sistema de IA em particular está mais próximo do de uma mera ferramenta, o que milita no sentido do reconhecimento de proteção à obra.

Já num caso como o do conhecido e amplamente debatido *The Next Rembrandt* – um retrato criado com o auxílio de um sistema de IA, que analisou as 346 pinturas de Rembrandt, aprendeu as suas técnicas e gerou feições para um novo retrato –, a resposta não se afigura tão clara. Ao que se sabe, terá havido um grau de supervisão significativo da parte da equipa de engenheiros, cientistas da computação e historiadores de arte que coordenou o projeto. Parece ter sido essa equipa que determinou que o retrato seria o de um homem caucasiano, com pelo facial, de entre 30 a 40 anos, usando vestes pretas com um colarinho branco e um chapéu, e virado para o lado direito, muito embora cada um desses elementos tenha sido concebido e executado pelo sistema. Serão estas escolhas suficientes para a atribuição de proteção jusautorai?

³¹ É o caso do sistema Wolfram Tones, disponível na página <https://tones.wolfram.com/>. O sistema permite ao utilizador escolher o género musical, ou simplesmente conformar-se com o género selecionado por defeito, e premir um botão, gerando, desta forma, uma composição musical. Num caso como este, não parece que as opções de nenhum dos intervenientes humanos – nem as do utilizador, que pouco ou nada mais fez do que carregar num botão, nem as do programador, que dificilmente verá refletido o seu toque pessoal em qualquer composição concreta – determinem a expressão que a

o sistema cria um poema³². À luz do requisito europeu de originalidade, não poderá reconhecer-se proteção de direito de autor às obras geradas por sistemas deste tipo, uma vez que as escolhas feitas pelos intervenientes humanos no decurso do processo criativo não foram de molde a decidir a expressão concreta que a obra veio a assumir e a imprimir qualquer marca pessoal na mesma. A obra deverá, como tal, entender-se como não protegida, residindo no domínio público.

Em suma, a questão fundamental – cuja resposta, sublinhe-se, só pode ser procurada caso a caso – é a de saber a partir de que ponto é que o “nexo causal” entre as escolhas dos seres humanos intervenientes e a expressão da obra é quebrado pela interposição da inteligência artificial³³.

3. Perspetiva de direito a constituir

Não obstante o que até agora se disse, não parece faltar quem entenda que deve dar-se resposta afirmativa à questão de saber se as obras geradas por sistemas de IA *devem* ser protegidas.

No início de 2017, a Comissão de Assuntos Jurídicos do Parlamento Europeu recomendou à Comissão Europeia, de forma acrítica e sem nada que se assemelhasse a um argumento, que criasse critérios para a atribuição de proteção jusautorala a criações intelectuais desenvolvidas por computadores e robôs³⁴. A mesma comissão parlamentar, desta feita já em 2020, num projeto de relatório que teve como relator o deputado francês STÉPHANE SÉJOURNÉ, entendeu que “deve ser considerada a

obra musical vem a assumir. A pretensão do programador não é muito diferente daquela que teria um fabricante de máquinas fotográficas em relação às fotografias captadas pelos consumidores com recurso às máquinas por ele produzidas. Quanto ao utilizador, nem se diga que a escolha do género musical – que, como é sabido, não pode, por si só, ser objeto de proteção jusautorala – é suficiente para lhe valer a atribuição de direitos. A questão tornar-se-ia mais difícil se o utilizador fizesse uso da possibilidade, que lhe é conferida pelo sistema, de definir ativamente aspetos vários da composição, como o tempo musical ou os instrumentos utilizados. Numa situação desse tipo, a obra poderia considerar-se protegida, mas sempre dependendo do quão determinante tiver sido o contributo humano.

³² Como o sistema Poem Portraits, desenvolvido por ES DEVLIN em colaboração com o Google Arts & Culture Lab – cfr. <https://artsexperiments.withgoogle.com/poemporraits>.

³³ Cf. GERVAIS (2019), pp. 19-20.

³⁴ Cfr. Relatório que contém recomendações à Comissão sobre disposições de Direito Civil sobre Robótica [2015/2103(INL)], 27 de janeiro de 2017, p. 30, disponível em https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2017-0005_PT.pdf.

proteção das criações técnicas e artísticas geradas pela IA, tendo em vista incentivar esta forma de criação” e ainda que “certas obras geradas por IA podem ser equiparadas a obras de espírito e [...], por conseguinte, poderiam ser protegidas pelos direitos de autor”^{35/36}.

Esta visão, no entanto, parece ser inconciliável com traços sistemáticos fundamentais do direito de autor e com as próprias teorias de justificação deste ramo do direito³⁷.

³⁵ Cfr. Projeto de Relatório sobre os direitos de propriedade intelectual para o desenvolvimento de tecnologias ligadas à inteligência artificial [2020/2015(INI)], 24 de abril de 2020, p. 7, disponível em https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/JURI-PR-650527_PT.pdf.

³⁶ Muito antes destas proclamações, já alguns ordenamentos nacionais – designadamente, o do Reino Unido e outros nele inspirados, como a Irlanda, a Nova Zelândia e a Índia – haviam consagrado regimes especiais para as obras geradas por computador. Estas obras surgem definidas, na secção 178 do *UK Copyright, Designs and Patents Act 1988*, como “obras criadas por computador em circunstâncias tais que não existe um autor humano da obra”, sendo-lhes atribuída proteção (de carácter patrimonial, não moral), pelo prazo de 50 anos a contar da data da respetiva criação (secção 12, n.º 7). O titular dos direitos é “a pessoa que tomou as providências necessárias à criação da obra” (secção 9, n.º 3), que, no caso de obras criadas por sistemas de *machine learning*, pode ser o programador do sistema, a pessoa que selecionou os dados e que com eles alimentou o programa, o utilizador, ou uma combinação de todos estes intervenientes. A resposta dependerá essencialmente da interpretação que seja feita da expressão “providências necessárias” (*necessary arrangements*), que poderá corresponder ao desenvolvimento do programa, à iniciativa de criar a obra, à proximidade com o ato final de criação, entre outros. É escassa a jurisprudência nesta matéria, destacando-se o acórdão proferido no caso *Nova Productions Ltd. v. Mazooma Games Ltd. & Ors* (2007), EWCA Civ. 219, em que o tribunal determinou que capturas de ecrã de momentos de um videojogo são obras criadas por computador e que o titular dos direitos sobre as mesmas é o programador e não o jogador, já que o contributo deste último não é de natureza artística, nem ele tomou qualquer providência relevante para a criação da imagem. Nas palavras do tribunal, “[a]ll he has done is to play the game”. Alguma doutrina tem vindo a sugerir que este é um regime em que outros ordenamentos poderiam ou deveriam inspirar-se – cfr. BRIDY (2012); GUADAMUZ (2017); e WHITE & MATULIONYTE (2019). Outros Autores, nomeadamente RAMALHO (2017) e BENTLY (2018), discordam, com fundamento, *inter alia*, na incerteza jurídica gerada por este regime e na sua incompatibilidade com o direito de autor da UE.

³⁷ Tal contradição poderia ser evitada se a estas obras fosse reconhecida proteção pela via dos direitos conexos – direitos distintos, embora afins, dos direitos de autor, que têm como objeto atividades ou prestações relacionadas com o processo criativo, tais como a radiodifusão e a produção de fonogramas ou videogramas, mas que não se revestem do grau de originalidade necessário à atribuição de direitos de autor *proprio sensu*. A justificação para a generalidade dos direitos conexos reside na proteção do (e incentivo ao) investimento daqueles que se dedicam a essas atividades. Poderia conceber-se um direito conexo sobre obras criadas por sistemas de IA, a ser atribuído, em princípio,

Quanto aos primeiros, para além do requisito da originalidade, outros elementos normativos comuns à generalidade dos ordenamentos demonstram que o direito de autor assenta no pressuposto da autoria humana. Entre tais elementos, descobre-se o prazo geral de proteção, que está ligado à vida do autor, cifrando-se hoje em dia, entre nós, em 70 anos *post mortem auctoris*, assim como o reconhecimento ao autor de direitos que se destinam a tutelar a especial ligação pessoal que existe entre ele e a sua obra – os chamados “direitos morais”. Atribuir proteção a obras não resultantes da atividade intelectual de seres humanos implicaria contrariar este pressuposto basilar do direito de autor e, necessariamente, todo o seu plano sistemático.

Em segundo lugar, as teorias de justificação clássicas do direito de autor – um conjunto de teorias que visam fundamentar a atribuição de direitos de exclusivo sobre obras literárias e artísticas – apontam na mesma direção. Nenhuma destas justificações permite explicar com um mínimo de coerência o reconhecimento de proteção a obras geradas puramente por sistemas de IA.

Por um lado, as teorias que maior influência tiveram na formação do direito de autor de matriz continental, inspiradas no pensamento de LOCKE, KANT e HEGEL, veem no direito de exclusivo um direito natural do autor, seja porque a sua personalidade se encontra vertida nas suas criações, devendo proteger-se esta ligação íntima entre autor e obra, seja porque as obras são o produto do suor criativo dos seus criadores, a quem cabe, por isso, uma justa recompensa. Ambas as versões da teoria partem do princípio de que existe uma relação estreita entre o autor e a obra. A primeira assenta na existência de uma personalidade e, como tal, de uma *pessoa humana*. Que sentido faria proteger a obra como extensão de uma personalidade criativa que, na verdade, não existe? A segunda assenta numa ideia de esforço e labor que, até ver, são estranhos aos sistemas informáticos. Que sentido faria recompensar-se um esforço criador que, na verdade, não foi despendido?

aos produtores desses sistemas. Dir-se-ia, contudo, em jeito de contra-argumentação, que o incentivo decorrente da titularidade de direitos sobre o programa de computador que cria a obra já confere estímulo bastante ao criador do programa. Em qualquer caso, há outras alternativas para a tutela destas criações: como bem nota SOUSA E SILVA (2017), pp. 536-537, “[n]o caso de bens imateriais valiosos obtidos com recurso a inteligência artificial que não sejam tutelados por direitos de propriedade intelectual, haverá ainda que ponderar a aplicação do instituto da concorrência desleal, seja na modalidade de atos de aproveitamento seja em relação aos segredos de negócio”.

Já de acordo com as teorias utilitaristas, de inspiração sobretudo benthamiana, o investimento necessário à criação intelectual carece de um incentivo, sob pena de não se vir a concretizar e de a sociedade se ver privada de obras criativas que contribuem para o bem-estar e progresso social. Esse incentivo reside na exclusividade do controlo sobre a obra, que confere ao criador a possibilidade de retirar do mercado a remuneração do investimento que realizou. Sucede, porém, que os sistemas de IA não necessitam de qualquer incentivo para criar, desde logo por não serem providos de consciência (além de não disporem dos meios para usufruir dos benefícios patrimoniais que podem advir da concessão do exclusivo).

Compulsando os fundamentos teóricos do direito de autor e os elementos sistemáticos acima referidos, não parece que possa haver dúvidas de que o referencial humanista deste ramo do Direito obsta à atribuição de proteção a obras criadas autonomamente por sistemas de IA. Estas obras, não obstante a valia estética que se lhes possa reconhecer, não são ontologicamente comparáveis ao fenómeno da criatividade humana. A criatividade humana não se resume à realização de cálculos e identificação de padrões, e à subsequente produção de obras com base nesses processos. É um fenómeno que pressupõe a existência de autoconsciência e de emoções – qualidades de que os sistemas de IA não são dotados e que são indispensáveis à capacidade de atribuição de significado à realidade em que operam e às obras que criam³⁸. Uma rede neural artificial, se treinada para o efeito, poderá conseguir gerar um retrato humano ou perceber que palavras deve colocar a seguir às outras para formar uma frase gramaticalmente correta. Mas não é capaz de atribuir-lhes verdadeiro e próprio *sentido*. Pouco importa, assim, que a obra criada por um sistema de IA seja de elevado mérito artístico, ao passo que a do ser humano se apresenta medíocre. Esta, ao contrário daquela, resulta de uma experiência verdadeiramente humana. E são os produtos desse tipo de experiência – e apenas esses – que interessam ao direito de autor.

³⁸ Nas palavras de SOUSA ANTUNES (2020), p. 12, “se aqueles estados [as emoções], profundamente humanos, forem, na sua essência, replicáveis, faltará [aos sistemas de IA], no entanto, o sinal distintivo da vivência que o reconhecimento da semelhança concede, a faculdade de olhar para os outros como para nós próprios”.

Bibliografia

- ALBERTO VIEIRA, José, “Inteligência Artificial e Direito de Autor” in *Inteligência Artificial & Direito*, Manuel Lopes Rocha & Rui Soares Pereira (coord.), Almedina, 2020, pp. 125-135.
- ARAÚJO, Fernando, “Inteligência Artificial e Possibilidades de Emulação do Raciocínio Jurídico” in *Inteligência Artificial & Direito*, Manuel Lopes Rocha & Rui Soares Pereira (coord.), Almedina, 2020, pp. 37-50.
- BENTLY, Lionel, “The UK’s provisions on computer generated works: a solution for AI creations?”, *ECS International Conference: EU copyright, quo vadis? From the EU copyright package to the challenges of Artificial Intelligence*, 2018.
- BRIDY, Annemarie, “Coding Creativity: Copyright and the Artificially Intelligent Author”, *Stanford Technology Law Review*, Vol. 5, 2012, pp. 1-28.
- BONADIO, Enrico & McDONAGH, Luke, “Artificial Intelligence as Producer and Consumer of Copyright Works: Evaluating the Consequences of Algorithmic Creativity”, *Intellectual Property Quarterly*, n.º 2, 2020, pp. 112-137.
- CHEN, Ming, “Beijing Internet Court denies copyright to works created solely by artificial intelligence”, *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, Vol. 14, 2019, pp. 593-594.
- COPELAND, Jack, “What is Artificial Intelligence?”, AlanTuring.net
- DENICOLA, Robert, “Ex Machina: Copyright Protection for Computer-Generated Works”, *Rutgers University Law Review*, Vol. 69, 2016, pp. 251-287.
- GERVAIS, Daniel, “The Machine as Author”, *Vanderbilt Law Research Paper no. 19/35*, 2019.
- GRIMMELMANN, James, “There’s no Such Thing as a Computer-Authored Work – And it’s a Good Thing, Too”, *Columbia Journal of Law & the Arts*, Vol. 39, 2016, pp. 403-416.
- GUADAMUZ, Andres, “Artificial Intelligence and Copyright”, *WIPO Magazine*, 2017.
- HEDRICK, Samantha Fink, “I ‘think’, therefore I create: Claiming copyright in the outputs of algorithms”, *New York University Journal of Intellectual Property and Entertainment Law*, Vol. 8, 2019, pp. 324-375.
- HRISTOV, Kalin, “Artificial Intelligence and the Copyright Dilemma”, *IDEA: The IP Law Review*, Vol. 57, 2017, pp. 431-454.
- HUGENHOLTZ, P. Bernt, “Copyright in Europe: Twenty Years Ago, Today and What the Future Holds”, *Fordham Intellectual Property, Media and Entertainment Law Journal*, Vol. 23, 2013, pp. 503-524.
- IGLESIAS, Maria, SHAMUILIA, Sharon & ANDERBERG, Amanda, “Intellectual Property and Artificial Intelligence: A literature review”, EUR 30017 EN, Publications Office of the European Union, Luxemburgo, 2019.
- JUDGE, Elizabeth F., & GERVAIS, Daniel, “Of Silos and Constellations: Comparing Notions of Originality in Copyright Law”, *Cardozo Arts & Entertainment Law Journal*, Vol. 27, 2010, pp. 375-408.
- LOPES ROCHA, Manuel, & SOARES PEREIRA, Rui (coord.), *Inteligência Artificial & Direito*, Almedina, 2020.

- MEZEI, Peter, “From Leonardo to the Next Rembrandt – The Need for AI Pessimism in the Age of Algorithms”, SSRN, 2020.
- PEARLMAN, Russ, “Recognising Artificial Intelligence (AI) as Authors and Inventors under U.S. Intellectual Property Law”, *Richmond Journal of Law & Technology*, Vol. 24, 2018, pp. 1-38.
- PERRY, Mark, & MARGONI, Thomas, “From Music Tracks to Google Maps: Who Owns Computer-generated Works?”, *Computer Law & Security Report*, Vol. 26, 2010, pp. 621-629.
- RAMALHO, Ana, “Will robots rule the (artistic) world? A proposed model for the legal status of creations by artificial intelligence systems”, *Journal of Internet Law*, Vol. 21, 2017, pp. 12-25.
- RENDAS, Tito, & SOUSA E SILVA, Nuno, *Direito de Autor nos Tribunais*, 2.^a ed., Universidade Católica Editora, 2019.
- SAMUELSON, Pamela, “Allocating Ownership Rights in Computer-Generated Works”, *University of Pittsburgh Law Review*, Vol. 47, 1985, pp. 1185-1228.
- SCHÖNBERGER, Daniel, “Deep Copyright: Up- and Downstream Questions Related to Artificial Intelligence (AI) and Machine Learning (ML)” in *Droit d’auteur 4.0 / Copyright 4.0*, Jacques de Werra (coord.), Schulthess Editions Romandes, 2018, pp. 145-173.
- SOUSA ANTUNES, Henrique, *Direito e Inteligência Artificial*, Universidade Católica Editora, 2020.
- SOUSA E SILVA, Nuno, “Direito e Robótica: uma primeira aproximação”, *Revista da Ordem dos Advogados*, 2017, pp. 487-553.
- WHITE, Courtney, & MATULIONYTE, Rita, “Artificial Intelligence Painting the Bigger Picture for Copyright Ownership”, SSRN, 2019.
- WIPO, *Revised Issues Paper on Intellectual Property Policy and Artificial Intelligence*, WIPO/IP/AI/2/GE/20/1 Rev., 21 de maio de 2020.

Comentário à intervenção e texto de TITO RENDAS, “Da suscetibilidade de proteção jusautorai de obras geradas por sistemas de inteligência artificial”¹

NUNO SOUSA E SILVA*

Nos últimos cinco anos, fruto da evolução tecnológica e atenção mediática, os juristas têm prestado mais atenção às intersecções entre o Direito e a Inteligência Artificial (“IA”). É um domínio complexo, fascinante, que faz palpitar o músculo filosófico. Entre os vários ramos do Direito convocados, a Propriedade Intelectual será daqueles em que as intersecções são mais vastas e mais antigas².

Na verdade, já em 1969 se discutia se um computador poderia ser inventor ou autor. E assinalava-se: “The story of the computer is made the more fascinating if we realize, at the outset, that it is the nature of thought itself with which we are dealing. Slowly, and perhaps not inexorably, the technology of the computer has moved forward toward a single goal: to make a machine behave ‘intelligently’”³. No entanto, como apontado no texto sob comentário, o atual estado da técnica permite que estas criações sejam “artisticamente melhores” e mais disseminadas⁴. Também por isso a discussão de que o texto de TITO RENDAS se ocupa

* Professor Auxiliar Convidado na Escola de Direito do Porto da Universidade Católica Portuguesa.

¹ Agradeço, sensibilizado, o convite para comentar a intervenção do meu colega e amigo TITO RENDAS, com quem faço sempre gosto de colaborar. Reduzo aqui a escrito uma breve reflexão que na altura partilhei com o Autor e com uma audiência interessada e participativa.

² CASTETS-RENARD (2020).

³ MILDE JR. (1969), p. 382.

⁴ Ainda que o mérito da criação seja irrelevante para o direito de autor, este não deixa de ser relevante do ponto de vista económico. Uma composição terrível e uma composição excelente são ambas obras musicais, iguais para o direito de autor, mas diferentes para o mercado e para os meios artísticos.

– saber se criações geradas por IA gozam e/ou devem gozar de proteção jusautorais – tem animado a doutrina mais recente⁵.

Na primeira parte do seu texto – “Perspetiva de direito constituído” –, TITO RENDAS centra a análise no “requisito primordial para que uma obra literária e artística seja protegida: a sua originalidade”, apoiando-se na interpretação (modulação) que tem sido feita pelo Tribunal de Justiça a este propósito. Aponta que “o conceito de originalidade atualmente vigente pressupõe o envolvimento de um ser humano no processo de criação” e, portanto, saber se uma obra gerada por um sistema de IA goza ou não de direito de autor “dependerá do concreto grau de envolvimento de seres humanos na criação e, especificamente, da medida em que as escolhas por eles realizadas tenha influenciado o resultado final”.

Em Direito, é frequente abordarmos problemas novos com base em metáforas e analogias⁶. Nessa linha, a criação de objetos culturais por agentes de IA, isto é, sem controlo humano direto, pode aproximar-se das criações feitas por animais (tais como pinturas elaboradas por elefantes ou símios, muitas certamente melhores do que eu conseguiria fazer), das obras criadas de forma inconsciente ou ainda das obras de arte aleatória (cfr. art. 16.º/2 do CDADC).

A meu ver, para que seja atribuído direito de autor tem de existir uma criação, intelectual, original e exteriorizada⁷. A referência ao carácter intelectual indicia que a obra tem necessariamente uma origem humana⁸. Assim, se escolhermos a primeira aproximação – as obras criadas por sistemas de IA seriam “como” as pinturas feitas por símios –, creio que se deverá negar a proteção⁹.

Outra perspetiva passa pela aproximação de fenómenos como *action painting*, *objets trouvés* (*ready-made*) ou a criação em estados de consciência alterada (hipnose, embriaguez ou estupor). Assim, alguém que

⁵ O tema tem atual e crescente interesse prático (por ter significado económico crescente). A questão coloca-se quanto a *software* (fala-se em *managed code*, *low-code* e *no-code*), mas também, p. ex., em relação a texto gerado automaticamente (como o editorial de 8 de setembro deste ano do jornal inglês *The Guardian*, escrito com recurso ao modelo de linguagem autorregressivo GPT-3 (desenvolvido pela Open AI) – <https://www.theguardian.com/commentisfree/2020/sep/08/robot-wrote-this-article-gpt-3>) ou peças de vestuário geradas automaticamente [cfr. KNIGHT (2017)].

⁶ SOUSA E SILVA (2015), p. 49.

⁷ SOUSA E SILVA (2020), p. 389.

⁸ Nesse sentido, p. ex., SÁ E MELLO (2016), p. 99, e DIAS PEREIRA (2001) p. 240.

⁹ Nessa abordagem nem me parece necessário tratar da questão da originalidade.

monte um sistema que gere um resultado (sons, cores, imagens) com base em acontecimentos fora do seu controlo (tal como o vento, o voo das aves ou o movimento de transeuntes ou automóveis numa rua) poderá gozar de direito de autor no resultado?

Creio que a resposta é afirmativa. A lei não exige um domínio completo dos meios ou processo de criação. A criação ocorre na disposição do sistema gerador e na possibilidade de seleccionar, compor/editar, aceitar ou rejeitar os resultados aleatoriamente produzidos. Nesse exemplo, a atividade criativa precede e sucede ao ato de geração do som, cor ou imagem— mas a apresentação do resultado como sendo “seu”, a adesão pessoal ao que a álea produziu basta para estarmos perante uma criação daquela pessoa, o autor¹⁰. Será que a situação descrita é diferente daquela em que alguém, através de um número vasto de escolhas, estabelece um sistema de IA com vista a produzir obras de arte ou literatura?¹¹

Quanto a esse ponto, TITO RENDAS sublinha precisamente que o ser humano não tem de controlar todas as variáveis do processo criativo e faz depender a protecção do objeto gerado do grau de envolvimento do criador humano, da intensidade do nexó entre a atuação e o resultado produzido. Nesse sentido, sublinha que a análise terá de ser casuística e conclui que nos casos em que o ser humano se limita a premir um botão, este não poderá ser considerado autor e a obra assim produzida não gozará de tutela jusautorál¹². Concordo. Sublinho ainda que a relevância das instruções ou orientações dependerá da sua natureza. Em obediência à dicotomia ideia-expressão (art. 1.º/2 do CDADC), dever-se-á entender

¹⁰ Isto aproxima-se do que diz o Tribunal de Justiça em relação à fotografia: “No estádio da fase preparatória, o autor poderá escolher o pano de fundo, a pose da pessoa a fotografar ou a iluminação. No momento em que tira o retrato fotográfico, poderá escolher o enquadramento, o ângulo de que deve ser tirado ou ainda a atmosfera criada. Por último, durante a revelação, o autor poderá escolher a técnica que deseja adotar de entre as diversas existentes, ou ainda, se for caso disso, utilizar aplicações informáticas. Através dessas diferentes escolhas, o autor de um retrato fotográfico pode, assim, imprimir o seu ‘toque pessoal’ à obra criada” (C-145/10, *Painer*, EU:C:2011:798, §§91-92).

¹¹ Lembre-se que muito recentemente o Tribunal de Justiça confirmou que a natureza técnica das escolhas não permite por si só afastar a tutela jusautorál. Em contrapartida, “No caso de a forma do produto ser *unicamente* ditada pela sua função técnica, o referido produto não estará abrangido pela protecção conferida por direito de autor” (C-833/18, *Brompton Bicycle*, EU:C:2020:461, §31) (itálico acrescentado).

¹² Assim também, i.a., GERVAIS (2020), p. 117, fala num limiar de autonomia que, uma vez ultrapassado, determina que a obra se considere gerada pelo sistema e não pelo seu utilizador.

que não basta uma determinação apenas no plano das ideias, o controlo humano do sistema tem de estar orientado para modular a expressão¹³.

Antevejo algumas dificuldades práticas na aplicação do critério proposto. Na maior parte dos casos não será possível ter conhecimento das concretas condições da criação. Por isso, bastará que quem invoque direito de autor sobre uma dada criação que reúna a aparência de criatividade necessária para se qualificar como obra, se apresente como seu criador para com grande probabilidade conseguir tutela. Mas isso já serão problemas de prova...

Também não tenho certeza que a análise desta questão se deva centrar no critério da originalidade. A meu ver o problema poderá residir não tanto na apreciação do objeto, isto é, saber se a criação feita por um sistema de IA apresenta certas características, mas sim no sujeito¹⁴. Sabemos que não há direitos sem sujeito. Ora, o principal problema destas criações estará precisamente na inexistência de (ou impossibilidade de identificar) autor.

É certo que o regime da obra coletiva – ainda que muito criticado – admite a titularidade inicial de direito de autor por parte de uma pessoa colectiva¹⁵. Para uns trata-se de titularidade originária, ou seja, a pessoa colectiva é efetivamente autor. Para outros trata-se antes de uma transmissão *ex lege*, que não belisca o princípio da autoria. Compreendo a primeira posição, na medida em que haverá certos projetos em que os participantes individuais não têm uma perspetiva de conjunto e funcionam essencialmente como “instrumentos” do criador, que pode bem ser a empresa, a estrutura organizativa e não uma única mente humana. No limite, esta ideia está associada à discussão em torno de saber se a consciência (ou a criatividade) é uma propriedade emergente¹⁶. O que, naturalmente, nos leva ao problema mais espinhoso do tratamento jurídico dos agentes de IA em face das características que estes possam apresentar ou desenvolver¹⁷. Em todo o caso, se não lhes for reconhecida personalidade jurídica não

¹³ Sendo certo que se trata de um *continuum* não deixa de ser mais próxima de modular a expressão uma instrução dada ao sistema para produzir “um *bolero* em ré menor com um compasso de 3/4” em vez de se pedir “uma música melancólica”.

¹⁴ Creio que a originalidade deve ser vista como um atributo da criação, ou seja, o que importa é se o imaterial *apresenta/aparenta* marcas de uma personalidade.

¹⁵ Cfr. i.a. ROUXINOL (2014) pp. 385 e ss.

¹⁶ Vide FEINBERG & MALAL (2020).

¹⁷ Cfr. SOUSA E SILVA (2017) pp. 505 e ss., discutindo a personalidade eletrónica e outras alternativas.

há forma de lhes atribuir direitos. Ou seja, voltamos à inadmissibilidade dos direitos sem sujeito.

Em suma, apesar de não acompanhar totalmente as linhas de raciocínio propostas, estou de acordo com a solução apresentada para o enquadramento jurídico destas criações. Seguimos caminhos diferentes, mas chegamos ao mesmo destino.

Quanto ao direito a constituir, TITO RENDAS analisa as propostas que têm sido avançadas à luz dos fundamentos/teorias de justificação da tutela jusautorral e conclui que não existe motivo para consagrar essa proteção. Para o efeito, apoia-se sobretudo no sentido social, emocional e valorativo da criatividade humana, que não é transponível para as obras geradas por sistemas de IA.

Se isso é verdade, não deve deixar de se sublinhar que existem obras – máxime os programas de computador – em que essa dimensão é diminuta ou inexistente sem que isso tenha prejudicado a sua tutela. Por outro lado, os direitos conexos têm sido mobilizados para proteger o investimento, sendo frequentemente o resultado de cedência às ferozes reivindicações de algumas indústrias. Nesse sentido, creio que, à medida que o significado económico destas obras aumenta, iremos assistir a movimentos semelhantes.

A pergunta é se existirão boas razões para resistir.

Bibliografia

- CASTETS-RENARD, Céline, “The Intersection Between AI and IP: Conflict or Complementarity?”, *IIC – International Review of Intellectual Property and Competition Law*, 51, 2020, pp. 141-143.
- DIAS PEREIRA, Alexandre, *Informática, Direito de Autor e Propriedade Tecnológica*, Coimbra Editora, 2001.
- FEINBERG, Todd E. / MALLATT, Jon, “Phenomenal Consciousness and Emergence: Eliminating the Explanatory Gap” *Frontier in Psychology*, 2020; 11: 1041.
- GERVAIS, Daniel, “Is Intellectual Property Law Ready for Artificial Intelligence?” *GRUR International* 69(2), 2020, pp. 117-118.
- KNIGHT, Will, “Amazon Has Developed an AI Fashion Designer” *MIT Technology Review*, in <https://www.technologyreview.com/2017/08/24/149518/amazon-has-developed-an-ai-fashion-designer/> (consultado a 24 de agosto de 2017).
- MILDE JR., Karl F., “Can a computer be an ‘Author’ or an ‘Inventor’”, *51 Journal of the Patent Office Society*, 1969, pp. 378-405.
- ROUXINOL, Milena, *A Vinculação Autoral do Trabalhador Jornalista*, Coimbra Editora, 2014.

- SÁ E MELLO, Alberto, *Manual de Direito de Autor e de Direito Conexos*, 2.^a ed., Almedina, 2016.
- SOUSA E SILVA, Nuno, “A Internet – um objecto para o Direito Administrativo Global?”, *Revista de Direito Público*, n.º 13, 2015, pp. 47-69.
- SOUSA E SILVA, Nuno, “Direito e Robótica: Uma primeira aproximação”, *Revista da Ordem dos Advogados*, 2017, pp. 485-551.
- SOUSA E SILVA, Nuno, *Concorrência Desleal e Propriedade Intelectual: Os Atos de Aproveitamento*, Almedina, 2020.

Smart contracts¹

ANA TAVEIRA DA FONSECA*

Os *smart contracts* entendidos em sentido estrito podem ser definidos como contratos que são suscetíveis de serem concluídos e/ou executados através do recurso à tecnologia de *blockchain*.

Segundo MICHÈLE FINCK², a expressão *smart contract* se entendida em sentido mais amplo abrangerá toda e qualquer relação controlada por um computador com implicações legais. Não serão, contudo, estes contratos inteligentes aqueles que serão objeto de análise no presente estudo pois, apesar de estarmos perante sistemas que permitem a conclusão e execução de contratos, quando observadas determinadas condições pré-programadas, a sua inviolabilidade não se encontra garantida como acontece com um sistema de *blockchain*.

A *blockchain* constitui uma tecnologia descentralizada de registo de dados (*distributed ledger* ou *decentralised ledger technology*), mais conhecida por servir de suporte ao funcionamento de criptomoedas, mais concretamente da *bitcoin*, mas que está também na base dos *smarts contracts*.

Apesar do nome, estes contratos não são inteligentes³, uma vez que esta tecnologia não tem obrigatoriamente associada qualquer mecanismo de inteligência artificial que permita tomar decisões autónomas para as quais não foi inicialmente programada. Nos *smart contracts*, temos uma tecnologia cujo resultado é consequência direta de uma programação inicial (“*if-then-else*”)⁴, em que o “*if*” corresponde às condições que são programadas e têm de estar verificadas para que as prestações sejam executadas através da plataforma de *blockchain* (“*then else*”). Não há

* Professora Auxiliar da Escola de Lisboa da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa.

¹ Este texto foi originalmente publicado na obra coletiva *Direito digital e inteligência artificial*, Editora Foco 2021.

² FINCK (2019), p. 1.

³ Sobre a “dumbness of smart contracts”, v. FINCK (2019), p. 7, e FEITEIRO (2020), p. 73.

⁴ Cfr. VITALTA NICUESA (2019), p. 26, e STAZI (2019), p. 109.

autonomia relativamente à programação inicial. O programa não gera decisões para as quais não estava codificado.

O que a tecnologia *blockchain* acrescenta aos contratos que podem ser concluídos ou executados por via telemática é a existência de um sistema (inteiramente) descentralizado, pois o seu funcionamento é assegurado pelo registo da informação em blocos agregados em cadeias de transmissão e distribuídos em computadores localizados em todo mundo, sem que exista uma hierarquia entre eles, o que significa que qualquer alteração da informação que se encontra registada depende da conformidade ou concordância entre os diferentes blocos de informação, ou seja, depende de uma confirmação através de um protocolo de consenso entre todos os elos que compõem a cadeia de blocos. A isto acresce que os dados se encontram encriptados e estão temporalmente validados.

Esta forma de operacionalização do sistema permite assegurar, a todo o momento, a inviolabilidade dos registos que constam desses blocos, pois qualquer alteração depende da modificação em todos os elos de uma cadeia que é por natureza multilateral, o que, na prática, se tem mostrado impossível.

O uso da *blockchain* no domínio contratual permite, pois, que as obrigações emergentes de um contrato, mesmo que este seja concluído em linguagem natural, o que ainda hoje acontece as mais das vezes, em face das limitações que a transformação de declarações negociais em códigos binários coloca, sejam executadas de forma autónoma e automática pela plataforma. Autónoma porque não depende de qualquer impulso das partes e automática porque se basta com a verificação das condições contratualmente previstas. Outros sistemas informáticos são capazes de igualmente garantir uma execução autónoma e automáticas de obrigações contratuais, mas a descentralização do sistema e a encriptação dos dados que são características da *blockchain* asseguram, pelo menos em abstrato, que não será possível impedir ou modificar a execução das obrigações, quando reunidos os pressupostos de que depende a sua realização.

De facto, se a alteração da informação inserida no sistema só pode fazer-se se existir uma concordância entre todos os blocos que o compõem e estes não se encontram concentrados nas mesmas entidades, a possibilidade de se proceder a uma modificação fraudulenta está naturalmente muito dificultada.

Sucedo, porém, que esta grande vantagem que a *blockchain* tem quando aplicada no domínio contratual constitui também a sua maior

debilidade. Na verdade, se as obrigações codificadas numa determinada plataforma não podem ser modificadas, o devedor pode vir a cumprir uma obrigação numa situação em que esta não é, afinal, judicialmente exigível. Por outro lado, como a plataforma assegura a própria execução da obrigação, isto significa que se prescinde, por esta via, da tutela pública de certos direitos de crédito que, de outra forma, em caso de incumprimento, só poderiam ser executados através dos tribunais. O que cabe perguntar é, pois, se estes acordos serão admissíveis à luz do nosso ordenamento jurídico.

Partiremos de um conjunto de exemplos, através dos quais se procurará enquadrar o problema sobre o qual pretendemos versar no presente trabalho.

- I. A celebra com B um contrato de compra e venda de uma participação social. As obrigações de pagamento do preço e de transferência da titularidade da participação social foram codificadas numa plataforma de *blockchain*. Poderá a plataforma impedir a transferência dessa titularidade enquanto o preço não for pago?
- II. A celebra com B um contrato de compra e venda de uma participação social. As partes acordaram que o preço seria pago em *bitcoins* quando determinadas condições precedentes estivessem verificadas. Apesar de cumpridas as condições, B pretende resolver o contrato por alteração das circunstâncias. Poderá a resolução refletir-se na execução do contrato e, por essa via, impedir-se o pagamento do preço na data em que este seria devido? Imagine-se, agora, que no contexto de uma pandemia, foi concedida uma moratória a determinados devedores. Como é que a moratória concedida por lei e que não era previsível à data da conclusão do contrato se reflete na plataforma de *blockchain*?
- III. A celebra com B um contrato de locação financeira. As obrigações de pagamento das rendas são codificadas numa plataforma de *blockchain*. De acordo com o clausulado no referido contrato, o sistema elétrico do automóvel seria automaticamente bloqueado pela plataforma se não se procedesse ao pagamento atempado de três rendas. B necessita do automóvel para se deslocar ao hospital, porque a sua filha se encontra com febre e com um ataque

de asma. Será que este tipo de execução privada das obrigações será legítimo à luz do ordenamento jurídico português? Poderá recorrer à força própria para retirar o bloqueio do automóvel ou tratar-se-á de uma ação ilícita?

1. *Sobre a possibilidade de, através de um smart contract, se assegurar o cumprimento simultâneo de obrigações emergentes do mesmo contrato*

Conforme já assinalado, os *smart contracts* não têm obrigatoriamente associados mecanismos de inteligência artificial. O que caracteriza aplicação da tecnologia *blockchain* ao domínio contratual é a existência de uma programação inicial, onde se estabelecem as condições para que determinada prestação seja executada, programação essa que não pode ser modificada sem que a alteração seja difundida em todos os blocos que compõem a cadeia que é, por natureza, descentralizada.

Em face do exposto, fácil é de concluir que uma das mais-valias dos *smart contracts* é a de assegurar o cumprimento simultâneo de obrigações, ligadas ou não entre si por um vínculo de sinalagmaticidade, sem necessidade de recorrer a terceiros, aumentando, assim, a segurança e reduzindo substancialmente os custos de transação. Na verdade, nenhuma das partes se tem de vincular a cumprir antecipadamente, correndo o risco de não receber a contraprestação, nem é necessário recorrer a um terceiro para garantir o cumprimento das obrigações.

O *smart contract* permite uma sincronização perfeita da realização das prestações. O verdadeiro cumprimento *Zug um Zug* ou, como designam os autores franceses *trait pur trait*, das prestações emergentes do mesmo contrato, assim se conseguindo ultrapassar aquilo que para OESTERLE⁵ e LARENZ⁶, nos anos 80 do século passado, parecia impossível, a simultaneidade entendida em sentido naturalístico da realização das prestações emergentes do mesmo contrato.

A plataforma assegura que o devedor não tenha de realizar uma prestação até que uma contraprestação a que tem direito seja efetuada, o que significa que tem aqui uma função instrumental, pois permite operacionalizar o funcionamento de institutos como a exceção de não cumprimento e o direito de retenção, até em situações em que, por vezes, o devedor tinha dificuldade em lançar mão destas figuras. Pense-se, a este

⁵ Cfr. OESTERLE (1980), pp. 28 e ss.

⁶ Cfr. LARENZ (1987), p. 200.

propósito, nas hipóteses em que o lugar de cumprimento das obrigações é distinto. É verdade que há situações em que o legislador português faz coincidir o lugar de cumprimento das obrigações que devem ser cumpridas em simultâneo para permitir a invocação da exceção de não cumprimento. É o que acontece no artigo 885.º, n.º 1, do Código Civil português⁷, onde se determina que o pagamento do preço deve ser feito no local onde a coisa vendida deve ser entregue. Desta disposição, já se procurou extrair uma regra geral de acordo com a qual as obrigações unidas por um vínculo de sinalagmaticidade devem ser cumpridas no lugar de cumprimento da obrigação que tipifica o contrato. Há, contudo, contratos em que não é possível definir a obrigação que os tipifica. É o que sucede com o contrato de troca. As partes podem e devem naturalmente acordar expressa ou tacitamente – nomeadamente quando uma das prestações só pode ser realizada num determinado local – um lugar de cumprimento comum, mas quando tal não sucede, é difícil assegurar que as prestações são realizadas em simultâneo. Quando António troca com Bernardo um trator por um cavalo de corrida e o trator tem de ser entregue em Lisboa e o cavalo em São Paulo, é difícil assegurar que o cumprimento destas obrigações será feito em simultâneo. Porém, se as obrigações forem codificadas numa plataforma de *blockchain* é possível que o sistema elétrico do automóvel desbloqueie ao mesmo tempo em que António passa a ter acesso à cavalaria onde se encontra o cavalo.

A verdade é também que o devedor não pode recusar o cumprimento de uma obrigação, sempre que o seu credor não realize, por sua vez, uma contraprestação a que esteja adstrito para com este. Há determinados pressupostos que têm de estar verificados, sob pena de essa recusa ser ilícita e o devedor entrar em mora⁸.

Retomando o exemplo enunciado em I., poderá, de facto, a plataforma impedir o pagamento do preço enquanto não ocorrer a transferência da titularidade da participação social. Claro está que, para tal, é preciso que essa transferência da titularidade se possa fazer através da rede de *blockchain* ou que esta possa aceder a essa informação através de oráculos que trazem para a primeira referências vindas do exterior. Porém, para que não haja mora do devedor, é necessário que esta recusa de cumprimento

⁷ Pertencem ao Código Civil português vigente todos os preceitos legais doravante referidos sem indicação da respetiva proveniência.

⁸ Sobre os pressupostos de que depende o acionamento da exceção de não cumprimento e do direito de retenção, v. FONSECA (2015), pp. 101 e ss. e 286 e ss.

que se operacionaliza através da plataforma possa ser considerada lícita. Para tanto, impõe-se que as condições de que depende o pagamento do preço sejam codificadas em respeito pelos limites impostos por lei ao exercício deste direito de recusa. Conseguimos, contudo, antever que nem sempre tal será fácil. Como prever, por exemplo, de antemão que o exercício deste direito de recusa não é considerado contrário à boa-fé⁹? A questão não será de fácil solução, posto que não existe um princípio de proporcionalidade estrita que imponha que o valor da prestação recusada seja equivalente ao da prestação incumprida. Para determinar se e em que medida pode o cumprimento de uma obrigação ser recusado, deve ter-se em consideração as consequências que o exercício da *exceptio* terá para ambos os contraentes, o grau de culpa do contraente que não realizou ou ofereceu a contraprestação, a duração do incumprimento, a probabilidade de a contraprestação vir a ser realizada no futuro e a importância de cada uma das prestações para os respetivos credores.

2. Sobre a possibilidade de, através de um smart contract, se abdicar da invocação de meios de defesa por via de exceção

Outra das vantagens associadas ao recurso desta tecnologia está precisamente na impossibilidade de, pelo menos no plano teórico, existir incumprimento das obrigações autoexecutáveis. Sucede que esta qualidade constitui também, do nosso ponto de vista, a sua grande debilidade. Se é verdade que a *blockchain* permite que os dados registados estejam distribuídos no interior de uma rede e criptograficamente protegidos, pelo que não poderão em princípio ser violados ou adulterados, o que traz benefícios significativos para o credor que vê garantido o cumprimento da obrigação com custos muito inferiores àqueles em que as partes incorreriam caso fosse prestada uma garantia tradicional, a verdade é também que essa sua perpetuidade ou imodificabilidade se pode virar contra o devedor em situações em que, de outra forma, se podia licitamente recusar a cumprir. Esta característica da *blockchain* pode, por conseguinte, originar aquilo a que na doutrina anglo-saxónica se designa por *overenforcement*, ou seja, a um excesso de execução, mais concretamente à execução de uma obrigação numa situação em que a mesma não era devida.

⁹ Sobre os limites impostos pela boa-fé ao exercício da exceção de não cumprimento e do direito de retenção, v. FONSECA (2015), pp. 219 e ss. e 356 e ss.

Ainda que, em abstrato, se possa admitir que algumas vicissitudes com reflexos na execução contratual possam ser previamente codificadas, haverá sempre situações que as partes não previram e em que, por isso, o devedor teria legitimidade para se recusar licitamente a cumprir e que, por esta via, se vê impedido de o fazer.

Conceitos como, por exemplo, a alteração da base em que as partes assentaram a decisão de contratar são insuscetíveis de serem transformados em linguagem binária e, como tal, a alteração das circunstâncias, mesmo ocorrendo, não permitirá ao devedor recusar o cumprimento da obrigação. Por esse motivo, ainda que um dos contraentes tenha legitimidade para resolver o contrato por alteração das circunstâncias, com grande probabilidade tal não lhe permitirá impedir a execução da obrigação de que é devedor se tiver optado por recorrer a um *smart contract* para executar as prestações.

Por outro lado, sempre haverá situações que são imprevisíveis à data da conclusão do contrato e, como tal, não poderão aparentemente ser refletidas na execução de um *smart contract*. A este propósito pense-se na hipótese de um contrato de arrendamento de onde resultava que ao fim de x rendas em atraso, o senhorio teria direito a resolver o contrato, deixando o arrendatário de ter automaticamente acesso ao locado. Imaginemos que, no contexto da atual pandemia, lhe é concedida por lei uma moratória. Como é que a moratória será refletida na plataforma de *blockchain*, onde este *smart contract* se encontra registado, se ela não era previsível à data da conclusão do contrato?

Note-se que, num sistema descentralizado, como o da *blockchain*, é difícil assegurar a difusão de uma qualquer alteração do que foi anteriormente codificado, porque a concretização da modificação pressupõe uma concordância de toda a cadeia de blocos, o que torna na prática o código imodificável.

A solução, por vezes, apontada para solucionar algumas das questões suscitadas estará nos oráculos que serão capazes de trazer para a rede informações exteriores a esta. Os oráculos – dentro deste sistema – prometem funcionar como partes terceiras que fornecem dados exteriores à *blockchain*¹⁰. A principal função dos oráculos é fornecer à *blockchain* informação vinda do exterior para que as prestações nela codificadas

¹⁰ Sobre a importância dos oráculos para estabelecer a ligação entre o contrato e o exterior, v. FEITEIRO (2020), p. 81.

sejam executadas em conformidade com aquilo que as partes acordaram¹¹, mas podem também, por exemplo, fornecer informação que permita em determinadas circunstâncias considerar o contrato resolvido por incumprimento definitivo ou cumprimento defeituoso¹². Certo é que tal dependerá, em princípio, de um acordo anterior das partes também ele devidamente codificado na *blockchain*. Fácil é de perceber que a atuação destes oráculos depende de as partes serem capazes de antecipar as exceções que ao devedor será lícito invocar contra o credor, o que conduzirá a que, muitas vezes, àquele deixe de ser possível recusar-se licitamente a cumprir por esta via. Por outro lado, a opacidade que ainda rodeia estes oráculos não é de molde a garantir que todas as vicissitudes que podem ocorrer na execução contratual se conseguem refletir na execução das prestações através de uma rede de *blockchain*. Muito menos quais são as garantias de imparcialidade e independência que estes oráculos dão relativamente às partes.

Estas mesmas críticas podem ser transpostas para outras soluções propostas para resolver os problemas identificados. Certos autores defendem o recurso a plataformas de *permissioned blockchain*¹³, pois nesse caso as decisões judiciais passariam a ter destinatários concretos e a sua execução já poderia ser assegurada.

É preciso igualmente sublinhar que o recurso a oráculos ou plataformas de *permissioned blockchain* anula em parte aquela que é a grande vantagem destes contratos “inteligentes”: a imodificabilidade e inviolabilidade das obrigações deles emergentes.

Por tudo o que foi exposto, cumpre por último questionar se estará em conformidade com a ordem pública esta possibilidade de o devedor renunciar à oponibilidade de todos os meios de defesa que lhe permitiam licitamente recusar-se a cumprir perante o credor, vinculando-se a realizar a prestação e, quando muito, a pedir de volta numa ação de enriquecimento sem causa aquilo que prestou.

É verdade que nas garantias acessórias automáticas o devedor também se vincula a realizar a prestação quando o credor a exigir e a só discutir posteriormente, numa eventual ação de enriquecimento sem causa, os meios de defesa que podia invocar contra este. Por exemplo, na fiança à primeira solicitação, apesar de se manter a acessoriedade da garantia,

¹¹ FINCK (2019), p. 8.

¹² VITALTA NICUESA (2019), pp. 185 e 186.

¹³ VITALTA NICUESA (2019), p. 187.

o fiador vincula-se a cumprir a obrigação e a só invocar contra o credor as exceções que ao devedor principal era lícito opor ao credor, depois de realizar a prestação. É verdade que a prestação deste tipo de garantias tem de ser rodeada de certas cautelas para proteção do fiador pelos maiores riscos que lhe andam associadas. Por isso, PESTANA DE VASCONCELOS pronuncia-se no sentido de que existe um dever de informação que recai sobre o credor quanto ao conteúdo da garantia, dever esse que terá um âmbito tanto maior quanto menor for o grau de conhecimento do fiador¹⁴. MENEZES CORDEIRO vai até mais longe quando defende que estas garantias só podem ser dadas por instituições de crédito, pois só estas têm capacidade para ajuizar dos riscos que a prestação das mesmas envolve¹⁵. Certo é, porém, que nas garantias automáticas os tribunais têm assegurado a possibilidade de a sua execução ser paralisada em situações de manifesta fraude ou de abuso do direito, evitando que, quando a pretensão do credor seja manifestamente ilegítima, o garante tenha de cumprir.

Sucedem que, com o recurso a esta tecnologia, não se encontra de todo acautelado que, mesmo em situações de fraude ou de abuso do direito, o cumprimento possa ser paralisado. A isto acresce que, numa ação de restituição por enriquecimento sem causa, passa a ser o devedor a ter de provar que a prestação que foi realizada através da plataforma de *blockchain* não era devida e a arcar com todas as consequências de ser ele o autor da ação¹⁶, quando o ónus da prova deveria recair sobre o credor titular da pretensão¹⁷.

3. Sobre a possibilidade de, através de um smart contract, se executar extrajudicialmente uma obrigação

Através dos dois exemplos que acabámos de abordar foi possível compreender que, num *smart contract*, a execução contratual é assegurada pela plataforma de *blockchain*, garantindo ao credor o recebimento da prestação contratualmente devida sem necessidade de recorrer a tribunal ou a qualquer outro terceiro. A solução parece, quando exequível, apresentar grandes vantagens não só para os Estados, porque se evita o recurso ao

¹⁴ VASCONCELOS (2013), p. 111.

¹⁵ CORDEIRO (2015), p. 508.

¹⁶ Sobre as dificuldades que para o devedor poderão advir de não se poder defender por exceção, v. MÖSLEIN (2019), p. 284.

¹⁷ Considerando não existir base legal para se poder presumir a correção da codificação que é feita dos *smart contracts*, v. RIEHM (2019), p. 89.

aparelho jurisdicional para assegurar o cumprimento de uma obrigação, como para o credor a quem o adimplemento pontual da prestação a que tem direito é prometido sem necessidade sequer de exigir a prestação de garantias por parte de um terceiro.

Estas vantagens, que têm encantado a comunidade jurídica, parecem fazer esquecer que estamos perante um meio de tutela privada dos direitos, ainda por cima uma tutela executiva.

Pergunta-se, pois, em que medida se poderá prescindir da tutela pública do direito do credor substituindo-a por uma execução tecnológica cega. Em que medida podem as partes, por acordo, estabelecer uma tutela privada dos direitos que assegura que a prestação será realizada sem que o devedor a tal se possa opor, mas também sem que os órgãos jurisdicionais competentes possam, na prática, impedir essa execução?

O problema levantado não é naturalmente privativo dos *smart contracts*, mas coloca-se sempre que se pretende executar uma obrigação sem recorrer a um órgão jurisdicional, com base num acordo anterior estabelecido entre credor e devedor.

Em primeiro lugar, cumpre destacar que as cláusulas contratuais que atribuam ao credor ou a outro particular o poder de tutelar o direito do primeiro só poderão ser consideradas válidas se não violarem disposições imperativas vigentes no ordenamento jurídico. A primeira delas é o artigo 1.º do Código de Processo Civil português. Deste não decorre, contudo, nenhum princípio da taxatividade das formas de tutela privada dos direitos. A única coisa que aí se proíbe, a fim de assegurar a paz social, é o recurso à força própria para realizar o direito. Aquilo que é reservado aos órgãos jurisdicionais é o recurso à força para tutela dos direitos e, mesmo essa reserva de jurisdição, encontra importantes restrições em figuras como a ação direta ou a legítima defesa.

A equiparação que, por vezes, é feita entre a tutela privada dos direitos e o recurso ao uso da força para tutela do próprio direito conduz a que se conclua que a primeira constitui uma forma primitiva de administração da justiça, atentatória da paz social e da justiça, por esse motivo só permitida a título excecional nas situações expressamente previstas na lei¹⁸. Há, porém, muitas formas de tutela privada dos direitos em que não se recorre ao uso da força. Pense-se, por exemplo, em todas as situações de tutela privada passiva dos direitos em que ao devedor é reconhecido o direito a recusar-se a cumprir até receber do seu credor uma prestação a

¹⁸ Cfr. BIANCA (2000), p. 130.

que tenha direito. Por esta via, o titular do direito não recebe a prestação a que tem direito, mas recusa-se a cumprir uma obrigação para compelir a contraparte a prestar. Vimos, aliás, que os *smart contracts* podem ser um instrumento importante para a efetivação deste meio de tutela.

A isto acresce que todas as formas de tutela privada dos direitos devem estar sujeitas ao controlo ulterior do poder judicial. Daí que, apesar da sua função meramente subsidiária em relação à tutela pública, não deve considerar-se que as formas de tutela privada estão sujeitas a um princípio da taxatividade. O importante é, pois, perceber se essa concreta forma de tutela implica o recurso à força e se se encontra sujeita a um controlo judicial ulterior.

Pelo exposto, não podem as partes por acordo recorrer à ação direta em situações em que os pressupostos do artigo 336.º não se encontram verificados. O entendimento dominante, na Alemanha, ordenamento em que se inspirou o legislador português, é o de que não se pode ampliar, por acordo, os casos em que é possível o recurso à ação direta, porque tais cláusulas violariam o princípio de que não é possível recorrer à força própria para assegurar a realização do direito de que se é titular¹⁹. O acolhimento de solução contrária implicaria que as partes pudessem, através de um contrato, afastar o princípio do monopólio estadual do uso da força. Solução, aliás, que já era defendida por VAZ SERRA²⁰ nos trabalhos preparatórios do Código Civil português e que é confirmada pelo regime jurídico de tutela da posse.

Note-se que a posse, mesmo que não seja acompanhada pela titularidade do direito, é tutelada pelo ordenamento jurídico a ponto de o possuidor ter direito não só a ser judicialmente restituído se for esbulhado (artigo 1278.º), como também a usar da ação direta (artigo 1277.º), mesmo contra o titular do direito, prerrogativa que o legislador alarga a outros legítimos detentores, como o locatário (artigo 1037.º, n.º 2), o comodatário (artigo 1133.º, n.º 2) ou o depositário (artigo 1188.º, n.º 2). Os meios de defesa da posse visam, por conseguinte, garantir que o desapossamento legítimo só possa ocorrer com intervenção de um órgão estadual, ainda que exista um acordo prévio em que o possuidor/detentor autorize o desapossamento, pois só assim se consegue garantir a paz e ordem públicas²¹. Por

¹⁹ Cfr. REPGAN (2009), §§ 229-231, 96, MÖSLEIN (2019), p. 282, e RIEHM (2019), pp. 92 e 93.

²⁰ SERRA (1959), p. 79, e FONSECA (2014), p. 797.

²¹ Nesse sentido, v. RIEHM (2019), p. 89.

esse motivo, defende-se, noutras ordens jurídicas, que estes acordos só constituem uma presunção de facto de que o possuidor concorda com o desapossamento, podendo este ilidir, por qualquer meio, a presunção, o que significa que não é sequer necessário revogar o consentimento que foi dado ao desapossamento, basta a oposição do possuidor/detentor no momento em que a coisa lhe pode ser retirada²².

Os *smart contracts* viabilizam a execução privada dos direitos do credor, mas é, como vimos, duvidoso o controlo judicial ulterior que é garantido ao devedor, o que significa que esta forma de tutela privada dos direitos pode pôr em causa o monopólio do Estado no uso da força.

O caso enunciado em III corresponde a uma situação real. Nos Estados Unidos, uma mãe solteira viu-se impedida de levar a sua filha ao hospital com febre e uma crise de asma, porque o *smart contract* integrado no contrato de *leasing* tinha bloqueado o seu automóvel por falta de pagamento das rendas²³. A resposta por parte de alguns legisladores a situações como a descrita passou por impedir a instalação destes dispositivos que permitem bloquear os automóveis à distância²⁴. Não sabemos, contudo, se a intervenção legislativa é indispensável para se concluir pela sua ilegalidade, dado que, na prática, eles permitem a execução privada de uma obrigação de restituição do locado, ou seja, através da plataforma de *blockchain*, obtém-se o desapossamento de algo que estava na posse do devedor, o que vimos contraria o princípio do monopólio estadual do uso da força.

Pela mesma ordem de motivos, o recurso à *blockchain* não deve servir para assegurar o despejo extrajudicial que é feito através de uma chave eletrónica que bloqueia a entrada no locado²⁵, não sendo para este efeito relevante que o devedor se tenha contratualmente vinculado a tolerar o bloqueio²⁶.

Sendo o recurso à plataforma ilícito, pode naturalmente o detentor opor-se ao desapossamento, recorrendo à ação direta (artigo 336.º).

²² Cfr. RIEHM (2019), p. 91.

²³ COKERY/SILVER-GREENBERG (2014).

²⁴ MÖSLEIN (2019), p. 281.

²⁵ Considerando que, para este efeito, não há razão para distinguir as situações em que o senhorio impede a entrada no locado através da substituição da fechadura daquelas em que o acesso àquele é excluído através do bloqueio de uma chave eletrónica, pelo que, em qualquer dos casos, o inquilino pode recorrer à ação direta para reaver a detenção do imóvel, v. RIEHM (2019), p. 93.

²⁶ RIEHM (2019), p. 97.

Retomando os exemplos anteriores, pode o locatário remover o sistema de neutralização para conseguir conduzir o automóvel ou substituir a chave eletrónica para ter acesso ao locado.

Se não é de aceitar o desapossamento contra a vontade do legítimo possuidor de coisas corpóreas, isto significa, na prática, que a autoexecução assegurada por um *smart contract* só será de admitir para a transação de imateriais ou transferências de somas de dinheiro já “armazenadas” na plataforma de *blockchain*²⁷.

Os *smart contracts* enquanto contratos que podem ser concluídos e/ou executados através do recurso à tecnologia de *blockchain* garantem com grande segurança a execução de obrigações contratuais quando estiverem verificadas determinadas condições acordadas pelas partes, acautelando muitas vezes que uma parte não tenha de realizar uma prestação sem receber aquela a que tem direito. Apesar de compreendermos as enormes vantagens que a autoexecução contratual tem para o credor da prestação que pode ser efetuada por esta via, os *smart contracts* não estão acima dos ordenamentos jurídicos e, por isso, não devem forçar o cumprimento, nas situações de manifesta fraude ou abuso do direito, muito menos violar o princípio do monopólio estadual do uso da força.

Bibliografia

- BIANCA, Massimo, “Autotutela”, *Enciclopedia del Diritto*, atualização IV, Milano, 2000, pp. 132 e ss.
- COKERY/SILVER-GREENBERG, “Miss a Payment? Good Luck in Moving that Car”, in <https://www.cnbc.com/2014/09/25/miss-a-payment-good-luck-moving-that-car.html>.
- CORDEIRO, António Menezes, *Tratado de Direito Civil*, vol. X, *Direito das Obrigações – Garantias*, Almedina, Coimbra, 2015.
- FEITEIRO, André, “The complementary but not alternative utility of smart contracts”, *RDTec*, 1, 2020, pp. 71 e ss.
- FINCK, Michèle, “Grundlagen und Technologie von Smart Contracts”, *Smart Contracts*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2019, pp. 1 e ss.
- FONSECA, Ana Taveira da, “Anotação ao artigo 336.º do Código Civil”, in *Comentário ao Código Civil*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2014, pp. 793 e ss.
- FONSECA, Ana Taveira da, *Da Recusa de Cumprimento da Obrigação para Tutela do Direito de Crédito, Em especial na exceção de não cumprimento, no direito de retenção e na compensação*, Almedina, Coimbra, 2015.

²⁷ MÖSLEIN (2019), pp. 282 e 283.

- LARENZ, Karl, *Lehrbuch des Schuldrechts, I, Allgemeiner Teil*, 14.^a edição, C. H. Beck, München, 1987.
- MÖSLEIN, Florian, “Smart Contracts im Zivil-und Handelsrecht”, *ZHR*, 183, 2019, pp. 254 e ss.
- OESTERLE, *Die Leistung Zug um Zug*, Duncker & Humblot, Berlin, 1980.
- REPGAN, Tilman, *Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, 1, *Allgemeiner Teil*, §§ 164-240, Sellier – de Gruyter, Berlin, 2009, §§ 229-231.
- RIEHM, Thomas, “Smart Contracts und verbotene Eigenmacht”, *Smart Contracts*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2019, pp. 84 e ss.
- SERRA, Adriano Vaz, *Causas Justificativas do Facto Danoso*, *BMJ*, n.º 85, 1959, pp. 13 e ss.
- STAZI, Andrea, *Automazione contrattuale e “contratti intelligenti”*, *Gli smart contracts nel diritto comparato*, Giappichelli Editore, Torino, 2019.
- VASCONCELOS, Luís Miguel Pestana de, *Direito das Garantias*, 2.^a ed., Almedina, Coimbra, 2013.
- VITALTA NICUESA, Aura Esther, *Smart legal contracts y blockchain, La contratación inteligente a través de la tecnología blockchain*, Wolters Kluwer, 2019.

As crianças e os *media*¹

ANA FILIPA MORAIS ANTUNES*

I. O problema | A imagem, a voz e a reserva sobre a intimidade da vida privada das crianças no presente

1. O tema que me proponho analisar tem um inegável interesse teórico-prático:

- (a) *Teórico*, tendo presente as dúvidas conceptuais e a sua interdisciplinaridade: convocam-se, nesta matéria, institutos basilares de Direito privado e de Direito civil (como o de situações jurídicas e de responsabilidades parentais), assim como conceitos fundamentais, regulados pelo Direito constitucional. Na verdade, e como se vai precisar, o debate em torno da licitude da exposição pública das crianças nos *media* e nas redes sociais obriga a esclarecer os limites ao exercício de situações jurídicas activas, com a natureza bicéfala de direitos fundamentais e de direitos de personalidade²;

* Professora Auxiliar da Escola de Lisboa da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa.

Por opção da Autora, o presente artigo não segue o novo acordo ortográfico.

¹ O presente artigo corresponde ao desenvolvimento do roteiro que serviu de apoio à intervenção oral realizada no dia 26 de Junho de 2020, no contexto das *Católica Talks*. Com o objectivo de orientar o leitor, aditaram-se referências bibliográficas e normativas em nota e, no final, incluiu-se a lista de bibliografia consultada.

² Os direitos de personalidade têm o regime comum plasmado nos artigos 70.º a 81.º do Código Civil. Os artigos 24.º a 26.º da Constituição da República Portuguesa prevêm, com a natureza de direitos, liberdades e garantias, os direitos à vida, à integridade física e moral e “*outros direitos pessoais*”, entre os quais, o direito à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade, à imagem, à palavra, à reserva da intimidade da vida privada e familiar. Para uma explicitação do sentido da interferência dos direitos fundamentais no Direito Civil, cfr. RIBEIRO (2007), pp. 7-33 – que alude à “constitucionalização do direito civil” pela circunstância de a tutela constitucional de bens da pessoa ser objecto de direitos de personalidade (ob. cit., p. 14). Sobre a relação entre direitos de personalidade e direitos fundamentais, cfr. MIRANDA (2020), pp. 82-85; e BARBOSA/ÁLVAREZ (2020), pp. 42-46. Na manualística da Teoria Geral do Direito Civil, cfr. CORDEIRO (2019), pp. 145-ss. Já anteriormente, relevando a importância da “protecção absoluta da personalidade do homem”, da “tutela da personalidade” e da “realização

(b) *Prático*, em razão da frequência e da intensidade de episódios em que se evidencia uma ingerência na imagem, na voz e na reserva sobre a intimidade da vida privada das crianças por intermédio de órgãos de comunicação social e agências publicitárias e, em particular, no contexto de redes sociais e na internet³.

2. No presente, a importância do debate em torno dos direitos das crianças pode ser ilustrada por casos noticiados pelos órgãos de comunicação social que evidenciam a premência do reconhecimento de um *estatuto jurídico das crianças*, distinto, específico e autónomo relativamente aos titulares das responsabilidades parentais⁴.

3. Por outro lado, os últimos tempos, vividos “em contexto pandémico”, têm ilustrado a acuidade da reflexão: em Portugal, a partir de meados de Março, na sequência do encerramento dos estabelecimentos de ensino, as crianças em idade escolar passaram a estar recolhidas em casa, junto das famílias, com uma exposição “virtual” qualificada, por via da utilização de plataformas de ensino à distância, assim como de técnicas de comunicação telemáticas. Tudo isto num cenário em que a generalidade dos responsáveis parentais e “cuidadores” continuou a trabalhar e a desenvolver a sua actividade profissional de modo atípico e, em algumas situações, também remotamente, ao mesmo tempo que os filhos (com os correspondentes riscos quanto à “má” utilização destes meios de comunicação telemáticos pelas crianças, muitas vezes em regime de “autogestão”).

efectiva desta personalidade”, cfr. CARVALHO (2012), pp. 232-ss. – com a ilustração de casos de ameaça ao indivíduo – “na sua situação, na sua vida, no seu valor pessoal”, em razão da exposição aos “*massmedia* – a imprensa, o cinema, a TSF, a TV” (ob. cit., p. 234). Cfr., ainda, RIBEIRO (2017), pp. 253-262.

³ O artigo 16.º da Convenção sobre os Direitos da Criança proclama, categoricamente: “1 – *Nenhuma criança pode ser sujeita a intromissões arbitrárias ou ilegais na sua vida privada, na sua família, no seu domicílio ou correspondência, nem a ofensas ilegais à sua honra e reputação.* 2 – *A criança tem direito à protecção da lei contra tais intromissões ou ofensas.*” Com uma resenha de decisões jurisprudenciais que cuidaram de alegadas ofensas a direitos de personalidade, no contexto de redes sociais, cfr. CORDEIRO (2019), pp. 100-101.

⁴ Com a defesa da autonomia conceptual do Direito das Crianças, cfr. SOTTOMAYOR [2016-b)], pp. 21-ss. (em especial, pp. 43-64) – que enfatiza a importância de uma “perspetiva centrada nos seus interesses e direitos” (ob. cit., p. 43). Para uma proposta de construção unitária em torno dos direitos das crianças e relevando um “Direito dos direitos das crianças”, cfr. ALEXANDRINO (2011), pp. 51-88 e pp. 129-175.

4. O “confinamento obrigatório” determinou, na verdade, uma “intensificação” da presença nas redes sociais e nos grupos de comunicação à distância. A partilha de vivências, “dentro e fora de portas” (incluindo por estabelecimentos de ensino), assumiu um novo protagonismo: imagens e vídeos de crianças a brincar, a estudar, e a “viver” a reclusão familiar passaram a ser uma presença quase constante nas redes sociais.

O contexto “virtual” conduziu, ainda, a uma “descoberta”, pelas crianças, das ferramentas digitais, e propiciou a partilha, por iniciativa destas e, muitas vezes, sem o acompanhamento “vigilante” pelos pais, de momentos e episódios, vertidos em fotografias, áudios ou vídeos.

5. O fenómeno em questão não é, no entanto, privativo do actual contexto pandémico. Na verdade, a partilha de imagens, de áudio e de vídeos de crianças, por iniciativa dos pais, é uma prática habitual no âmbito de blogues e de contas em redes sociais titulados por estes. A este respeito, são frequentes as páginas dedicadas à parentalidade e aos desafios correspondentes, que são alimentadas por episódios familiares e em que as crianças são, por vezes, protagonistas.

Em termos complementares, evidencia-se a necessidade de reflectir sobre os limites à exposição pública de crianças que sejam filhos de personalidades com notoriedade ou de pessoas com uma presença mediática, na sociedade civil ou nos *media*. Nestes casos, a razão de ser da exposição pública reside nos próprios pais, pelo que, como se vai precisar, não resulta evidente a validade de actos de ingerência na imagem e na privacidade dos filhos.

6. As hipóteses descritas caracterizam-se pela nota comum de interferirem nos *direitos de personalidade titulados pelas crianças*, em concreto, nos direitos à *imagem* (em cujo âmbito de tutela se inclui não apenas o “retrato” – isto é, o suporte material da imagem –, mas também a “voz” e as “palavras”, na medida em que a imagem consiste na representação exterior da pessoa⁵) e à *reserva sobre a intimidade da vida privada*.

7. De acordo com o Direito vigente, *a ingerência nos bens da personalidade* (designadamente, *a identidade pessoal e a privacidade*) está dependente, nos termos gerais e em regra, de um acto de consentimento

⁵ Cfr. ANTUNES (2012), p. 179 – com a defesa de que “[o] retrato abrange as diversas formas de identificação visual de uma pessoa” – e com a interpretação extensiva do conceito de imagem “de forma a estender a tutela à voz ou ‘imagem sonora’, isto é, à palavra falada” (ob. cit., p. 181).

(que tem a natureza de acto negocial⁶) prestado pelo titular dos bens, portanto, o retratado ou autor das palavras captadas (cfr. artigo 79.º, n.º 1, do Código Civil – doravante, em termos abreviados, CC), assim como o visado pelos episódios privados relatados (cfr. artigo 80.º, n.º 1, do CC). A exigência do consentimento do titular dos bens de personalidade resulta, explicitamente, do artigo 81.º do CC, que prevê o regime comum aplicável à “*limitação voluntária dos direitos de personalidade*”⁷.

8. No caso das crianças, que se encontram submetidas, nos termos gerais, ao exercício das responsabilidades parentais até à maioridade ou à emancipação (cfr. artigo 1877.º do CC), essa autorização é, na prática, relegada aos pais, isoladamente *ou* em concurso com outro acto praticado por um terceiro.

Por outro lado, o acto de consentimento prestado pelos pais, apesar de ter o efeito de ingerir nos bens da personalidade titulados pelas crianças, não é, em regra, submetido a um controlo de legitimidade. Com efeito, não se prevê um regime distinto, aplicável à limitação voluntária dos direitos de personalidade titulados pelas crianças, que releve, designadamente, a idade dos visados e o seu interesse específico.

9. Por conseguinte, justifica-se reflectir sobre a adequação do regime vigente em matéria de ingerência nos bens da personalidade titulados pelas crianças, seja em momentos relacionados com o “*day-to-day*” das famílias seja em contextos particulares (como a participação pública das crianças em actividades recreativas, em projectos escolares, em espectáculos culturais e artísticos, em programas televisivos, em campanhas publicitárias, em desfiles de moda).

10. Na verdade, são múltiplas e distintas as situações de exposição pública das crianças, na televisão, na rádio (neste último caso, por via da utilização da sua “voz” e “palavras”), assim como em redes sociais e na *internet*, sem que resulte clara a *razão material que justifica aquela ingerência nos seus bens da personalidade*. Assim, e a título meramente ilustrativo:

- (a) Programas televisivos que se caracterizam por proporcionar uma remodelação de divisões da casa de morada da família,

⁶ Sobre os requisitos do consentimento negocial, cfr. ANTUNES (2012), anotação ao artigo 79.º, p. 183; e anotação ao artigo 81.º, pp. 232-236. Cfr., ainda, VASCONCELOS (2014), anotação ao artigo 81.º, pp. 201-204 – que evidencia, como traço identitário dos direitos de personalidade, “a sua subtracção de princípio à vontade do seu titular” (ob. cit., pp. 202-203).

⁷ Cfr. ANTUNES (2012), pp. 231-243.

e em que se revelam, de forma detalhada, problemas de saúde (passados ou presentes) da criança, com uma exibição de imagens captadas em situações clínicas delicadas, acompanhada do relato detalhado dos contornos dessa patologia, assim como de imagens da criança no momento presente;

- (b) Programas televisivos assentes no mote da educação das crianças por profissionais, com um formato similar ao de um “*reality show*”, com a exibição de aspectos da vida privada e reservada dessas crianças e do seu agregado familiar, suportadas em imagens, áudios e vídeos captados “em tempo real”;
- (c) Participação de crianças como modelos, figurantes ou actores em programas televisivos e em campanhas publicitárias que exibem a sua imagem ou reproduzem as suas palavras;
- (d) Intervenção de crianças em espectáculos e programas televisivos, assim como em reportagens;
- (e) Participação de crianças em actividades recreativas potencialmente nocivas pelo risco que apresentam em razão do tipo de actividade ou dos objectos e animais implicados.

11. É, pois, este o “pano de fundo” da análise que vou procurar desenvolver, dirigida a esclarecer a *legitimidade dos actos determinados pelos pais, na qualidade de responsáveis parentais, que sejam susceptíveis de ingerir na imagem, voz e reserva sobre a intimidade da vida das crianças.*

12. Em termos sistematizados, proponho-me:

- (a) Caracterizar os direitos à imagem e à reserva sobre a intimidade da vida privada como *direitos fundamentais* (cfr. artigo 26.º, n.º 1, da CRP) e *direitos de personalidade* (cfr. artigos 70.º a 81.º do CC – 79.º + 80.º);
- (b) Explicitar o regime do *consentimento* em matéria de *captação, utilização ou divulgação da imagem alheia* e de *divulgação de aspectos compreendidos na esfera íntima e privada das crianças* (cfr. artigo 81.º do CC);
- (c) Articular as *coordenadas gerais do acto do consentimento com o exercício das responsabilidades parentais* (cfr. artigos 1877.º-ss. do CC);
- (d) Identificar *constelações de casos de exposição pública das crianças* nos órgãos de comunicação social, nas redes sociais e na internet;
- (e) Diagnosticar os *condicionamentos normativos quanto à participação das crianças em espectáculos recreativos (de natureza*

cultural, artística ou publicitária) e programas televisivos (cfr. artigos 81.º do Código do Trabalho e 2.º a 11.º da Lei n.º 105/2009, de 14 de Setembro) e relativamente à *utilização da imagem de crianças em campanhas publicitárias* (cfr. artigo 14.º, n.º 2, do Código da Publicidade).

13. Neste sentido, e esclarecidos que estão os contornos do problema jurídico, a presente análise está estruturada em quatro momentos essenciais:

- (a) *Primeiro*, vou procurar sistematizar as *coordenadas normativas* relevantes em matéria de exercício das responsabilidades parentais (cfr. artigos 1878.º-ss. do CC) e do regime comum da limitação voluntária dos direitos de personalidade titulados pelas crianças (cfr. artigo 81.º do CC);
- (b) *Segundo*, procurarei ilustrar *três casos de exposição pública das crianças*, a saber: (i) nas redes sociais e no Ciberespaço; (ii) em espectáculos recreativos e programas de televisão; (iii) na publicidade;
- (c) *Terceiro*, ensaiarei uma *proposta de construção jurídica*, que releva a especificidade dos direitos à imagem, à voz e à reserva sobre a intimidade da vida privada das crianças;
- (d) *Quarto, e a final (O futuro dos direitos das crianças de natureza pessoalíssima)*, procurarei sumariar as principais *directrizes* defendidas.

II. Coordenadas normativas | O exercício das responsabilidades parentais e o regime da limitação voluntária dos direitos de personalidade

14. *Em primeiro lugar*, justifica-se esclarecer que a criança, nos termos preceituados no artigo 1.º da Convenção sobre os Direitos da Criança, é “*todo o ser humano menor de 18 anos, salvo se, nos termos da lei que lhe for aplicável, atingir a maioridade mais cedo*”. O Código Civil vigente convoca, a este respeito, o conceito de menor que é definido, de acordo com o artigo 122.º, como “*quem não tiver ainda completado dezoito anos de idade*”⁸. Sem prejuízo do referido, a criança é, desde o

⁸ No contexto particular da intervenção para promoção dos direitos e protecção das crianças e dos jovens em perigo, a Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo (aprovada pela Lei n.º 147/99, de 1 de Setembro) define criança ou jovem como “*a pessoa com menos de 18 anos ou a pessoa com menos de 21 anos que solicite a continuação da intervenção iniciada antes de atingir os 18 anos, e ainda a pessoa até aos 25 anos*”.

“*nascimento completo e com vida*”, sujeito de direitos (cfr. artigo 66.º, n.º 1 do CC)⁹.

15. *Em segundo lugar*, até à maioridade ou à emancipação, as crianças e jovens encontram-se numa situação de incapacidade genérica de exercício (cfr. artigo 123.º do CC¹⁰), não sendo, por isso, susceptíveis de, em maior ou menor medida, exercer e cumprir, de modo pessoal e livre, respectivamente, os seus direitos e vinculações.

O regime vigente caracteriza-se por uma tendencial rigidez, tendo presente que se parte do *princípio da incapacidade genérica de exercício* até à maioridade ou à emancipação do menor. No regime comum, a concreta idade das crianças não é, em regra, relevada como um elemento que autorize a existência de desvios à condição de menor (cfr. artigo 122.º do CC¹¹) e, em consequência, à situação de (in)capacidade jurídica¹². Esta incapacidade genérica de exercício compreende-se à luz da ideia de que

sempre que existam, e apenas enquanto durem, processos educativos ou de formação profissional” – cfr. artigo 5.º, a).

⁹ Sobre o estatuto jurídico da criança e do adolescente, cfr., desenvolvidamente, MARTINS (2008) – que propõe a revisão do modelo vigente da incapacidade fundada na menoridade, por via do apelo a uma perspectiva da criança e do adolescente como “sujeitos de direito em desenvolvimento”.

¹⁰ “*Salvo disposição em contrário, os menores carecem de capacidade para o exercício de direitos.*”

¹¹ Como refere CORDEIRO, anotação ao artigo 122.º, *in* CORDEIRO (Coord.), (2020), p. 366: “[e]mbora visando mediatamente a tutela dos jovens, ele fixa uma idade firme, insensível à realidade”. Conclui, neste sentido, que: “[n]ão é possível qualquer redução teleológica: nem provando que, antes dos 18 anos, um jovem tem uma maturidade superior, ou que um maior tem uma idade psicológica inferior” (ob. cit., pp. 366-367).

¹² Para a crítica a este modelo tendencialmente rígido, cfr. MARTINS (2008), pp. 14-ss. (em especial, pp. 30-ss.) – que evidencia a importância de considerar, ao invés de um limite de idade fixo, o grau de desenvolvimento e de maturidade do sujeito no caso concreto, à luz da ideia do desenvolvimento progressivo da pessoa e da atendibilidade das diversas fases da menoridade. A A. reconhece, em todo o caso, a existência de normas que atribuem à criança e ao adolescente “diversos espaços de auto-determinação na condução da sua vida”, que evidenciam o acolhimento, embora tímido, do “princípio gradualista”, pela consideração do “grau de amadurecimento das suas faculdades físicas, intelectuais, morais e emocionais” (ob. cit., p. 33). Cfr., ainda, SOTTOMAYOR (2016-a), pp. 19-ss. – com a proposta de “uma concepção personalista de responsabilidades parentais” e com a defesa da criança como “uma *pessoa* dotada de sentimentos, necessidades e emoções, a quem é reconhecido um espaço de autonomia e de auto-determinação” (ob. cit., p. 19). A mesma ideia é replicada no comentário ao artigo 1877.º – cfr. SOTTOMAYOR (2020), anotação n.º 6, p. 849: “as crianças são seres em desenvolvimento, que adquirem capacidades específicas ao longo de várias etapas de crescimento”.

a criança, em razão da condição de particular vulnerabilidade, poderia representar um perigo para si mesma¹³.

16. Em todo o caso, existem exceções, também previstas na lei, em que se releva a *idade da criança ou jovem*, assim como a *natureza do acto a praticar*: assim, e designadamente, os artigos seguintes do CC:

- (a) 127.º (que prevê um conjunto de hipóteses de capacidade de exercício da criança);
- (b) 1601.º, a), 1604.º, a), e 1612.º (que esclarecem os termos da celebração de casamento por menor com idade núbil¹⁴);
- (c) 1850.º, n.º 1 (que reconhece a capacidade para perflhar aos “*indivíduos com mais de 16 anos*”);
- (d) 1886.º (que restringe o poder de decisão dos pais sobre a educação religiosa dos “*filhos menores de dezasseis anos*”).

Por outro lado, no plano da legislação extravagante, regula-se a celebração de contrato de trabalho por menor¹⁵, assim como a participação de menor em espectáculo ou outra actividade de natureza cultural, artística ou publicitária¹⁶, como se vai concretizar.

17. Sem prejuízo do referido, o regime do exercício das responsabilidades parentais não é, em geral, matizado pelo aumento progressivo da maturidade da criança ou jovem. Significa isto que, em matéria de *actos de natureza não patrimonial*, o Direito vigente não prevê um catálogo de situações de capacidade de exercício do menor, em razão da sua idade ou maturidade.

A este respeito, o artigo 127.º do CC não parece ser o subsídio normativo adequado para enquadrar exceções à incapacidade de exercício dos menores sempre que estejam em causa actos que afectem “*direitos de natureza não patrimonial, que só admitem exercício pessoal*”¹⁷. Com

¹³ Cfr. CARVALHO (2012), p. 238: “há limitações à capacidade de exercício que são exigidas pela defesa da pessoa do indivíduo”. Cfr., ainda, A. e ob. cit., p. 260 – onde se refere a “[p]rivacões que só se explicam pela necessidade de defender a Pessoa até contra si própria”.

¹⁴ O consentimento para a celebração de casamento por menor está previsto nos artigos 149.º a 150.º do Código do Registo Civil. Nos termos do referido artigo 149.º, n.º 1, “*1 – O menor núbil deve obter autorização dos pais detentores do exercício do poder paternal, do tutor, ou o seu suprimento, com vista ao casamento que pretende realizar*”.

¹⁵ Cfr. artigos 66.º a 83.º do Código do Trabalho.

¹⁶ Cfr. artigo 81.º do Código do Trabalho e artigos 2.º a 11.º da Lei n.º 105/2009, de 14 de Setembro.

¹⁷ Cfr. FERNANDES (2009), p. 265 – que parece sustentar a inaplicabilidade do artigo 127.º a essa categoria de direitos de natureza não patrimonial.

efeito, o preceito em causa parece esgotar o seu campo de aplicação em matérias de natureza patrimonial.

Neste sentido, constituindo uma norma excepcional relativamente ao princípio da incapacidade genérica de exercício dos menores, não deve ser convocada como título que legitime o menor a praticar validamente, de modo pessoal e livre, actos de conteúdo eminentemente pessoal.

18. *Em terceiro lugar*, e como corolário do que se enunciou, as crianças e os jovens, até à maioridade ou emancipação, estão submetidas às responsabilidades parentais (cfr. artigo 1877.º do CC).

O instituto das responsabilidades parentais constitui um dos efeitos primários do vínculo da filiação e configura-se como um instrumento jurídico que visa assegurar a satisfação, de modo adequado e pleno, dos interesses titulados pelas crianças e jovens. Resulta, pois, clara a ideia de que a figura das responsabilidades parentais assenta numa dissociação fundamental entre, *por um lado*, a titularidade do interesse e a titularidade do poder jurídico para actuar o direito ou determinar, em cada caso, restrições quanto ao correspondente exercício¹⁸. Este diagnóstico conduz, por conseguinte, a concluir no sentido de que a heteroconformação do espaço de liberdade da criança e da sua personalidade, pelos pais, não é livre; antes, tem de se orientar no sentido mais adequado à satisfação do interesse do filho.

19. Em termos complementares, justifica-se precisar que, pese embora a previsão explícita do dever de obediência aos pais (cfr. artigos 128.º e 1878.º, n.º 2 – 1.ª parte, do CC), determina-se, na segunda parte da segunda norma citada, que os pais, “*de acordo com a maturidade dos filhos, devem ter em conta a sua opinião nos assuntos familiares importantes e reconhecer-lhes autonomia na organização da própria vida*”.

A primeira parte da norma não prescinde da exigência de que a obediência aos pais tem de se *justificar em termos objectivos*, no sentido em que os actos praticados pelos pais devem respeitar a personalidade da criança, que constitui um sujeito de direito (autónomo e distinto dos pais) e uma pessoa carecida de especial protecção jurídica, em razão da sua vulnerabilidade¹⁹.

¹⁸ Cfr. FERNANDES (2009), p. 273.

¹⁹ Como precisa PINHEIRO (2020), p. 10: “o filho não é *uma parte* dos progenitores, que lhes esteja inteiramente subordinado; é antes sujeito em si mesmo, ser autónomo”. Cfr., ainda, OLIVEIRA (2020), pp. 171-174 – com a crítica dirigida à falta de reconhecimento, pelo Estado, da progressiva autonomia dos jovens, nomeadamente, em matéria de consentimento para a prática de actos clínicos. Sobre a importância do reconhecimento

Naturalmente, a segunda parte da norma não titula o carácter vinculativo da vontade ou da opinião da criança, em todas as circunstâncias; antes, o que se pretende é, deste modo, sempre que possível e adequado, privilegiar um modelo de *coparticipação* no processo de decisão, que deve orientar-se no sentido da concretização do interesse da criança, na situação individual²⁰.

Por conseguinte, importa relevar a *capacidade natural* da criança, isto é, de entender e querer o acto em questão, tendo presente a natureza dos bens implicados e os presumíveis efeitos jurídicos do acto²¹.

20. As directrizes referidas evidenciam que *o pressuposto geral da legitimidade da intervenção dos pais, no exercício das responsabilidades parentais, é o respeito pelo interesse da criança*; numa palavra, reclama-se, em cada caso, que a actuação, seja *finalisticamente orientada para*

da autonomia da criança quanto ao exercício dos seus direitos, cfr. MOREIRA (2001). Para ALEXANDRINO (2011, p. 67), tendo presente a crescente autonomia da criança, esta é titular também de direitos a exercer contra os pais. Com alusão à “nova imagem social da criança, como pessoa igual aos adultos em dignidade”, cfr. SOTTOMAYOR (2020), anotação n.º 7 ao artigo 1877.º, p. 849 – que enfatiza a circunstância de o instituto das responsabilidades parentais ser hoje perspectivado como um instrumento que “visa promover, não só a protecção dos filhos menores, mas também o seu desenvolvimento pessoal e autonomia, concedendo-lhes a lei, de acordo com a sua maturidade, de forma gradual, espaços de autodeterminação e de participação nos assuntos familiares que lhes dizem respeito” (loc. cit.).

²⁰ Como se tem ensinado, “os pais não são meros funcionários ao serviço do filho” – cfr. PINHEIRO (2020), p. 29 – em todo o caso, a autonomia que é reconhecida aos titulares das responsabilidades parentais “não é ilimitada. Cede quando se oponha ao interesse do filho” (ob. cit., p. 30). A directriz de reconhecer aos pais a prerrogativa de orientar e conformar o desenvolvimento dos filhos é enunciada pelo artigo 1885.º, n.º 1, do Código Civil, quando impõe aos pais, “de acordo com as suas possibilidades, promover o desenvolvimento físico, intelectual e moral dos filhos”. Por sua vez, o artigo 1885.º, n.º 2, do Código Civil vincula os pais ao cumprimento do dever de assegurarem aos filhos uma educação “correspondente, na medida do possível, às aptidões e inclinações de cada um”.

²¹ Com apelo ao critério da denominada capacidade natural, cfr. PINTO (2018), pp. 696-701; MARTINS (2008), pp. 100-109 e pp. 116-152; e FESTAS (2009), pp. 305-ss. Para MARTINS (2008, p. 102), a “dissociação entre a capacidade legal de agir e a capacidade natural” conduzem a um “deficit de autodeterminação dificilmente conciliável com o respeito pelo direito constitucionalmente garantido ao desenvolvimento da personalidade enquanto corolário da dignidade da pessoa humana”. A A. releva a capacidade natural como critério da capacidade de agir: “sempre que possível, quando uma criança ou adolescente possuir capacidade natural para a realização de determinado acto, deve ser-lhe reconhecida capacidade de agir para a sua prática” (ob. cit., p. 116). Relevando a natureza e da importância jurídico-social do acto, cfr. MARTINS (2008), pp. 119-ss.

satisfazer os interesses do filho. É este o *fundamento material* da juridicidade da intervenção dos pais, na qualidade de responsáveis parentais. Daqui resulta que o espaço de actuação reconhecido aos pais, *não é discricionário*; de modo diverso, apenas se justifica na medida em que se configure como um instrumento de actuação dos interesses (a apreciar em termos objectivos) do filho.

A este respeito, cumpre recordar a norma, enunciada no artigo 36.º, n.º 5, da Constituição da República Portuguesa (doravante, em termos abreviados, CRP)²², nos termos da qual: “*Os pais têm o direito e o dever de educação e manutenção dos filhos.*”

Este título normativo é, por sua vez, concretizado no Código Civil, em sede de “*Efeitos da filiação*”, em concreto, no artigo 1874.⁰²³ e nos artigos 1878.º e seguintes, que regulam a matéria das responsabilidades parentais. Entre os preceitos referidos, justifica-se salientar, pela sua importância central, o artigo 1878.º (sob a epígrafe, “*Conteúdo das responsabilidades parentais*”), que é expresso ao enunciar: “*1. Compete aos pais, no interesse dos filhos, velar pela segurança e saúde destes, prover ao seu sustento, dirigir a sua educação, representá-los, ainda que nascituros, e administrar os seus bens. 2. Os filhos devem obediência aos pais; estes, porém, de acordo com a maturidade dos filhos, devem ter em conta a sua opinião nos assuntos familiares importantes e reconhecer-lhes autonomia na organização da própria vida*” (redondo nosso).

As responsabilidades parentais configuram, nesta medida, um instituto jurídico que serve o *interesse específico do filho*²⁴, enquanto não atingir

²² Cfr. MEDEIROS (2017), anotação ao artigo 36.º, pp. 600-605 – que evidencia que o legislador constitucional releva o interesse do filho no núcleo do preceito (ob. cit., p. 600). O A. esclarece, ainda, que “a primazia dos pais nesta matéria tem implícito o reconhecimento de que são eles quem se encontra na melhor posição para definir o interesse dos filhos. Por isso, os pais têm o primado na determinação do interesse dos filhos” (ob. cit., pp. 600-601). Cfr., ainda, OLIVEIRA (2000), p. 49 – que ensina que o direito-dever dos pais de dirigir a educação dos filhos tem de ser feito “com respeito da personalidade dos filhos”. Precizando o sentido e a natureza do “poder paternal”, cfr. MIRANDA (1990).

²³ Nos termos do artigo 18784.º, n.º 1, “*Pais e filhos devem-se mutuamente respeito, auxílio e assistência*”.

²⁴ Cfr. OLIVEIRA (2020), p. 500 – que define as responsabilidades parentais como “**os instrumentos jurídicos que facilitam a prestação do cuidado** que se espera que os pais dispensem aos filhos” (negrito no texto original). Cfr., também, COELHO/OLIVEIRA (2016), pp. 179-182 – com a caracterização dos direitos familiares pessoais como “poderes funcionais, poderes-deveres, e como tais irrenunciáveis, indisponíveis” (ob. cit., p. 179).

a maioria ou não se emancipar, por efeitos do casamento (cfr. artigo 132.º do CC), devendo ser actuadas para a satisfação das necessidades concretas da criança, nos diversos planos (patrimonial e pessoal)²⁵.

21. Por sua vez, justifica-se recordar, no contexto das responsabilidades parentais, a distinção fundamental entre *acto de particular importância* e *acto da vida corrente*, relevada, normativamente, nos artigos 1901.º, n.º 2, 1902.º, n.º 1, e 1906.º, n.ºs 2 e 3, do CC.

Os *actos de particular importância* têm por objecto as questões consideradas fundamentais na perspectiva do interesse da criança, designadamente (com base na classificação relevada pelo artigo 36.º, n.º 5, da CRP, assim como no artigo 1874.º, n.º 1, do CC), em matéria de: (i) saúde²⁶; (ii) educação; (iii) segurança; (iv) bem-estar, em geral²⁷. Está em causa um conceito vago e indeterminado, que se impõe concretizar e preencher à luz das circunstâncias particulares, privilegiando uma *perspectiva funcional que se centra na ideia de cuidado devido à criança* (em termos físicos, psicológicos, sociais).

22. *Em quarto lugar*, e como antecipado, deve afirmar-se a *natureza bicéfala* dos direitos à imagem, à palavra e à reserva sobre a intimidade da vida privada, que constituem *direitos fundamentais*, enunciados no artigo

Segundo SOTTOMAYOR (2020, anotação ao artigo 1878.º, p. 851): “A norma sublinha a característica mais típica do instituto das responsabilidades parentais, que é a de o seu objetivo consistir na realização do interesse dos filhos e não do interesse dos pais. Trata-se da dimensão altruística do instituto, que implica uma dissociação entre o titular do direito-dever e o beneficiário do seu exercício”. Como sintetiza a A., “[o] exercício das responsabilidades parentais está funcionalizado ao interesse dos filhos” (ob. cit., p. 852). Cfr., ainda, ALEXANDRINO (2011), p. 52 – que ensina que “de poder ilimitado, passou a poder regulado e, finalmente, a poder funcional juridicamente delimitado”.

²⁵ No sentido de que o regime previsto nos artigos 122.º a 130.º “tem por desiderato justamente proteger os menores”, cfr. SEQUEIRA (2020), p. 192.

²⁶ Para uma análise sobre os limites ao exercício das responsabilidades parentais em matéria de saúde da criança, cfr. PINHEIRO (2020) – que conclui que, apesar da exclusão, determinada pelo artigo 1881.º, n.º 1, do CC, do âmbito do poder de representação em matéria de actos puramente pessoais, “os pais têm de se substituir ao filho na prestação de consentimento informado relativo a acto médico” (ob. cit., p. 53). O A. defende, no entanto, a existência de casos particulares em que o médico não está obrigado a actuar em conformidade com a decisão dos pais da criança (ob. cit., pp. 56-ss.).

²⁷ Para o conceito de questão de particular importância, cfr. GUERRA/BOLIEIRO (2014), pp. 196-197, nota n.º 24 – que ilustram um catálogo de actos, entre os quais, a “Participação em programas de televisão que possam ter consequências negativas para o filho” (loc. cit., p. 197); SOTTOMAYOR (2016-a), pp. 310-323.

26.º, n.º 1, da CRP²⁸, e, bem assim, *direitos de personalidade*, estando submetidos ao regime comum previsto nos artigos 70.º a 81.º do CC²⁹.

23. Os *direitos de personalidade* configuram instrumentos de tutela jurídica dos denominados bens da personalidade, assim designados porque respeitam a manifestações da individualidade da pessoa³⁰. Esta categoria tem a natureza de *direitos pessoais*, uma vez que são insusceptíveis de avaliação pecuniária³¹. Noutra acepção, os direitos de personalidade podem ser classificados como *direitos pessoalíssimos*, pela circunstância

²⁸ Cfr. MEDEIROS/CORTÊS (2017), anotação ao artigo 26.º da Constituição da República Portuguesa, pp. 440-460. Sobre a relação entre os direitos de personalidade e os direitos fundamentais, cfr., desenvolvidamente, PINTO (2018), pp. 96-122; CORDEIRO (2019), pp. 145-ss.; MIRANDA (2020), pp. 82-85.

²⁹ Com uma proposta de anotação aos artigos 70.º a 81.º, cfr. ANTUNES (2012).

³⁰ Cfr. ANTUNES (2012), pp. 13-23 – que define direitos de personalidade como “direitos subjectivos absolutos que têm por objecto bens pessoais, relativos à personalidade (física, moral e jurídica)” (ob. cit., p. 18). Na manualística, cfr. FERNANDES (2009), pp. 220-237 – que propõe um conceito de direitos de personalidade como uma “categoria fundamental de direitos inerentes à pessoa, enquanto manifestações da sua imanente dignidade” (ob. cit., pp. 220-221), enquanto “*direitos que constituem atributo da própria pessoa e que têm por objecto bens da sua personalidade física, moral e jurídica*, enquanto emanações ou manifestações da personalidade, em geral” (ob. cit., p. 222). Sobre os caracteres particulares dos direitos de personalidade, cfr., ainda, Ribeiro (2017). No sentido de que “[o]s direitos de personalidade exprimem posições jurídicas protegidas pelo Direito objetivo”, cfr. CORDEIRO (2019), p. 45 – que precisa a particularidade de se reportarem, “diretamente, à própria pessoa tutelada” (loc. cit.). Na jurisprudência, cfr. Acórdão do STJ de 17 de Novembro de 2019 (Ilídio Sacarrão Martins), in www.dgsi.pt: “*I – Constituem os direitos de personalidade um círculo de direitos necessários; um conteúdo mínimo e imprescindível da esfera jurídica de cada pessoa, cuja violação traduz um facto ilícito civil que desencadeia a responsabilidade civil do infractor (obrigação de indemnizar os prejuízos causados).*”

³¹ Esta circunstância não prejudica, em todo o caso, a celebração de contratos que tenham por objecto manifestações da personalidade e que reconheçam o direito a uma contrapartida pecuniária (como sucede, com os contratos que titulem a exploração comercial da imagem). Sobre este ponto, cfr. ANTUNES (2012), p. 20. Para a distinção de diversos graus de não patrimonialidade dos direitos de personalidade, cfr. CORDEIRO (2019), pp. 113-114 – que qualifica como direito de personalidade patrimonial, designadamente, o “nome, imagem e fruto da atividade intelectual” (ob. cit., p. 114). Cfr., ainda, A. e ob. cit., p. 120 – com a distinção entre direitos de personalidade patrimoniais e não patrimoniais. Mais recentemente, para a crítica à natureza não patrimonial de todos os direitos de personalidade, cfr. CORDEIRO/CORDEIRO (2020), introdução aos artigos 70.º a 81.º do Código Civil, anotações n.º 18, p. 273, e n.º 28, pp. 275-276.

de estarem intimamente relacionados com a pessoa do seu titular, e com as várias dimensões da sua personalidade³².

No caso particular das pessoas singulares, o fundamento jurídico primário dos direitos de personalidade reside na eminente dignidade da pessoa humana (como proclama o artigo 1.º da CRP). A tutela jurídica conferida aos bens de personalidade pretende, precisamente, prevenir ou reagir a ofensas praticadas por actos de terceiro que, pelo facto de não terem sido consentidas ou, ainda, pela circunstância de se afigurarem contrárias ao princípio da eminente dignidade da pessoa humana, não podem ser aceites pelo Direito.

24. Compreende-se, nesta medida, a importância central desta categoria de direitos subjectivos e a pertinência de reflectir sobre os *limites ao respectivo exercício*, em especial, estando em causa actos praticados pelos pais que interferem em aspectos relativos à personalidade dos filhos. Com efeito, durante a menoridade, os pais tomam decisões com *projecção na esfera jurídica pessoal dos filhos*, ingerindo, designadamente, nos seus bens da personalidade. Na verdade, as crianças assumem um papel secundário quanto à conformação do exercício dos direitos de personalidade de que são titulares³³.

25. Por via do *direito à imagem* (tutelado, designadamente, no artigo 26.º, n.º 1, da CRP e no artigo 79.º do CC), releva-se a representação exterior da pessoa em qualquer das suas manifestações (retrato, voz ou palavras). Significa isto que são, em princípio, vedadas as actividades de captação, utilização, divulgação, comercialização que tenham por objecto a *imagem alheia* (o retrato ou as suas palavras), de forma não consentida³⁴.

³² Cfr. MARTINS (2008), pp. 57-58 (nota n.º 126) e pp. 61-66.

³³ No sentido de que “os menores são capazes de exercer os seus direitos de índole puramente pessoal, máxime os direitos de personalidade”, cfr. SEQUEIRA (2020), p. 203 – que apoia esta conclusão no artigo 1881.º do CC. Com a crítica à divisão artificial entre capacidade de gozo e de exercício, no plano dos direitos puramente pessoais, cfr. MARTINS (2008), pp. 61-ss.: “quando estão em causa direitos que mais não são do que manifestações da própria personalidade, não tem qualquer sentido útil o reconhecimento da idoneidade para a sua titularidade (capacidade jurídica) desacompanhado do reconhecimento da aptidão para os exercitar (capacidade de agir)” (ob. cit., p. 61).

³⁴ O artigo 79.º, n.º 2, do Código Civil prevê situações excepcionais, por razões objectivas (relativas à natureza do caso e à finalidade a prosseguir) e subjectivas (em razão da condição, estatuto ou notoriedade do retratado), em que é dispensado “o consentimento da pessoa retratada”. Esta norma, tendo natureza excepcional relativamente à regra do consentimento do retratado, tem de ser

Entre as realidades subsumíveis ao conceito técnico de *retrato*, para este fim, justifica-se referir, designadamente, as seguintes: (i) fotografia impressa; (ii) fotografia digital; (iii) fotomontagem; (iv) áudio; (v) vídeo; (vi) escultura; (vii) pintura; (viii) imagem captada por sistemas de videovigilância; (ix) dados biométricos captados, analisados e, eventualmente, partilhados por sistemas que identificam e analisam a pupila e as impressões digitais. Por conseguinte, e em geral, só o titular do direito à imagem pode conformar a utilização da sua imagem, assim como das suas palavras.

26. O direito à reserva sobre a intimidade da vida privada (previsto textualmente no artigo 26.º, n.º 1, da CRP e no artigo 80.º do CC)³⁵ titula o poder jurídico de *impor a abstenção de condutas que interferiram, em termos ilegítimos, na esfera privada dos indivíduos*, isto é, nos acontecimentos ou elementos reservados, pela sua própria natureza ou que não se pretende que sejam acedidos por outrem ou tornados públicos. Também nesta matéria, a ingerência em aspectos compreendidos na vida privada (ou na vida familiar³⁶) está dependente, em regra³⁷, do consentimento prestado pelo titular do bem jurídico afectado. Com efeito, ainda que não resulte enunciado expressamente, no artigo 80.º do CC, a imposição de *reserva* leva implícita a exigência de consentimento do visado.

interpretada em termos estritos. Em todo o caso, o n.º 3 do artigo impõe um limite imperativo quanto à dispensa do acto de consentimento, esclarecendo que: “O retrato não pode, porém, ser reproduzido, exposto ou lançado no comércio, se do facto resultar prejuízo para a honra, reputação ou simples decore da pessoa retratada.” Para mais desenvolvimentos, cfr. ANTUNES (2012), anotação ao artigo 79.º, pp. 177-199. No sentido de que a restrição operada pelo n.º 2 “deve ser interpretada com o máximo cuidado”, cfr. Guedes (2014), anotação n.º IV ao artigo 79.º do Código Civil, p. 196.

³⁵ Nos termos do artigo 80.º do CC, “1. Todos devem guardar reserva quanto à intimidade da vida privada de outrem. 2. A extensão da reserva é definida conforme a natureza do caso e a condição das pessoas.” Sobre o artigo 80.º, cfr. ANTUNES (2012), pp. 200-230 – com indicações bibliográficas e jurisprudenciais.

³⁶ O artigo 26.º, n.º 1, da CRP refere-se, explicitamente, à “reserva da intimidade da vida privada e familiar” e autoriza, por conseguinte, que o artigo 80.º do CC seja interpretado em conformidade com a Constituição, ampliando o seu âmbito de tutela aos aspectos reservados relativos à vida familiar do indivíduo considerado. Neste sentido, cfr. ANTUNES (2012), p. 204.

³⁷ O artigo 80.º, n.º 2, do CC preceitua que “[a] extensão da reserva é definida conforme a natureza do caso e a condição das pessoas”. Sobre o sentido desta ressalva, cfr. ANTUNES (2012), pp. 207-211.

27. Por sua vez, tem igualmente a natureza bicéfala de direito fundamental e de direito de personalidade o *direito ao desenvolvimento da personalidade*, que é enunciado no artigo 26.º, n.º 1, da CRP³⁸. Por esta via, reconhece-se e tutela-se o poder jurídico de cada pessoa conformar, sem a interferência não autorizada de terceiros, a formação da sua personalidade.

Um dos problemas que se pode equacionar reside em saber se cabe reconhecer, às crianças, um direito a *decidir sobre a existência e/ou os limites da sua “exposição pública” e, em concreto, sobre a sua “pegada digital”*. Neste sentido, não seria legítimo, sem mais, o acto praticado pelos pais (ou por outros terceiros) que exponha a imagem ou a voz da criança, designadamente, em termos atentatórios à sua dignidade como pessoa (cfr. artigo 1.º da CRP), em especial, sem que esta tenha tido a possibilidade de participar na decisão (aceitando-a ou rejeitando-a). É o que pode suceder, *v.g.*, nos actos de partilha, sem filtros ou outros limites, de momentos íntimos da criança, assim como de episódios divulgados com propósitos puramente lúdicos tendo como protagonista a criança. Nestes casos, a directriz primária, sustentada no reconhecimento do direito ao desenvolvimento da personalidade da criança e no princípio da eminente dignidade da pessoa humana, deve ser a *abstenção de conduta* pelos pais³⁹. Numa palavra, devem considerar-se vedados, em geral, os actos atentatórios da dignidade da criança, em especial, aqueles que a “coisifiquem” ou a minorem com publicidade⁴⁰.

³⁸ Para o diagnóstico da importância do direito ao desenvolvimento da personalidade “sempre que estejam em causa crianças ou jovens ainda em fase de formação da sua personalidade”, cfr. MEDEIROS/CORTÊS (2017), anotação ao artigo 26.º da Constituição da República Portuguesa, p. 448. Também no campo do Direito da Família, cfr. OLIVEIRA (2020), p. 45: “Todos os cidadãos são titulares deste direito, mas as crianças e os jovens são um grupo para quem ele assume uma ‘especial relevância’.” Já anteriormente, cfr. COELHO/OLIVEIRA (2006), pp. 51-52. Para uma análise detalhada, cfr. PINTO (2018), pp. 7-122. Na actualidade, cfr. OLIVEIRA (2020), pp. 165-175 – que salienta a “importância crescente” deste direito e que esclarece que o mesmo será exercido por qualquer cidadão “de acordo com a sua idade e circunstância” (ob. cit., p. 165) e propõe o “reconhecimento, em geral, de *uma autonomia crescente dos jovens para a organização da sua própria vida* e, concretamente, de um direito a ser ouvido nos assuntos importantes” (ob. cit., p. 166). Cfr., ainda, BARBOSA/ÁLVAREZ (2020).

³⁹ Com a proposta da directriz geral da dignidade da pessoa humana como uma das dimensões comuns às distintas esferas do Direito dos direitos das crianças, cfr. ALEXANDRINO (2011), pp. 73-76.

⁴⁰ Na experiência jurídica romana, reconhecia-se ao pai o direito de expor o recém-nascido, assim como os poderes jurídicos de alugar ou vender os filhos. Sobre o ponto,

Na generalidade dos casos, a exposição pública da criança resulta do exercício do direito de autodeterminação pelos pais (que consentem na criação de contas em redes sociais), a quem é (...) reconhecida a faculdade de conformar a maior ou menor exposição de aspectos da sua vida. Contudo, o exercício do direito à autodeterminação dos pais não pode legitimar, sem mais, a correspondente ingerência nos direitos de personalidade titulados pelos filhos, como se fossem um “aspecto compreendido na personalidade dos pais”. Nesta medida, é duvidosa a legitimidade material de actos de exposição dos filhos, no contexto de blogues, redes sociais ou, em geral, *sítios* na *Internet*, que funcionem como plataformas de aproveitamento comercial da imagem e da privacidade das crianças, que são envolvidas, muitas vezes, sem consciência ou sem uma vontade adequadamente esclarecida, em contextos mediáticos, por determinação unilateral de ambos os pais ou, mesmo, de apenas um dos pais.

O diagnóstico de prudência quanto ao tipo de actos susceptíveis de serem praticados pelos pais no exercício das responsabilidades parentais justifica-se em razão do *estado de particular vulnerabilidade das crianças* que aconselha, por isso, uma atitude de recato por parte dos pais.

28. *Em quinto lugar*, a exigência de um *acto de consentimento*, como pressuposto comum de admissibilidade de uma ingerência nos direitos de personalidade alheios, fundamenta-se no regime comum de limitação ao exercício dos direitos de personalidade: é essa a ideia que subjaz ao artigo 81.º do CC, cuja epígrafe e corpo aludem explicitamente à “*limitação voluntária*”⁴¹.

Pressupõe-se, como condição de perfeição do referido acto de limitação voluntária ao exercício de direitos de personalidade, que o consentimento seja prestado por um *sujeito com maturidade*, em termos *livres, esclarecidos e lícitos*, portanto, sem ofensa à lei imperativa, aos bons costumes ou à ordem pública, (como expressamente enunciado pelo artigo 280.º

cfr. MARTINS (2008), p. 186 (nota n.º 421).

⁴¹ Sobre o artigo 81.º, cfr. ANTUNES (2012), pp. 231-243. Relativamente aos problemas suscitados pela exigência de capacidade jurídica para a limitação voluntária, estando em causa direitos de personalidade titulados por incapazes, cfr. ANTUNES (2012), pp. 232-233 – que conclui no sentido de que “[o] requisito do esclarecimento não deve, no entanto, prejudicar a relevância jurídica de todo o acto de limitação voluntária praticado por incapazes: o que deve ser exigido é a demonstração de uma capacidade natural suficiente para compreender as consequências do acto de limitação do exercício dos direitos de personalidade, ressalvado o caso de ser outra a solução legal expressamente prevista para os actos de limitação voluntária dos direitos de personalidade por incapazes”.

do CC, sob a epígrafe “*Requisitos do objecto negocial*”. Na verdade, este acto de vontade (o referido “consentimento”) tem natureza jurídico-negocial, estando, por isso, submetido ao crivo geral da fiscalização da validade dos negócios jurídicos (no plano dos seus *pressupostos* – sujeitos e objecto – e dos *elementos da estrutura negocial* – a vontade, a declaração e a causa).

Esta asserção é, por sua vez, replicada na norma comum sobre os requisitos de admissibilidade do consentimento, na lei civil, no artigo 340.º, sob a epígrafe *Consentimento do lesado*⁴². A este respeito, a importância de que o acto de ingerência nos bens da personalidade da criança se fundamente no interesse da criança visada resulta, na ausência de uma norma especial sobre limitação voluntária dos direitos de personalidade titulados pelas crianças, do n.º 3 do referido artigo 340.º do CC, que releva a vontade conjectural ou hipotética do lesado.

29. No campo particular da tutela jurídico-penal, o artigo 38.º do Código Penal regula o *consentimento do ofendido*, estatuinto que se considera excluída a ilicitude do facto no caso de ter havido consentimento, desde que estejam em causa “*interesses jurídicos livremente disponíveis e o facto não ofender os bons costumes*” (cfr. n.º 1). Exige-se, bem assim, uma “*vontade séria, livre e esclarecida do titular do interesse juridicamente protegido*” (cfr. n.º 2), ainda que se admita que o consentimento pode ser prestado por “*quem tiver mais de 16 anos e possuir o discernimento necessário para avaliar o seu sentido e alcance no momento em que o presta*” (cfr. n.º 3)⁴³.

A atendibilidade do limite etário dos 16 anos, aqui convocado, não parece dever ser desconsiderada no plano do eventual regime especial aplicável ao acto de limitação ao exercício de direitos de personalidade

⁴² “1. O acto lesivo dos direitos de outrem é lícito, desde que este tenha consentido na lesão. 2. O consentimento do lesado não exclui, porém, a ilicitude do acto, quando este for contrário a uma proibição legal ou aos bons costumes. 3. Tem-se por consentida a lesão, quando esta se deu no interesse do lesado e de acordo com a sua vontade presumível.” Para PROENÇA (2014, p. 808), “um incapaz de exercício pode prestar consentimento (por ex., para um ato médico) desde que compreenda o sentido da sua vontade dispositiva”.

⁴³ O denominado “*consentimento presumido*” é regulado no artigo 39.º do Código Penal, nos seguintes termos: “1. Ao consentimento efectivo é equiparado o consentimento presumido. 2. Há consentimento presumido quando a situação em que o agente actua permitir razoavelmente supor que o titular do interesse juridicamente protegido teria eficazmente consentido no facto, se conhecesse as circunstâncias em que este é praticado.”

titulados pelas crianças⁴⁴. Com efeito, e como se vai concretizar, ainda que se enuncie a regra da incapacidade genérica relativamente aos menores de idade e não emancipados pelo casamento, justifica-se, pelo menos em matérias não especialmente reguladas e em que estejam em causa *direitos eminentemente pessoais da criança*, relevar a sua *vontade*, desde que a criança tenha a maturidade e o discernimento adequados para compreender o acto na situação individual⁴⁵.

30. Em termos complementares, qualquer acto que consinta numa *limitação ao exercício de direitos de personalidade* tem de ser conformado no tempo, no espaço e no plano dos fins visados⁴⁶.

Esta exigência permite induzir a conveniência de uma solução casuística, construída com base na análise dos interesses concretos em conflito, que sejam aptos a justificar o acto de limitação voluntária a praticar, ao invés de um critério limitativo abstracto.

31. *Em sexto lugar*, e como se antecipou, o Código Civil não prevê um regime especial quanto à limitação voluntária ao exercício dos direitos de personalidade titulados pelas crianças, que se caracterizam por serem irrenunciáveis e indisponíveis⁴⁷.

Em concreto, inexistente um preceito que regule, de modo especial, os termos da ingerência, pelos pais, na imagem, na voz e na reserva sobre a intimidade da vida privada dos filhos, designadamente, por via da partilha de imagens, áudios ou vídeos da criança⁴⁸.

⁴⁴ No sentido de que “[o] princípio do consentimento a partir dos 16 anos, consagrado no art. 38.º, n.º 3, do CP para actos médicos, é aplicável às decisões relativas a direitos de personalidade, como o direito à imagem ou à intimidade da vida privada, por exemplo, exibição de fotografia ou entrevista em jornal, revista ou televisão, nos termos das normas dos arts. 340.º, n.º 1, 81.º, n.º 1, e 280.º, n.º 2, relativas à limitação voluntária aos direitos de personalidade e ao consentimento do ofendido”, cfr. SOTTOMAYOR (2016-*b*), p. 61 – que reconhece, nesses casos, o direito de oposição por parte dos pais, cabendo, depois, ao Tribunal apreciar e decidir o litígio.

⁴⁵ Com a defesa da autonomia individual (como estrutura gradativa) como uma das dimensões comuns às distintas esferas do Direito dos direitos das crianças, cfr. ALEXANDRINO (2011), pp. 76-77 – que esclarece que “[e]ntendida como processo, a autonomia vem aliás a ser, depois da vida e da integridade, o bem ou interesse mais valioso do menor” (ob. cit., p. 76).

⁴⁶ Cfr. ANTUNES (2012), p. 233: “o consentimento tem de ter em vista situações concretas e deve ser delimitado em termos materiais, espaciais ou temporais, estando vedada a hipótese de um consentimento indeterminável ou perpétuo”.

⁴⁷ Sobre os caracteres dos direitos de personalidade, cfr. ANTUNES (2012), pp. 19-22.

⁴⁸ Com a defesa do princípio de que “[a] actuação dos pais, quando implica a disposição de direitos de personalidade dos filhos, deve obedecer à forma escrita e ser

De modo diverso, o Código Civil de Macau, prevê, no artigo 69.º, n.ºs 2 a 4⁴⁹, uma solução especial para a limitação voluntária ao exercício dos direitos de personalidade de menor de idade, que releva, em termos alternativos, a idade da criança ou a ausência de oposição desta relativamente ao acto a praticar pelos representantes legais. Condiciona-se, nesta medida, a validade da limitação ao exercício dos direitos de personalidade a um *acto de consentimento*, a prestar: (i) pelo menor – no caso de ter mais de 14 anos e de ter o discernimento necessário “*para avaliar o seu sentido e alcance no momento em que o presta*”; ou (ii) pelo representante legal do menor de 14 anos, desde que *não exista oposição do menor*, se este tiver o discernimento para avaliar o sentido e o alcance do acto de consentimento.

32. No Direito português, impõe-se articular, em cada caso, o regime do artigo 81.º do CC com as normas que enquadram as responsabilidades parentais. Significa isto que, enquanto estiverem instituídas as responsabilidades parentais (até à emancipação ou até à maioridade – cfr. artigo 1877.º do CC), *o consentimento para uma eventual limitação ao exercício de direitos de personalidade da criança* (como a imagem, a reserva sobre a intimidade da vida privada e o desenvolvimento da personalidade),

apreciada pelo MP ou pelo juiz, nos termos do art. 1918.º, por analogia com os actos jurídicos patrimoniais para os quais a lei prevê a necessidade de autorização do Tribunal (arts. 1889.º e 1938.º)”, cfr. SOTTOMAYOR (2016-b), p. 61.

⁴⁹ Nos termos do referido artigo 69.º, sob a epígrafe “*Limitação voluntária dos direitos de personalidade*”: “1. Toda a limitação voluntária ao exercício dos direitos de personalidade é nula, se disser respeito a interesses indisponíveis, se for contrária aos princípios da ordem pública ou se for contrária aos bons costumes. 2. Ressalvados os casos previstos no número anterior, e sem prejuízo de disposição em contrário, a limitação voluntária dos direitos de personalidade é eficaz se nela consentir maior de 14 anos que possua o discernimento necessário para avaliar o seu sentido e alcance no momento em que o presta. 3. Ainda que o menor não tenha 14 anos, o consentimento do representante legal não é eficaz se for prestado com a oposição do menor, contanto que este possua o discernimento referido no número anterior. 4. Salvo norma especial, o consentimento pode ser expresso por qualquer meio que traduza uma vontade séria, livre e esclarecida do titular do interesse juridicamente protegido, ou, se for o caso, do representante legal. 5. A limitação voluntária dos direitos de personalidade, quando legal, é sempre revogável, ainda que com obrigação de indemnizar os prejuízos causados às legítimas expectativas da outra parte.” O Anteprojecto do Código Civil de Macau na parte relativa aos direitos de personalidade, da autoria de PAULO MOTA PINTO, pode ser consultado no *BMJ*, n.º 488 (1999), pp. 5-37. Para a fundamentação das soluções propostas, cfr. PINTO (2018), pp. 409-459; *ibidem* em *BMJ*, n.º 76 (2000), pp. 205-250.

pressuposto pela norma do artigo 81.º do CC, *é prestado pelos pais no exercício das responsabilidades parentais*⁵⁰.

De resto, especificamente em matéria de actos clínicos, o artigo 21.º, n.º 1, do Código Deontológico⁵¹ determina: “*O consentimento dos menores [...] deve ser solicitado ao seu representante legal, se possível.*” Por sua vez, o n.º 3 do mesmo artigo, precisa: “*A opinião dos menores deve ser tomada em consideração, de acordo com a sua maturidade, mas o médico não fica desobrigado de obter o consentimento aos representantes legais daqueles e de ponderar eventuais interesses contrapostos.*” Por outro lado, no que respeita ao tratamento de dados pessoais, o artigo 8.º, n.º 1 (sob a epígrafe “*Condições aplicáveis ao consentimento de crianças em relação aos serviços da sociedade da informação*”), do RGPD prevê que: “*Caso a criança tenha menos de 16 anos, o tratamento só é lícito se e na medida em que o consentimento seja dado ou autorizado pelos titulares das responsabilidades parentais da criança.*”

33. Naturalmente, e como resulta de modo cristalino do artigo 81.º do CC, também *o consentimento para a limitação (ao exercício) dos direitos de personalidade prestado pelos pais da criança tem de ser lícito, no sentido de não contrariar uma norma legal imperativa, a ordem pública ou os bons costumes.*

Esta exigência conduz à importância de avaliar, em cada situação individual, se o acto praticado se *destina funcionalmente a satisfazer interesses da própria criança* (e já não os interesses dos pais). Na verdade, como se vai concretizar, as restrições ao exercício dos direitos de personalidade titulados pelos filhos, determinadas pelos responsáveis parentais, configuram *actos de particular importância*, que devem respeitar, de modo estrito, a directriz geral do *interesse superior da criança*⁵².

34. *Em sétimo lugar*, no Direito vigente, o exercício das responsabilidades parentais nem sempre tem lugar no quadro da representação legal, uma vez que existem actos que estão exceptuados do poder de

⁵⁰ Nos termos do artigo 3.º do Regime Geral do Processo Tutelar Cível (aprovado pela Lei n.º 141/2015, de 8 de Setembro – doravante, RGPTC), “*constituem providências tutelares cíveis: [...] f) A autorização do representante legal da criança à prática de certos atos, a confirmação dos que tenham sido praticados sem autorização e as providências acerca da aceitação de liberalidades*”.

⁵¹ Cfr. Regulamento n.º 707/2016, de 21 de Julho, aprovado pela Ordem dos Médicos.

⁵² Cfr. *infra* IV.

representação, a saber: (i) “os actos puramente pessoais”⁵³, (ii) “aqueles que o menor tem o direito de praticar pessoal e livremente”⁵⁴ e (iii) “os actos respeitantes a bens cuja administração não pertença aos pais” (cfr. artigo 1881.º, sob a epígrafe “*Poder de representação*”). Nestes casos, os pais não podem exercer, em termos livres e autónomos, os direitos titulados pelos filhos⁵⁵. Por conseguinte, há situações em que os pais, no exercício das responsabilidades parentais, actuam *fora do cenário da substituição de vontades*, mas *como assistentes*, portanto, num modelo de *conjugação de vontades*.

É o que ocorre, designadamente, em matéria de:

- (a) *Casamento de menor com idade núbil* [nos termos preceituados nos artigos 1604.º, a) e 1612.º do CC];
- (b) *Celebração de contrato de trabalho com menor com 16 anos de idade* (cfr. artigos 68.º a 70.º do Código do Trabalho);
- (c) *Participação de menor em espectáculo ou outra actividade de natureza cultural, artística ou publicitária* (cfr. artigo 81.º do Código do Trabalho, e artigos 2.º a 11.º da Lei n.º 105/2009, de 14 de Setembro)⁵⁶.

⁵³ CORDEIRO [anotação n.º 4 ao artigo 124.º, in CORDEIRO (Coord.), 2020, p. 369], releva os actos “*de natureza familiar*”. Para LIMA/VARELA (2010, p. 340, anotação ao artigo 1881.º), estariam em causa os actos “pela sua raiz eminentemente ligada à vontade do indivíduo”.

⁵⁴ Assim sucede, designadamente, nas hipóteses previstas no artigo 127.º do CC (*Excepções à incapacidade dos menores*), mas também em legislação extravagante.

⁵⁵ Para MARTINS (2008, pp. 87-88), no campo dos direitos puramente pessoais, “[o] exercício de tais direitos cabe única e exclusivamente ao seu titular na medida em que se estes se traduzem em manifestações da sua própria personalidade”. Para mais desenvolvimentos, cfr. A. e ob. cit., pp. 129-134 – com a defesa da *exclusão da representação legal em relação ao exercício dos direitos de natureza pessoal*, aqui se incluindo, os direitos tradicionalmente qualificados como estritamente pessoais (caracterizados pela insusceptibilidade de cisão entre a titularidade e o exercício dos direitos), como “outros direitos pessoais, também caracterizáveis como pessoalíssimos pela sua incidibilidade da pessoa do seu titular (v.g., direitos da personalidade)” (ob. cit., pp. 129-130).

⁵⁶ O artigo 31.º da Convenção sobre os Direitos da Criança determina: “1. Os Estados Partes reconhecem à criança o direito ao repouso e aos tempos livres, o direito de participar em jogos e actividades recreativas próprias da sua idade e de participar livremente na vida cultural e artística. 2. Os Estados Partes respeitam e promovem o direito da criança de participar plenamente na vida cultural e artística e encorajam a organização, em seu benefício, de formas adequadas de tempos livres e de actividades recreativas, artísticas e culturais, em condições de igualdade.”

35. Nos casos de intervenção dos pais ao abrigo do instituto da *assistência*, verifica-se um regime de *codecisão* ou de *actuação conjugada de diversos sujeitos e entidades*. Assim:

- (a) No *casamento por menor com idade núbil*, exige-se a conjugação da vontade do nubente com a autorização dos pais (nos termos dos artigos 1604.º, *a*) – *a contrario*; 1612.º do CC; e 149.º a 150.º do Código do Registo Civil⁵⁷); por sua vez, em caso de recusa, pode requerer-se o suprimento pelo conservador do registo civil⁵⁸;
- (b) Na *celebração de contrato de trabalho por menor com idade laboral*, a autorização prestada pelos pais tem de ser conjugada com a autorização preventiva concedida pela CPCJ, pelo suprimento da mesma ou, noutra perspectiva, pela confirmação do acto pelo tribunal (cfr. artigo 70.º do Código do Trabalho⁵⁹);
- (c) No contexto da *participação de crianças em actividade de natureza cultural, artística ou publicitária*, “*designadamente, como actor, cantor, dançarino, figurante, músico, modelo ou manequim*”⁶⁰, exige-se, para além da “*autorização dos repre-*

⁵⁷ O artigo 1612.º, n.º 1, do CC esclarece que “[a] *autorização para o casamento de menor de dezoito anos e maior de dezasseis deve ser concedida pelos progenitores que exerçam o poder paternal, ou pelo tutor*”. Por sua vez, nos termos do artigo 149.º do Código do Registo Civil, “*1 – O menor núbil deve obter autorização dos pais detentores do exercício do poder paternal, do tutor, ou o seu suprimento, com vista ao casamento que pretende realizar. 2 – O documento comprovativo da autorização ou do seu suprimento é junto ao processo preliminar de casamento.*”

⁵⁸ O artigo 1612.º, n.º 2, do CC admite o suprimento, pelo conservador do registo civil, da autorização referida no n.º 1 do preceito (a prestar pelos progenitores que exerçam o poder paternal, ou pelo tutor), “*se razões ponderosas justificarem a celebração do casamento e o menor tiver suficiente maturidade física e psíquica*”. O processo de suprimento da autorização para casamento de menor é regulado nos artigos 255.º a 257.º do Código do Registo Civil.

⁵⁹ Nos termos do artigo 70.º do Código do Trabalho, sob a epígrafe, “*Capacidade do menor para celebrar contrato de trabalho e receber a retribuição*”, “*1 – É válido o contrato de trabalho celebrado por menor que tenha completado 16 anos de idade e tenha concluído a escolaridade obrigatória ou esteja matriculado e a frequentar o nível secundário de educação, salvo oposição escrita dos seus representantes legais. 2 – O contrato celebrado por menor que não tenha completado 16 anos de idade, não tenha concluído a escolaridade obrigatória ou não esteja matriculado e a frequentar o nível secundário de educação só é válido mediante autorização escrita dos seus representantes legais.*”

⁶⁰ Cfr. artigo 2.º, n.º 1.

sentantes legais do menor” [a que alude o artigo 6.º, n.º 2, c), da Lei n.º 105/2009, de 14 de Setembro], a autorização prestada pela CPCJ (cfr. artigos 5.º-ss. da Lei n.º 105/2009, de 14 de Setembro) ou, no caso de recusa de autorização ou revogação da autorização concedida, autorização judicial (cfr. artigo 11.º da Lei n.º 105/2009, de 14 de Setembro)⁶¹.

A perfeição do acto de participação das crianças em actividades de natureza cultural, artística ou publicitária está, pois, dependente de um *procedimento estratificado*, que pressupõe a intervenção dos pais, assim como de outra entidade.

- (1) Entre os parâmetros a relevar pela CPCJ, incluem-se as *coordenadas relativas à natureza, contexto e duração da actividade, a idade da criança* e, bem assim, os *riscos* (efectivos ou potenciais) para o seu *bem-estar* (cfr. artigos 2.º⁶² a 3.º⁶³).
- (2) A CPCJ, nos termos do artigo 7.º, n.º 1, deve, previamente à tomada de decisão sobre o requerimento de autorização (apresentado à luz do artigo 6.º), “*ouvir o menor em causa, sempre que tal seja possível*”.
- (3) Por sua vez, a CPCJ deve ponderar “*o tipo de participação e o correspondente número de horas por dia e por semana*” (cfr. artigo 7.º, n.º 2 – 1.ª parte) e, bem assim, o eventual prejuízo para “*a segurança, o desenvolvimento físico, psíquico e moral, a educação e a formação do menor*” (cfr. artigo 7.º, n.º 2 – 2.ª parte). Por conseguinte, a autorização por parte da

⁶¹ O enquadramento normativo referido deve, igualmente, ser convocado no caso de se perspectivar a participação de crianças em espectáculos recreativos com potencial risco para a sua vida ou integridade física. A este respeito, já se questionou a legitimidade de intervenção de crianças em espectáculos tauromáquicos, ainda que no âmbito de demonstrações promovidas em contexto de actividades escolares, tendo presente o risco, para a integridade física da criança, de um eventual confronto com os animais.

⁶² Entre as limitações impostas pelo artigo 2.º, n.º 2, releva-se a proibição, em regra, de “*contacto com animal, substância ou actividade perigosa que possa constituir risco para a segurança ou a saúde do menor*”. O n.º 3 do mesmo artigo autoriza a participação da criança em espectáculos que envolvam animais “*desde que tenha pelo menos 12 anos e a sua actividade, incluindo os respectivos ensaios, decorra sob a vigilância de um dos progenitores, representante legal ou irmão maior*”.

⁶³ O artigo 3.º, sob a epígrafe “*Duração do período de participação em actividade*”, regula, designadamente, a duração máxima semanal admitida, que varia em função da idade da criança (compreendida entre os intervalos “*menos de um ano*” e “*de 12 a menos de 16 anos*”).

CPCJ tem de ser dada considerando a *concreta actividade e a criança em questão*.

- (4) Nesta eventualidade, como enunciado pelo artigo 9.º, n.º 1, “[o] contrato que titula a prestação de actividade do menor é celebrado entre os seus representantes legais e a entidade promotora, por escrito e em dois exemplares, devendo indicar a actividade a realizar e a duração da participação do menor, o correspondente número de horas por dia e por semana, a retribuição da pessoa que exerce a vigilância do menor, no caso previsto no n.º 3 do artigo 7.º”.
- (5) Por outro lado, e como enunciado no artigo 9.º, n.º 2, da mesma Lei, o futuro contrato a celebrar deve ser instruído com o “certificado de que o menor tem capacidade física e psíquica adequadas”.
- (6) No caso de não ser autorizada a participação da criança na actividade pretendida ou se for revogada a autorização anteriormente prestada, “os representantes legais do menor podem requerer ao tribunal de família e menores que autorize a participação ou mantenha a autorização anterior, observando-se, até ao trânsito em julgado, a deliberação da CPCJ” (cfr. artigo 11.º, n.º 1, epígrafado “Autorização judicial”).

36. A *intervenção dos responsáveis parentais em matérias relativas à pessoa dos filhos* é, neste sentido, *bicéfala*, podendo ter lugar ao abrigo da representação legal⁶⁴ ou da assistência⁶⁵.

⁶⁴ No sentido de que o poder de representação legal respeita também a “matérias de natureza não patrimonial da vida do menor”, cfr. FERNANDES (2009), p. 275. É diferente a posição sustentada por SOTTOMAYOR (2020), anotação ao artigo 1878.º, p. 854. Para a defesa da ideia de que “[o] poder de representação foi pensado para atos patrimoniais, em que se justifica que os pais substituam os filhos menores, celebrando negócios jurídicos em nome destes e no seu melhor interesse”, cfr. MONTEIRO/DIAS (2020), anotação ao artigo 1881.º do Código Civil, p. 865. No sentido de que “[o] essencial da representação legal tem a ver com a administração dos bens dos filhos”, cfr. CORDEIRO, anotação n.º 5 ao artigo 124.º, *in* CORDEIRO (Coord.) (2020), p. 369.

⁶⁵ OLIVEIRA (2020), pp. 510-511: releva casos de “**tomada de decisões** pelos pais que podem implicar uma intromissão importante na pessoa do filho – cuidados médicos, formação escolar, residência, educação religiosa, etc. – mas não exigem uma capacidade de exercício própria das vinculações jurídicas”; são “decisões necessárias ou convenientes que não cabem na esfera de capacidade do próprio menor (cfr. o artigo 127.º)” (loc. cit.). Aqui, para além de se dever respeitar a “autonomia progressiva” do filho, há previsões legais que assentam num “regime de **consentimento cumulativo** que pretende

Antecipe-se, em todo o caso, que é duvidoso que se possa convocar o artigo 1881.º – que exclui o poder de representação exercido pelos responsáveis parentais relativamente aos “*actos puramente pessoais*” – para concluir que, designadamente, em matéria de celebração de contratos por crianças, em que esteja implicada a sua imagem ou voz, os pais não possam intervir ou que a criança (que é, nos termos gerais do artigo 123.º do CC, incapaz genericamente de exercício) deve ser admitida a actuar autonomamente, isto é, de modo pessoal e livre⁶⁶.

37. *Em oitavo lugar*, e como corolário da circunstância de a intervenção, no exercício das responsabilidades parentais, poder ter lugar num quadro de *codecisão* ou de *consentimento conjugado*, justifica-se ponderar, no *juízo sobre a legitimidade material do acto praticado pelos pais*, a *idade das crianças* ou a respectiva *maturidade e discernimento* para o compreender⁶⁷. Na verdade,

(a) Existem disposições esparsas que relevam a *idade da criança*, a saber:

- (1) Os 7 anos (cfr. artigo 488.º, n.º 2, do CC, em matéria de inimputabilidade)⁶⁸;
- (2) Os 12 anos (cfr. artigos 1981.º, n.º 1, *a*); 1984.º, *a*) do CC; e artigos 105.º; 112.º e 114.º, n.º 1, da LPCJP);
- (3) Os 14 anos (cfr. artigos 5.º, n.º 3, e 7.º, *b*), da Lei de Saúde Mental, aprovada pela Lei n.º 36/98, de 24 de Julho)⁶⁹;

reforçar as garantias de protecção numa área em que, por definição, ainda não se tem um domínio total sobre todos os riscos e os benefícios, ou em que a extensão e os efeitos são especialmente importantes” (ob. cit., p. 511).

⁶⁶ Este ponto é retomado *infra*, § IV.

⁶⁷ Para a tripartição do consentimento em vinculante, autorizante e tolerante, cfr. CARVALHO (2012), pp. 205-206 – que explicita: “de um modo geral, não está sujeito, enquanto consentimento tolerante, aos princípios que regem a capacidade em matéria de negócios jurídicos, devendo dá-lo o próprio menor, desde que tenha a suficiente maturidade para a avaliação das respectivas consequências” (ob. cit., p. 205). O A. precisa a necessidade de o *menor autorizar a ingerência nos seus bens da personalidade*, nos casos em que esta esteja estruturada na base de um contrato, a celebrar por intermédio dos pais: “Seria absurdo que o representante legal pudesse realizar compromissos jurídicos que tocam em direitos da personalidade do menor ou interdito, quando este já tem maturidade suficiente, contra a vontade esclarecida dele (escolha de profissão, escolha de formação, etc., etc. ob. cit., p. 206).

⁶⁸ O artigo 488.º do Código Civil presume a falta de imputabilidade “*nos menores de sete anos*”.

⁶⁹ O limite etário dos 14 anos é ponderado na Lei de Saúde Mental quanto ao direito de receber ou recusar intervenções diagnósticas e terapêuticas propostas,

- (4) Os 16 anos (cfr. artigos 127.º, n.º 1, *a* e *c*)⁷⁰; 1601.º, *a* – *a contrario*; 1604.º, *a*); 1612.º do CC⁷¹; 1850.º, n.º 1⁷²; 1886.º do CC; artigo 68.º, n.º 2, do Código do Trabalho⁷³; artigo 38.º, n.º 3, do Código Penal que alude à idade de “*mais de 16 anos*”, como requisito de eficácia do *consentimento do ofendido*⁷⁴.

electroconvulsivoterapia e a participação em investigações, ensaios clínicos ou actividades de formação (cfr. artigo 5.º, sob a epígrafe, *Direitos e deveres do utente*, n.º 3) e o internamento voluntário [cfr. artigo 7.º, *b*)]. Nos termos do artigo 5.º, n.º 3, “*Os direitos referidos nas alíneas c), d) e e) do n.º 1 são exercidos pelos representantes legais quando os doentes sejam menores de 14 anos ou maiores acompanhados e a sentença de acompanhamento não faculte o exercício direto de direitos pessoais*”.

⁷⁰ O artigo 127.º do CC recorta do âmbito da incapacidade genérica de exercício dos menores: “*a) Os actos de administração ou disposição de bens que o maior de 16 anos haja adquirido por seu trabalho*”; e “*c) Os negócios jurídicos relativos à profissão, arte ou ofício que o menor tenha sido autorizado a exercer, ou os praticados no exercício dessa profissão, arte ou ofício*”. Esta última previsão deve ser articulada com a regulamentação sectorial, por exemplo, em matéria de celebração de contrato de trabalho por menor (cfr. artigos 68.º a 70.º do Código do Trabalho) e de participação do menor em espectáculo ou outra actividade de natureza cultural, artística ou publicitária, designadamente, como actor, cantor, dançarino, figurante, músico, modelo ou manequim (cfr. artigo 81.º do Código do Trabalho, e artigos 2.º a 11.º da Lei n.º 105/2009, de 14 de Setembro).

⁷¹ Estes artigos condicionam a celebração do casamento por “*menor de dezoito anos e maior de dezasseis*”, à autorização dos pais ou responsáveis parentais, muito embora se preveja a possibilidade de suprimento dessa autorização (cfr. artigo 1612.º, n.º 2, do CC).

⁷² O artigo 1850.º, n.º 1, do CC releva a idade de “*mais de 16 anos*” para o acto de *perfilhação*.

⁷³ Nos termos do artigo 68.º, n.º 2, do Código do Trabalho, “[*a*] idade mínima de admissão para prestar trabalho é de 16 anos”. Sem prejuízo do referido, o n.º 3 do mesmo artigo, admite que “[*o*] menor com idade inferior a 16 anos que tenha concluído a escolaridade obrigatória ou esteja matriculado e a frequentar o nível secundário de educação pode prestar trabalhos leves que consistam em tarefas simples e definidas que, pela sua natureza, pelos esforços físicos ou mentais exigidos ou pelas condições específicas em que são realizadas, não sejam suscetíveis de o prejudicar no que respeita à integridade física, segurança e saúde, assiduidade escolar, participação em programas de orientação ou de formação, capacidade para beneficiar da instrução ministrada, ou ainda ao seu desenvolvimento físico, psíquico, moral, intelectual e cultural”. A este respeito, cumpre recordar a Lei n.º 105/2009, de 14 de Setembro, que regulamenta, designadamente, o trabalho prestado por menores.

⁷⁴ O artigo 38.º do Código Penal, sob a epígrafe “*Consentimento*”, exige, como condição de eficácia, que o acto de consentimento seja “*prestado por quem tiver mais de 16 anos e possuir o discernimento necessário para avaliar o seu sentido e alcance no momento em que o presta*”.

O limite etário dos 16 anos também é relevado no artigo 8.º do Regulamento (UE) n.º 2016/679, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de Abril de 2016, em matéria de tratamento de dados pessoais (doravante, RGPD), que prevê as condições aplicáveis ao consentimento de crianças em relação aos serviços da sociedade da informação⁷⁵.

(b) O legislador convoca, em previsões legais sectoriais, a “*capacidade natural*”⁷⁶ e o *discernimento da criança*⁷⁷.

⁷⁵ Nos termos do artigo 8.º (*Condições aplicáveis ao consentimento de crianças em relação aos serviços da sociedade da informação*), “1. Quando for aplicável o artigo 6.º, n.º 1, alínea a), no que respeita à oferta direta de serviços da sociedade da informação às crianças, dos dados pessoais de crianças é lícito se elas tiverem pelo menos 16 anos. Caso a criança tenha menos de 16 anos, o tratamento só é lícito se e na medida em que o consentimento seja dado ou autorizado pelos titulares das responsabilidades parentais da criança”. Admite-se, ainda, que os Estados-membros prevejam, nas legislações nacionais, um limite etário diferente, para aqueles efeitos, “desde que essa idade não seja inferior a 13 anos” (cfr. artigo 8.º, n.º 1 – 2.ª parte). Em termos complementares, o artigo 6.º do referido Regulamento, sob a epígrafe, “*Licitude do tratamento*”, enuncia, no seu n.º 1, que “O tratamento só é lícito se e na medida em que se verifique pelo menos uma das seguintes situações: [...] a) O titular dos dados tiver dado o seu consentimento para o tratamento dos seus dados pessoais para uma ou mais finalidades específicas; [...] c) O tratamento for necessário para a defesa de interesses vitais do titular dos dados ou de outra pessoa singular; [...] f) O tratamento for necessário para efeito dos interesses legítimos prosseguidos pelo responsável pelo tratamento ou por terceiros, exceto se prevalecerem os interesses ou direitos e liberdades fundamentais do titular que exijam a proteção dos dados pessoais, em especial se o titular for uma criança”. Resulta, assim, clara a atendibilidade da *especificidade da criança*, na qualidade de titular de dados pessoais.

⁷⁶ A capacidade natural consiste na susceptibilidade de entender e querer um determinado acto. É o conceito relevado, designadamente, pelo artigo 263.º do Código Civil, em matéria de capacidade do procurador, nos termos do qual: “O procurador não necessita de ter mais do que a capacidade de entender e querer exigida pela natureza do negócio que haja de efectuar”.

⁷⁷ Com a defesa geral do requisito da “*capacidade natural suficiente*” por parte do incapaz para compreender as consequências do acto de limitação do exercício dos direitos de personalidade, cfr. ANTUNES (2012), pp. 232-233. Desenvolvidamente, cfr. PINTO (2018), pp. 696-701 – que conclui no sentido de se dever admitir, como critério relevante, a existência ou não do “discernimento necessário (de capacidade natural) para avaliar o sentido e alcance das consequências para o seu direito de personalidade em resultado da limitação voluntária” (ob. cit., p. 697). Para o A., estando em causa a limitação de direitos que tutelam bens pessoais, cabe exigir o consentimento “do próprio menor para a sua limitação, se ele já tiver maturidade suficiente para a avaliar” (ob. cit., p. 698). Por outro lado, admite a oposição, pelo incapaz, ao consentimento prestado pelo seu representante, no caso de ter a “maturidade para avaliar o sentido e alcance desse

Esta qualidade é relevante, em especial, para fundamentar a *audição da criança* ou, em geral, o poder da criança *manifestar a sua opinião* sobre um determinado assunto do seu interesse⁷⁸.

A título ilustrativo:

- (1) O artigo 127.º, *b*), do CC exceptua da incapacidade genérica de exercício certos “*negócios jurídicos próprios da vida corrente do menor*” que estejam “*ao alcance da sua capacidade natural*”;
- (2) O artigo 10.º da Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo (aprovada pela Lei n.º 147/99, de 1 de Setembro – doravante,

consentimento”, portanto, havendo uma vontade esclarecida (ob. cit., p. 698). Nas situações particulares em que, em razão da gravidade dos actos, possam surgir implicações em matéria de educação da criança ou uma ingerência no exercício das responsabilidades parentais e, bem assim, nas hipóteses em que a limitação consubstancie uma actuação negocial, o A. propõe um sistema de consentimento conjugado (por parte do menor e dos seus representantes legais) – ob. cit., pp. 698-699. Com apelo ao critério da denominada capacidade natural, cfr., ainda, MARTINS (2008), pp. 100-109 e pp. 116-152 – que defende (ob. cit., p. 102), a “dissociação entre a capacidade legal de agir e a capacidade natural” conduzem a um “*deficit* de autodeterminação dificilmente conciliável com o respeito pelo direito constitucionalmente garantido ao desenvolvimento da personalidade enquanto corolário da dignidade da pessoa humana”. Relevando a natureza e da importância jurídico-social do acto, cfr. MARTINS (2008), pp. 119-ss. Especificamente em matéria de direito à imagem, cfr. FESTAS (2009), pp. 299-317 – que propõe uma solução que considera a “capacidade natural do menor, distinguindo as situações em que o menor dispõe do discernimento necessário para compreender o alcance da limitação incidente sobre o exercício do seu direito à imagem das situações em que, diferentemente, não tem essa capacidade” (ob. cit., p. 305). No sentido de que “[a] autolimitação (ao exercício) do direito de personalidade não pressupõe a capacidade jurídica do declarante, sendo suficiente a sua capacidade natural”, isto é, “a sua capacidade de entender e querer o ato”, cfr. SEQUEIRA (2020), p. 24 – que precisa: “[n]os casos em que o consentimento possa contender com o âmbito de atuação dos representantes legais, será de exigir o consentimento quer do incapaz quer do representante” (loc. cit.). A mesma conclusão é enunciada a propósito da declaração de consentimento, nos termos e para os efeitos do artigo 340.º do CC (ob. cit., p. 25).

⁷⁸ O artigo 12.º da Convenção sobre os Direitos da Criança prevê o direito de a criança ser ouvida e impõe o respeito pelas suas opiniões, nos seguintes termos: “1 – Os Estados-partes garantem à criança com capacidade de discernimento o direito de exprimir livremente a sua opinião sobre as questões que lhe respeitem, sendo devidamente tomadas em consideração as opiniões da criança, de acordo com a sua idade e maturidade. 2 – Para este fim, é assegurada à criança a oportunidade de ser ouvida nos processos judiciais e administrativos que lhe respeitem, seja diretamente, seja através de representante ou de organismo adequado, segundo as modalidades previstas pelas regras do processo da legislação nacional.”

- LPCJP) releva a vontade da criança ou jovem, ao prescrever que: “1 – A intervenção das entidades referidas nos artigos 7.º e 8.º depende da não oposição da criança ou do jovem com idade igual ou superior a 12 anos. 2 – A oposição da criança com idade inferior a 12 anos é considerada relevante de acordo com a sua capacidade para compreender o sentido da intervenção”;
- (3) O artigo 84.º, n.º 1, da LPCJP, em matéria de audição da criança, determina: “As crianças e os jovens são ouvidos pela comissão de proteção ou pelo juiz sobre as situações que deram origem à intervenção e relativamente à aplicação, revisão ou cessação de medidas de promoção e proteção, nos termos previstos nos artigos 4.º e 5.º do Regime Geral do Processo Tutelar Cível, aprovado pela Lei n.º 141/2015, de 8 de Setembro”;
- (4) O RGPTC inclui, entre os princípios orientadores, designadamente, a “Audição e participação da criança – a criança, com capacidade de compreensão dos assuntos em discussão, tendo em atenção a sua idade e maturidade, é sempre ouvida sobre as decisões que lhe digam respeito, preferencialmente com o apoio da assessoria técnica ao tribunal, sendo garantido, salvo recusa fundamentada do juiz, o acompanhamento por adulto da sua escolha sempre que nisso manifeste interesse” [cfr. artigo 4.º, n.º 1, c) do RGPTC⁷⁹];
- (5) O direito e o processo de audição da criança são regulados pelo artigo 5.º do RGPTC, cujo n.º 1 determina: “A criança tem direito a ser ouvida, sendo a sua opinião tida em consideração pelas autoridades judiciais na determinação do seu superior interesse.” O mesmo artigo 5.º, n.º 4, esclarece que a audição da criança deve respeitar “a sua específica condição”;
- (6) A audição de “criança com idade superior a 12 anos ou com idade inferior, com capacidade para compreender os assuntos em discussão” encontra-se prevista em sede de processos especiais, no contexto da regulação do exercício das responsabilidades parentais e resolução de questões conexas:

⁷⁹ A “capacidade de compreensão dos assuntos em discussão pela criança”, para efeitos da referida alínea c), é apreciada, “casuisticamente e por despacho” do juiz, que pode, para tal, socorrer-se do apoio da assessoria técnica (cfr. artigo 4.º, n.º 2, do RGPTC).

segundo o artigo 35.º, n.º 3, do RGPTC, “*A criança com idade superior a 12 anos ou com idade inferior, com capacidade para compreender os assuntos em discussão, tendo em atenção a sua idade e maturidade, é ouvida pelo tribunal, nos termos previstos na alínea c) do artigo 4.º e no artigo 5.º, salvo se a defesa do seu superior interesse o desaconselhar.*”

- (7) O artigo 7.º, n.º 1, da Lei n.º 105/2009, de 14 de Setembro, que regula a *deliberação da Comissão de Protecção de Crianças e Jovens sobre a participação do menor em actividade de natureza cultural, artística ou publicitária*, prevê que: “[a]ntes de deliberar sobre o requerimento, a CPCJ deve ouvir o menor em causa, sempre que tal seja possível”;
- (8) O Código Civil vigente prevê, designadamente, o direito da criança maior de 12 anos ser ouvida em sede de adopção, em concreto: (i) o direito do adoptando maior de 12 anos ser ouvido [cfr. artigo 1981.º, a), do CC]; (ii) o direito dos filhos maiores de 12 anos do adoptante serem ouvidos [cfr. artigo 1984.º, a), do CC];
- (9) O artigo 38.º, n.º 3, do CP exige, como condição de eficácia do consentimento do ofendido, que o acto de consentimento seja “*prestado por quem tiver mais de 16 anos e possuir o discernimento necessário para avaliar o seu sentido e alcance no momento em que o presta*”.

38. *Em nono lugar*, e como elemento comum aos diferentes modos de intervenção dos pais e responsáveis parentais, exige-se que o *acto a praticar se destine funcionalmente a satisfazer o interesse da criança*⁸⁰.

Em termos complementares, o diagnóstico de que o instituto das responsabilidades parentais é marcadamente funcional, no sentido de dever ser exercido no interesse dos filhos, *legítima a intervenção de entidades*

⁸⁰ Cfr. COELHO/OLIVEIRA (2016), p. 180 – que relevam a ideia de *função*, o que conduz a que, no campo das responsabilidades parentais, se deva concluir que o seu titular está obrigado a exercê-las, devendo este exercício ser actuado “*de certo modo*, do modo que for exigido pela função do direito, pelo interesse que ele serve”. Cfr., ainda, SOTTOMAYOR (2016-a), pp. 22-25. Para SOTTOMAYOR (2020, anotação n.º 9, p. 850), as responsabilidades parentais têm lugar “atendendo à especial vulnerabilidade das crianças e às suas necessidades específicas de protecção e cuidados enquanto seres em desenvolvimento”. Cfr., ainda, BOLIEIRO/GUERRA (2014), pp. 175-ss. – que evidenciam que está em causa um poder reconhecido “não no interesse dos pais mas sim em benefício da criança” (ob. cit., p. 177).

de protecção dos interesses das crianças, designadamente, em situações de risco (potencial ou efectivo) para o seu *bem-estar, saúde, integridade física e segurança*⁸¹.

Esta intervenção – que tem enquadramento jurídico-constitucional, no artigo 69.º, n.º 1, da CRP⁸² – dirige-se a analisar o *impacto de um*

⁸¹ Nos termos do artigo 19.º da Convenção sobre os Direitos da Criança, “1 – Os Estados Partes tomam todas as medidas legislativas, administrativas, sociais e educativas adequadas à protecção da criança contra todas as formas de violência física ou mental, dano ou sevícia, abandono ou tratamento negligente, maus-tratos ou exploração, incluindo a violência sexual, enquanto se encontrar sob a guarda de seus pais ou de um deles, dos representantes legais ou de qualquer outra pessoa a cuja guarda haja sido confiada. 2 – Tais medidas de protecção devem incluir, consoante o caso, processos eficazes para o estabelecimento de programas sociais destinados a assegurar o apoio necessário à criança e àqueles a cuja guarda está confiada, bem como outras formas de prevenção, e para identificação, elaboração de relatório, transmissão, investigação, tratamento e acompanhamento dos casos de maus-tratos infligidos à criança, acima descritos, compreendendo igualmente, se necessário, processos de intervenção judicial.”

⁸² “As crianças têm direito à protecção da sociedade e do Estado, com vista ao seu desenvolvimento integral, especialmente contra todas as formas de abandono, de discriminação e de opressão e contra o exercício abusivo da autoridade na família e nas demais instituições.” Sobre este preceito, cfr. a anotação de MEDEIROS (2017, pp. 995-1000) – que precisa: “o Estado, vinculado positivamente pelos direitos fundamentais, tem o dever de proteger o interesse dos filhos e, em última análise, o dever de proteger a vida, a integridade pessoal, o desenvolvimento da personalidade e outros direitos fundamentais das crianças” (ob. cit., p. 996). Como precisa CORDEIRO (2019), p. 149, a propósito do artigo 69.º, n.º 1 – não estando em causa “verdadeiros direitos subjetivos, têm um papel na concretização dos verdadeiros direitos (fundamentais) de personalidade”. Para MARTINS (2008, p. 33 – nota n.º 56), a efectivação da protecção referida passaria por “adequar, o mais possível, a disciplina das idades da vida da pessoa ao seu processo de evolução gradual”. Também no sentido de que “[é] a específica funcionalidade das responsabilidades parentais que legitima a interferência do Estado na relação dos pais com os filhos”, cfr. PINHEIRO (2018), p. 217 – que precisa: “[o] princípio da direcção interna, parental, da vida familiar cede sempre que assim o exija o interesse da criança e isto apesar de qualquer oposição unânime dos sujeitos da relação de filiação à interferência externa” (loc. cit.) e que “[a] preponderância da posição da criança na concepção das responsabilidades parentais justifica o controlo estatal da regularidade do respectivo exercício” (loc. cit.). Sobre o sentido e alcance da protecção do agregado familiar e das crianças e jovens, cfr. OLIVEIRA (2001), pp. 295-303 – que precisa que o poder reconhecido aos pais “de agir em nome dos menores não é inteiramente livre; o poder de representar os filhos é controlado pelo Estado, para que os pais não abusem dele, com prejuízo para os menores” (ob. cit., p. 297). Cfr., ainda, SOTTOMAYOR (2020, anotação n.º 7.1. ao artigo 1878.º, p. 852) – que inclui, no âmbito das responsabilidades parentais no plano pessoal, “o poder-dever de vigilância”, que perspectiva como “o dever de vigiar e promover o bem-estar dos filhos, estar atento às suas necessidades e protegê-los na sua

determinado acto na vida, no bem-estar e na integridade da criança, ainda que o mesmo seja autorizado pelos titulares das responsabilidades parentais.

Por outro lado, a defesa dos direitos e interesses das crianças (e dos jovens) em situação de perigo é regulada na LPCJP, que tem por objecto “*a promoção dos direitos e a protecção das crianças e dos jovens em perigo, por forma a garantir o seu bem-estar e desenvolvimento integral*” (cfr. artigo 1.º). A LPCJP esclarece, no artigo 3.º, que “[a] *intervenção para promoção dos direitos e protecção da criança e do jovem em perigo tem lugar quando os pais, o representante legal ou quem tenha a guarda de facto ponham em perigo a sua segurança, saúde, formação, educação ou desenvolvimento, ou quando esse perigo resulte de ação ou omissão de terceiros ou da própria criança ou do jovem a que aqueles não se oponham de modo adequado a removê-lo*”⁸³.

Por sua vez, o artigo 3.º, n.º 2, da LPCJP, precisa o conceito de criança ou jovem em perigo, o que se entende acontecer, designadamente, se “[e] *stá sujeita, de forma direta ou indireta, a comportamentos que afetem gravemente a sua segurança ou o seu equilíbrio emocional*” [cfr. alínea f)].

Nos termos da LPCJP, as entidades com competência para intervir para promoção dos direitos e protecção da criança e do jovem em perigo, nos termos do artigo 6.º, são as “*entidades com competência em matéria de infância e juventude*”, as “*comissões de protecção de crianças e jovens*” e os “*tribunais*”.

39. Tendo presente as coordenadas normativas analisadas, é possível enunciar as seguintes *conclusões preliminares*:

1. Enquanto não atingirem os 18 anos de idade ou não se emanciparem, as crianças encontram-se numa *situação de incapacidade genérica de exercício* (cfr. artigo 123.º do CC), que é determinada de modo tendencialmente

integridade física e moral” (loc. cit.). Quanto ao fundamento e objectivos da intervenção do Estado na família, cfr. FONSECA (2002), pp. 9-15. Com referência à evolução ocorrida em matéria de poder do Estado “que, de poder absoluto, passou a poder submetido ao Direito e, finalmente, a poder juridicamente conformado (e ainda susceptível de ser trunfado pelos direitos da criança), cfr. ALEXANDRINO (2011), pp. 52-53.

⁸³ Considera-se criança ou jovem, para os efeitos da LPCJP, nos termos do artigo 5.º, a), “*a pessoa com menos de 18 anos ou a pessoa com menos de 21 anos que solicite a continuação da intervenção iniciada antes de atingir os 18 anos, e ainda a pessoa até aos 25 anos sempre que existam, e apenas enquanto durem, processos educativos ou de formação profissional*”.

- abstracto, sem que se atenda, em geral, à idade da criança ou ao alcance concreto do acto;
2. A relativa indiferença relativamente ao perfil da criança ou à sua vontade é matizada pelo *instituto das responsabilidades parentais*, que se justifica, em primeira linha, para satisfazer os interesses das crianças (cfr. artigo 1878.º, n.º 1, do CC);
 3. A *actuação dos pais, no exercício das responsabilidades parentais*, como expressamente determinado no artigo 1878.º, n.º 1, do CC, deve dirigir-se a satisfazer o “*interesse dos filhos*”, o que implica satisfazer as necessidades concretas da criança;
 4. O regime comum em matéria de exercício das responsabilidades parentais legitima os pais *a praticarem actos que ingerem na esfera patrimonial e pessoal dos filhos*;
 5. No campo pessoal, os pais, na qualidade de responsáveis parentais, devem praticar *todos os actos necessários para o bem-estar da criança nos diferentes planos, incluindo, a sua saúde, integridade e segurança* (cfr. artigo 1878.º, n.º 1, do CC);
 6. As crianças são *titulares dos direitos à imagem, à reserva sobre a intimidade da vida privada e ao desenvolvimento da personalidade*, com a natureza bicéfala de direitos fundamentais e de direitos de personalidade (submetidos, nos termos gerais, ao regime comum previsto nos artigos 70.º a 81.º do CC);
 7. *Inexiste um regime especial quanto à limitação voluntária ao exercício de direitos de personalidade titulados pelas crianças*: em concreto, não se prevêm limites expressos quanto à ingerência, pelos pais, na imagem e na reserva sobre a intimidade da vida privada dos filhos, designadamente, por via da partilha de imagens, áudios ou vídeos da criança;
 8. Impõe-se articular, em cada caso, *o regime comum em matéria de limitação voluntária ao exercício dos direitos de personalidade*, previsto no artigo 81.º do CC, *com as normas que enquadram as responsabilidades parentais*. Noutros termos, enquanto estiverem instituídas as responsabilidades parentais, o consentimento para uma limitação ao exercício

dos direitos à imagem, à reserva sobre a intimidade da vida privada e ao desenvolvimento da personalidade da criança, é prestado pelos pais;

9. Os actos praticados pelos pais que se projectem nos bens de personalidade dos filhos *têm de se fundamentar no seu interesse específico*, o que conduz à necessidade de avaliar, em cada situação individual, se o acto praticado se *destina funcionalmente a satisfazer interesses da criança visada* (e já não os interesses dos pais);
10. Os representantes parentais estão *autorizados a praticar actos e a celebrar contratos que ingerem em bens da personalidade titulados pelos filhos*;
11. As restrições ao exercício dos direitos de personalidade titulados pelos filhos, determinadas no exercício das responsabilidades parentais, configuram *actos de particular importância*, que devem respeitar, de modo estrito, a directriz geral do *interesse superior da criança*;
12. Há situações em que os pais, *no exercício das responsabilidades parentais, não intervêm como representantes legais, mas, antes, como assistentes*, portanto, *num modelo de conjugação de vontades*. Nestes casos, os pais não podem exercer, em termos livres e autónomos, os direitos titulados pelos filhos, em concreto, estando em causa *“actos puramente pessoais”* (cfr. artigo 1881.º, n.º 1, do CC);
13. O Direito vigente acolhe, pelo menos em termos sectoriais, *limites quanto à legitimidade material de uma actuação isolada dos representantes parentais*. Em casos particulares previstos na lei, a autorização prestada pelos pais tem de ser conjugada com a intervenção de outras entidades;
14. A *capacidade natural* da criança, a sua *maturidade* ou *discernimento* são relevadas em disposições legais. A *vontade da criança* que tenha a maturidade bastante para compreender a natureza e os efeitos do acto que interfira no exercício dos seus direitos de personalidade, deve ser ponderada na decisão final, como *critério complementar da autorização prestada pelos responsáveis parentais*;
15. A *tutela do interesse das crianças*, em casos caracterizados por um risco (efectivo ou potencial) para o seu bem-estar, é assegurada por entidades com competência

para a protecção dos direitos e interesses das crianças vulneráveis ou em perigo.

III. Constelação de casos – A exposição das crianças

40. A reflexão quanto aos limites à actuação dos pais em matérias que interfiram no exercício de direitos de personalidade titulados pelas crianças justifica uma *análise casuística*, com recurso a um conjunto de situações típicas.

Para este efeito, elegemos *três grupos de casos* que evidenciam, como nota comum, a especial *vulnerabilidade das crianças* e a conveniência de se relevar uma *destinação funcional* dos actos praticados pelos pais. Vejamos.

a. A exposição pública das crianças nas redes sociais e no Ciberespaço

41. A presença das crianças nas redes sociais e, em geral, na *Internet* resulta, na generalidade dos casos, de actos de partilha, por iniciativa dos pais ou por outros terceiros, de imagens, áudios ou vídeos que reproduzem aspectos relativos à personalidade da criança.

Na verdade, o *upload* de ficheiros que documentem a representação exterior da criança é um acto que interfere no *exercício dos direitos à imagem* e à *reserva sobre a intimidade da vida privada da criança*. De igual modo, e como se antecipou⁸⁴, pode ainda relevar-se a ingerência no direito da criança ao desenvolvimento da sua personalidade, que fundamentaria o *poder jurídico da criança de conformar a sua “pegada digital”*, decidindo sobre a sua existência e conformando o seu conteúdo.

42. Em 2015, o Tribunal da Relação de Évora decidiu, por Acórdão de 25 de Junho⁸⁵: “[a] imposição aos pais do dever de ‘abster-se de divulgar fotografias ou informações que permitam identificar a filha nas redes sociais’ mostra-se adequada e proporcional à salvaguarda do direito à reserva da intimidade da vida privada e da protecção dos dados pessoais e, sobretudo, da segurança da menor no ciberespaço”.

De acordo com a perspectiva assumida, os pais não têm o direito de conformar a presença dos filhos nas redes sociais; antes, estão vinculados ao *dever de abstenção de condutas que conduzam à respectiva*

⁸⁴ Cfr. *supra*, § II.

⁸⁵ (Bernardo Domingos), in www.dgsi.pt.

identificação nas redes sociais. O Acórdão fundamenta a decisão no regime de tutela dos direitos de personalidade, assim como na natureza e na razão de ser do instituto das responsabilidades parentais. Em concreto, evidenciaram os Desembargadores, que a referida abstenção de conduta “*é uma obrigação dos pais, tão natural quanto a de garantir o sustento, a saúde e a educação dos filhos e o respeito pelos demais direitos designadamente o direito à imagem e à reserva da vida privada (arts.º 79.º e 80.º do CC). Na verdade, os filhos não são coisas ou objectos pertencentes aos pais e de que estes podem dispor a seu bel-prazer. São pessoas e, conseqüentemente, titulares de direitos. Se, por um lado, os pais devem proteger os filhos, por outro, têm o dever de garantir e respeitar os seus direitos. É isso que constitui o núcleo dos poderes/deveres inerentes às responsabilidades parentais e estas devem ser sempre norteadas, no ‘superior interesse da criança’, que se apresenta, assim, como um objetivo a prosseguir por todos quantos possam contribuir para o seu desenvolvimento harmonioso: os pais, no seu papel primordial de condução e educação da criança; as instituições, ao assegurar a sua tutela e o Estado, ao adotar as medidas tendentes a garantirem o exercício dos seus direitos e a sua segurança*”.

43. Este diagnóstico certo conduz a reconhecer que *pertence à criança o direito de conformar a sua “pegada digital” e a eventual presença nas redes sociais*. Por outro lado, ensaia-se a relação entre a partilha, nas redes sociais, de imagens e de aspectos privados e reservados das crianças e os riscos inerentes à presença dessas informações na internet e no ciberespaço, tendo presente a susceptibilidade de identificação das rotinas da criança, assim como dos locais frequentados, elementos que podem ser aproveitados, de forma ilegítima, por terceiros, propiciando, inclusivamente, a prática de actos com relevância criminal em que seja visada a própria criança.

44. Os riscos inerentes ao acto de partilha de imagens no Ciberespaço e a respectiva ligação a redes organizadas de pornografia infantil e de tráfico sexual de crianças pode ser ilustrado com o caso “*Sweetie*”.

No contexto de uma operação constituída com o objectivo de atrair e identificar predadores sexuais infantis na *Internet*, foi criada uma criança, com uma fisionomia e traços identitários característicos das crianças filipinas, por via do recurso a ferramentas de *inteligência artificial*, e que foi designada “*Sweetie*”. “*Sweetie*”, a criança “virtual”, tinha presença digital num *chat* e foi abordada *online* por, aproximadamente, mil homens, oriundos de 71 países, que estavam dispostos a pagar para verem uma

criança de 10 anos em actos sexuais em frente a uma *webcam*. Entre eles, foram identificados três portugueses.

b. A participação das crianças em espectáculos e programas de televisão

45. Recentemente, a participação de crianças em programas de televisão foi apreciada pelo STJ, no Acórdão de 30 de Maio de 2019⁸⁶, que se pronunciou sobre o programa *SuperNanny*. O referido programa televisivo, que assentava num modelo próximo de um *reality show*, publicitava momentos de conflito familiar, captados no contexto da relação entre pais e crianças. Com recurso a uma “*SuperNanny*” (uma psicóloga), pretendia-se ajudar os pais a educar os filhos e a corrigir os maus comportamentos adoptados pelas crianças.

46. A participação das crianças no referido programa, que exibia a imagem, a voz e aspectos da vida privada e familiar das crianças (concretamente, captados na residência da família) sustentava-se na *autorização prestada pelos pais*, na qualidade de responsáveis parentais. As crianças visadas não manifestaram a sua concordância e, por outro lado, não fora dada autorização por parte da CPCJ, tal como pressuposto pelo regime da participação de menor em actividade de natureza cultural, artística

⁸⁶ (Catarina Serra), in www.dgsi.pt. O TRL, em Acórdão de 11 de dezembro de 2018 (Adeodato Brotas), in www.dgsi.pt decidiu: “5 – Se o menor dispuser de discernimento e maturidade suficientes que lhe possibilitem avaliar correctamente o alcance e as consequências do consentimento limitativo dos seus direitos de personalidade, deve ser ele e não o(s) representante(s) progenitor(es) a consentir nessa limitação. Nos casos em que o menor não tiver maturidade para avaliar as consequências do seu consentimento, de iure condendo, deve ponderar-se a opção por uma solução em que os progenitores apresentem projecto de consentimento ao Ministério Público, que a ele se poderá opor, com possibilidade de recurso para o tribunal. 6 -A participação de menores em Espectáculos está sujeita a comunicação e pedido de autorização, nos termos dos artºs 2.º a 11.º da Lei 105/2009, de 15/09, e depende de prévio acordo da CPCJ, sob pena de não poder ser levada a cabo e de ser considerado nulo, por violar norma imperativa, o contrato celebrado sem a referida autorização. 7- E sendo nulo o consentimento dado pelos progenitores, a limitação ao direito à imagem e à reserva sobre a intimidade da vida privada dos menores, ao participarem nos programas, é ilícita, com as consequências daí advenientes, designadamente no que toca à possibilidade de serem solicitadas medidas de tutela do direito de personalidade dos menores. 8 - Existe conflito de interesses quando o representante legal dos interesses do menor, descuidando o superior interesse do representado actua, ainda que negligentemente, priorizando interesses próprios (...)”.

ou publicitária, nos termos preceituados na Lei n.º 105/2009, de 14 de Setembro, a que já se aludiu⁸⁷.

47. Como resulta do Acórdão citado:

- “[p]ara formalizar a participação no programa a HH entregava aos pais das crianças um documento intitulado ‘acordo de participação’, que os pais se limitam a assinar e mediante o qual adquire os direitos de imagem e propriedade intelectual dos pais das crianças, que por sua vez lhes cedem, mediante o pagamento de uma contrapartida de 1000€. Mais disponibiliza a HH uma ‘autorização para a utilização do direito à imagem’, da qual decorre que configura uma ‘limitação da reserva sobre a intimidade da minha vida privada’, sendo que no caso das crianças e jovens, a mesma autorização é dada a assinar aos pais, enquanto seus representantes legais e nos termos e para os fins do art.º 124.º, do Cód. Civil, acrescentando-se que ‘o retratado foi consultado sobre a sua participação no programa, não tendo expressado qualquer objecção’, o que, porém, não ocorreu com as crianças e jovens”.

48. Foram exibidos dois episódios. Foi, ainda, gravado um terceiro episódio, mas que acabou por não ser exibido, na sequência do processo entretanto instaurado pela CPCJ.

- (a) O primeiro episódio, exibido em Janeiro de 2018, foi publicitado com recurso aos seguintes slogans: “A PP enfrenta o furacão QQ! Uma criança que em determinados momentos, quando é contrariada, é um diabinho; uma criança sem limites; a PP é chamada porque a II perdeu o controlo da educação da filha.” Nesse âmbito, de acordo com o Acórdão citado, “QQ, de ... anos de idade, viu exibida a sua vida privada e íntima, desde as suas rotinas de casa de banho, onde surge vestida de pijama, depois com partes do corpo à vista, a fazer birras na hora de ir para a cama, deitada na sua cama, é vista a ser batida pela mãe, através de palmadas disciplinadoras, é exibida a chorar, vendo-se ainda a QQ a agredir a mãe; nesse episódio não foi utilizado qualquer filtro para disfarçar a sua identidade, nem a da mãe, nem a da avó materna, além de ser identificada a casa onde a família mora, em ..., foi também revelada a empresa onde a mãe trabalha; no decurso do episódio, a QQ

⁸⁷ Cfr. *supra*, § II.

é apelidada de criança tirana, chantagista, desobediente, dependente” (sublinhado nosso);

- (b) No fragmento publicitário do *segundo episódio*, exibido em 21 de Janeiro, relativo às crianças “BB” e “CC”, “BB surge visualizado sem qualquer filtro, no chão, a fazer birra e depois, despido, e a tomar banho” (sublinhado nosso). Neste episódio, que obteve um *share* de 26%, correspondente a cerca de um milhão duzentos e cinquenta mil espectadores, “o BB, de ... anos, surge a fazer birras, descontrolado, a tentar pontapear a mãe, a gritar, a chorar, a comer, a deitar-se no seu quarto, a sofrer castigos de permanência num determinado local da habitação, de acordo com orientações da pessoa que figura no papel de ‘PP’. A CC, que surge a discutir com a mãe, em gritaria, a insultá-la, a negar-se a fazer tarefas domésticas, a bater com as portas, e também em pijama, no seu quarto de dormir” (sublinhado nosso).

Como resulta do Acórdão, “BB é apresentado como uma criança problemática, que protagoniza birras violentas, insulta a mãe, puxando-lhe os cabelos, chegando a tentar pontapeá-la, aparecendo a tomar banho a contragosto, e aparecendo de pé, na banheira, apenas com uma toalha na cabeça; é também visto a espernear enquanto lhe é vestido o pijama, a recusar-se a comer a sopa de legumes, a arrastar-se pelo chão de uma das divisões da casa, recusando-se a ir para o ‘cantinho da pausa’, uma das estratégias da PP para lidar com a sua birra” (sublinhado nosso).

- (c) O *terceiro episódio*, “*respeitante aos requerentes DD, EE e FF*” já se encontra realizado e filmado, e foi publicitado pela estação televisiva.

O avô das crianças visadas “*visualizou o anúncio tendo ficado surpreendido, reportou e queixou-se à Comissão Nacional de Crianças e Jovens em risco*”.

49. No âmbito do processo de promoção e protecção instaurado em benefício da criança que participou no primeiro dos episódios (“QQ”), foi determinada a aplicação de medida de apoio junto dos pais, que vieram a assumir, perante a CPCJ, o “*arrepentimento face à exposição pública a que sujeitaram a sua filha*”. Mais se determinou a limitação quanto ao exercício das responsabilidades parentais no que se refere à cedência do direito de imagem da criança. Por outro lado, e de acordo

com o Acórdão referido, “[f]oram igualmente instaurados processos de promoção e protecção junto das CPCJ das áreas de residência dos demais menores”.

50. O STJ manifestou dúvidas quanto ao âmbito das situações jurídicas activas tituladas pelos representantes legais, em concreto, sobre a susceptibilidade de ser *decidida unilateralmente, pelos pais, a exposição das crianças em programas com este formato e natureza*. Nesse sentido, relevou-se o artigo 1881.º, que, como antecipado⁸⁸, exclui do poder de representação “os actos puramente pessoais”.

Por outro lado, a decisão ponderou o disposto nos artigos 81.º e 340.º, ambos do CC, tendo presente que: “[o] consentimento (do lesado) para a limitação do exercício dos seus direitos (fundamentais e de personalidade) não foi validamente prestado, uma vez que ‘a sua vontade não foi efectivamente auscultada, nem respeitada’”.

51. Em termos complementares, o Tribunal Constitucional (doravante, em termos abreviados, TC), no Acórdão n.º 262/2020, de 13 de Maio de 2020⁸⁹, decidiu não julgar inconstitucional a norma resultante dos artigos 2.º, n.º 1, 5.º, n.ºs 1 a 3, e 7.º, n.º 2, da Lei n.º 105/2009, de 14 de Setembro, no sentido de que *os menores apenas podem participar em programas de televisão após pedido e concessão de autorização pela CPCJ*.

De acordo com a estação televisiva, a exigência de autorização da CPCJ configuraria uma *restrição ilegítima do direito dos pais a educar os filhos sem a intromissão do Estado na vida familiar*. O TC rejeitou este entendimento, tendo precisado que o que a referida norma pretende assegurar é “o superior interesse dos filhos, mesmo naquelas situações-limite em que este pode não coincidir totalmente com o interesse manifestado pelos seus pais”.

O TC não acolheu, igualmente, a solução defendida pela estação televisiva de manutenção do programa, assegurando-se o acompanhamento psicológico das crianças visadas. Como se decidiu: “a intervenção de um psicólogo independente neste contexto não se compadece com o grau mínimo de cumprimento do dever do Estado de protecção das crianças estabelecido na Constituição”, na medida em que “[e]ssa alternativa condicionaria a intervenção da autoridade imparcial encarregue de

⁸⁸ Cfr. *supra*, § II.

⁸⁹ (Conselheira Maria de Fátima Mata-Mouros), in <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20200262.html>.

fazer valer o superior interesse da criança – no caso, a CPCJ – ao entendimento do psicólogo assegurado pelas entidades promotoras”.

52. O caso *SuperNanny* tem uma importância central para o debate em torno dos limites à actuação dos responsáveis parentais, em concreto, no que respeita à participação de crianças em programas televisivos sem a autorização da CPCJ, entidade a quem cabe, nos termos da lei, avaliar se aquela intervenção da criança é susceptível de determinar um prejuízo para a sua saúde, integridade, segurança, e, em geral, bem-estar⁹⁰.

Na verdade, e como se deixou evidenciado, os poderes de representação legal reconhecidos aos pais, no exercício das responsabilidades parentais, não permitem sustentar a legitimidade material de qualquer acto de limitação ao exercício dos direitos de personalidade titulados pelos filhos. Em concreto, configurando a restrição ao exercício de direitos de personalidade dos filhos um “*acto de particular importância*”, a exigência de uma destinação funcional clara e merecedora de tutela jurídica é particularmente qualificada. Numa palavra, o acto *tem de se destinar funcionalmente a satisfazer o interesse da criança, na situação individual*.

Por outro lado, *não existe liberdade de actuação por parte dos pais sempre que esteja em causa a participação dos filhos em actividades de natureza recreativa, cultural ou artística*, uma vez que é necessária a intervenção de um terceiro, a quem cabe ajuizar, em regra, preventivamente, da sua legitimidade.

53. A existência de limites quanto ao exercício das responsabilidades parentais foi igualmente considerada pelo TC, no Acórdão n.º 323/09, de 29 de Junho de 2009⁹¹, que julgou improcedente a reclamação apresentada num caso em que se considerou terem sido ofendidos direitos fundamentais de crianças numa reportagem televisiva, sobre violência doméstica. No litígio em questão, entendeu-se que se deveria considerar proibida a “*utilização de uma menor de 7 anos, que foi sujeita à violência de ver o pai agredir a mãe, de forma tão brutal (com ácido sulfúrico)*”, que foi confrontada com a necessidade de reviver e relatar, na companhia do irmão, que também era menor, aquela experiência traumática. Como se demonstrou, as crianças participaram na reportagem televisiva

⁹⁰ A exposição das crianças no caso *Super Nanny* foi criticada pela Comissão dos Direitos Humanos da Ordem dos Advogados, pela Comissão Nacional de Promoção dos Direitos e Protecção das Crianças e Jovens (CNPDP/CJ), pelo Instituto de Apoio à Criança, e pela UNICEF.

⁹¹ (Relator Vítor Gomes), in www.dgsi.pt.

sem qualquer distorção, quer quanto à imagem quer quanto à voz, o que permitiu a sua identificação por todos quantos assistiram à dita entrevista.

Na interpretação sustentada pelo Acórdão recorrido – que o TC validou –, o *direito ao desenvolvimento da sua personalidade*, assim como o *direito à reserva sobre a intimidade da vida privada das crianças e da sua família* sobrepõem-se ao direito de liberdade de informação e de emissão.

Por outro lado, considerou-se que o Acórdão recorrido decidira bem quanto à circunstância de *não se dever considerar ter existido um consentimento relevante pela mãe dos menores*, que teria sido prestado antes da exibição e entrevista dos filhos na televisão: como se precisou, o que estava em causa era tão-somente “*uma declaração daquela onde declara que autorizou os filhos a prestarem depoimento à equipa de jornalistas da A. e a serem filmados, declaração essa que, aliás, está datada de 9/05/2004, quando os factos ocorreram em 2/08/2002*”.

54. *Em síntese*, a autorização dos pais para as crianças participarem num programa ou numa reportagem televisiva não é suficiente para a perfeição do acto, uma vez que se exige, nos termos gerais exigidos pela Lei n.º 105/2009, de 14 de Setembro⁹², parecer favorável da CPCJ, a quem cabe ajuizar, *em momento anterior ao início da referida actividade*, se o evento em causa é susceptível, em alguma medida, de fazer *perigar a segurança, a saúde, o desenvolvimento físico, psíquico e moral ou a educação da criança* (cfr. artigo 7.º, n.º 2).

c. A participação das crianças na publicidade

55. A exposição pública das crianças, por via da partilha da sua imagem ou das suas palavras, pode ocorrer no contexto de *anúncios ou outros eventos publicitários*.

A celebração de um contrato publicitário, nestas circunstâncias, ingere, em termos efectivos, em bens da personalidade titulados pela criança (em especial, na sua identidade pessoal e na sua privacidade). Por conseguinte, o regime comum em matéria de tutela do direito à imagem (cfr. artigo 79.º, n.º 1, do CC), do direito à reserva sobre a intimidade privada (cfr. artigo 80.º, n.º 1, do CC) e de limitação voluntária ao exercício dos

⁹² Cfr. *supra*, § II.

direitos de personalidade (cfr. artigo 81.º do CC), tem de ser observado, exigindo-se um acto de consentimento maduro, livre, esclarecido e lícito⁹³.

Tendo presente a situação de incapacidade genérica de exercício das crianças, a actuação dos pais, no exercício das responsabilidades parentais, é convocada no plano da formação negocial: os pais têm de autorizar a participação dos filhos na actividade publicitária. Contudo, também aqui, *a autorização prestada pelos pais não é suficiente para dotar o acto de participação dos filhos em actividades publicitárias de plena juridicidade*.

56. Nesta matéria, são dois os conjuntos normativos especiais que se impõe ponderar:

- *Por um lado*, os artigos 2.º a 11.º da Lei n.º 105/2009, de 14 de Setembro, que regulam a participação de menor em actividade de natureza cultural, artística ou publicitária, a que já se fez referência⁹⁴;
- *Por outro lado*, o artigo 14.º, n.º 2, do Código da Publicidade, nos termos do qual “[o]s menores só podem ser intervenientes principais nas mensagens publicitárias em que se verifique existir uma relação directa entre eles e o produto ou serviço veiculado”.

57. A participação de crianças como *protagonistas ou figurantes de um anúncio ou de uma campanha publicitária* sustenta-se num contrato que, em razão da incapacidade genérica de exercício das crianças, é celebrado com os pais, no exercício das responsabilidades parentais (cfr. artigo 9.º, n.º 1, da Lei n.º 105/2009, de 14 de Setembro⁹⁵). A liberdade de estipulação não é, no entanto, absoluta; antes, o contrato deve respeitar as regras, previstas nos artigos 2.º e 3.º da Lei n.º 105/2009, de 14 de Setembro, que precisam a natureza, o objecto, assim como as coordenadas temporais da actividade a desenvolver pela criança.

Por outro lado, tal como sucede quanto às actividades de natureza cultural e artística, a participação da criança em evento publicitário “*está sujeita a autorização ou comunicação*” da CPCJ (cfr. artigo 5.º, n.º 1, da Lei n.º 105/2009, de 14 de Setembro), sendo “*competente para a autorização e para receber a comunicação referida no n.º 1 a Comissão de Protecção de Crianças e Jovens (CPCJ) cuja área abranja o domicílio*”.

⁹³ Cfr. *supra*, § II.

⁹⁴ Cfr. *supra*, § II.

⁹⁵ De acordo com o artigo 9.º, n.º 1, da Lei n.º 105/2009, de 14 de Setembro, o contrato que titula a prestação de actividade do menor “*é celebrado entre os seus representantes legais e a entidade promotora, por escrito e em dois exemplares*”.

do menor ou, na sua falta, aquela cuja sede estiver mais próxima, funcionando em comissão restrita” (cfr. artigo 5.º, n.º 2, da referida Lei).

58. O procedimento previsto na Lei n.º 105/2009, de 14 de Setembro – assente na intervenção, em termos estratificados, dos representantes legais da criança e da CPCJ – justifica-se pela *preocupação de proteger as crianças*, prevenindo a sua intervenção em actividade susceptível de configurar um risco para a sua segurança, saúde, desenvolvimento físico, psíquico e moral, educação e formação (nos termos expressamente relevados pelo artigo 7.º, n.º 2, da Lei).

Resulta, assim, clara a ideia segundo a qual “*a autorização dos representantes legais do menor*” [a que alude o artigo 6.º, n.º 2, c), da Lei n.º 105/2009, de 14 de Setembro] é insuficiente para, por si só, legitimar a participação das crianças em actividades publicitárias (ou de natureza cultural ou artística).

59. Por último, *a participação de crianças em anúncios e campanhas publicitárias, na qualidade de intervenientes principais*, só é admitida nos termos preceituados no regime especial contido no artigo 14.º, n.º 2, do Código da Publicidade, que aqui se toma a liberdade de reproduzir: “[o]s menores só podem ser intervenientes principais nas mensagens publicitárias em que se verifique existir uma relação directa entre eles e o produto ou serviço veiculado”.

Este normativo pretende *prevenir situações de aproveitamento económico da imagem ou da voz da criança* sempre que os anúncios e campanhas publicitárias se destinem, primacialmente, a adultos.

60. O problema suscitado pela formulação gramatical do artigo referido reside na interpretação da parte final do preceito, quando se exige *uma relação directa entre as crianças e o produto ou serviço veiculado*. Em termos gerais, justifica-se entender que existe a referida “*relação directa*” se os produtos ou serviços publicitados *servirem interesses específicos das crianças*.

Neste sentido, ao invés de uma análise abstracta, deve ponderar-se um *exame tipológico, assente em grupos de casos*.

- (a) Em princípio, *é lícita a utilização da imagem e da voz das crianças* (no pressuposto de ter sido observado o procedimento previsto na lei) em campanhas publicitárias de fraldas e produtos de puericultura, de roupa infantil, de brinquedos, assim como de alimentos especificamente destinados a crianças.
- (b) De modo diverso, parecem configurar *situações de utilização duvidosa*, no plano da licitude do aproveitamento da imagem

e da voz das crianças, a publicidade a veículos automóveis (cabendo aqui distinguir, eventualmente, em função da categoria do automóvel em causa, tendo presente, *v.g.*, a segurança especial oferecida por determinada marca ou modelo, assim como a qualidade de automóvel “familiar”), a produtos de tecnologia e a detergentes de utilização geral (e já não destinados especialmente a roupa de criança).

- (c) No que respeita a *produtos de utilização reservada a adultos*, como, *v.g.*, bebidas alcoólicas, não cabe autorizar a participação de crianças, pela circunstância de inexistir umnexo relevante entre o produto em causa e as necessidades da criança.

61. Em 2012, o Comité Económico e Social Europeu (CESE) deu parecer no sentido de que a *“publicidade que utiliza as crianças como veículo da sua mensagem comercial em qualquer das suas formas”* é susceptível de atentar contra *“aspectos da dignidade da pessoa humana e dos direitos da criança”*⁹⁶. Por este motivo, o CESE mostrou-se favorável à proibição genérica da publicidade que usa indevida e abusivamente a imagem de crianças em temas que não lhes digam directamente respeito.

62. Por último, e sem prejuízo da ressalva contida no artigo 79.º, n.º 2, do CC, a imagem e a voz de crianças não pode ser “livremente” aproveitada no contexto de campanhas de *marketing* e políticas, na base da alegação de que as imagens ou registos sonoros foram captados em *“lugares públicos”*⁹⁷.

d. Síntese conclusiva sobre a trilogia de casos analisados

63. A trilogia de casos analisados permite enunciar as seguintes conclusões:

- (a) Os pais, no exercício das responsabilidades parentais, *não podem determinar, em termos livres e autónomos, a exposição pública*

⁹⁶ Cfr. Parecer do Comité Económico e Social Europeu sobre “Um quadro para a publicidade destinada aos jovens e às crianças” (parecer de iniciativa), de 18 de Setembro de 2012 | (2012/C 351/02), Relator Jorge Pegado Liz.

⁹⁷ Para mais desenvolvimentos sobre o sentido da ressalva cristalizada no artigo 79.º, n.º 2, do CC, cfr. ANTUNES (2012), anotação ao artigo 79.º, pp. 183-185 – com a indicação de Acórdãos que decidiram casos em que estava implicada a imagem de crianças, no contexto de eventos públicos e campanhas políticas, sem que tivesse sido prestado um consentimento especificado.

- dos filhos nem a ingerência nos seus bens de personalidade, designadamente, no contexto de redes sociais;*
- (b) *A participação das crianças em actividades de natureza cultural, artística ou publicitária, assim como a celebração dos contratos que enquadrem a referida intervenção, deve ser precedida de um processo estratificado, assente num modelo de codecisão, que conjuga a autorização prestada pelos pais e pela CPCJ;*
- (c) *O juízo sobre a legitimidade material da participação de uma criança numa actividade de natureza cultural, recreativa ou publicitária, deve assentar numa análise funcional, dirigida a identificar a constelação de interesses da criança que se pretende satisfazer por aquela via, e que é assegurada pela CPCJ, em momento antecedente, ou, reactivamente, pelo Tribunal;*
- (d) *São coordenadas fácticas relevantes, designadamente: (i) o tipo de actividade a desenvolver (em concreto, a sua natureza e os riscos, efectivos ou potenciais, em matéria de bem-estar, saúde e segurança da criança, assim como a circunstância de determinar o acesso ou a divulgação de dados sensíveis da criança – v.g., clínicos); (ii) a idade da criança; (iii) a duração da actividade e o horário em que deve ser desenvolvida; (iv) a potencialidade de interferência no aproveitamento escolar da criança, sempre que aplicável ou, em geral, no comportamento da criança;*
- (e) *As crianças não podem ser protagonistas em campanhas publicitárias que tenham por objecto produtos ou serviços que não servem interesses específicos das crianças.*

IV. Construção jurídica | A especificidade dos direitos à imagem, à voz e à reserva sobre a intimidade da vida privada das crianças

(a) Coordenadas gerais

64. São muitas e distintas as situações da vida em que se evidencia uma ingerência, determinada ou autorizada pelos pais, na *imagem*, na *voz* ou na *reserva sobre a intimidade da vida privada das crianças*. A título ilustrativo, é o que se verifica nos casos seguintes:

- (a) *Obtenção e/ou renovação de documento de identificação civil, com a divulgação de dados pessoais da criança (v.g., data de*

- nascimento, filiação, residência), assim como a captação da imagem e de dados biométricos da criança;
- (b) Inscrição em estabelecimento escolar ou recreativo, com a partilha de dados pessoais e de fotografias da criança;
 - (c) Realização de radiografias, ecografias, e outros exames de imagiologia ou de diagnóstico;
 - (d) Emissão de cartão da escola ou de estabelecimento recreativo, acompanhado da imagem da criança e de dados pessoais desta;
 - (e) Inclusão de fotografias da criança no anuário da escola ou noutra publicação congénere;
 - (f) Divulgação no *website* da escola, de ginásio ou de outro estabelecimento recreativo, de fotografias ou vídeos da criança, em contexto escolar ou de frequência de actividades;
 - (g) Participação de criança numa reportagem televisiva ou divulgação, em peça jornalística, de imagens, vídeos, ou registo áudio da criança;
 - (h) Participação da criança em espectáculo recreativo ou artístico;
 - (i) Partilha de fotografias, áudios ou vídeos da criança em redes sociais;
 - (j) Captação e/ou divulgação de dados sensíveis da criança, nomeadamente, dados genéticos, clínicos e biométricos, no contexto de plataformas informáticas, em redes sociais ou na internet;
 - (k) *Upload* de vídeos da criança no *YouTube* ou noutra plataforma similar;
 - (l) Utilização de plataformas de ensino à distância, por via das quais se exiba ou se grave a imagem e as palavras proferidas pela criança.

65. A diversidade das hipóteses elencadas evidencia a importância de um *enquadramento normativo claro dos actos que ingerem em bens pessoalíssimos titulados pelas crianças*, nomeadamente em matéria de identidade pessoal, imagem e reserva sobre a intimidade da vida privada. Sucede, contudo, que, como resultou demonstrado, o Direito vigente não contempla um regime uno e sistematizado. Em concreto, não se prevê uma regulamentação especial aplicável aos actos de partilha de imagens, áudios e vídeos de crianças, promovidas pelos pais (e, nesta medida, aceite por estes), em blogues, redes sociais, no *YouTube*, ou em plataformas digitais congéneres.

Esta circunstância justifica, assim, uma reflexão dirigida a esclarecer os *limites quanto à legitimidade dos actos praticados pelos pais, no*

exercício das responsabilidades parentais, que interfiram em bens de personalidade dos filhos.

66. Como se vai concretizar, o modelo de decisão a observar tem de assentar em *coordenadas próximas daquelas que regulam as demais hipóteses de exposição pública das crianças* (seja por via da participação em espectáculos e actividades recreativas seja em anúncios e campanhas publicitárias). Na verdade, evidencia-se uma identidade quanto à razão de decidir, a saber, a necessidade de *protecção das crianças que sejam colocadas em situações de perigo (efectivo ou potencial) para o seu bem-estar*, sem que exista um fundamento material razoável que o justifique. Vejamos.

67. *Em primeiro lugar*, a solução quanto ao valor jurídico dos actos praticados pelos pais que se ingerem em direitos de personalidade titulados pelas crianças tem de ser construída *com respeito pelo instituto das responsabilidades parentais e deve privilegiar uma análise funcional, dirigida a individualizar os interesses (especiais e específicos) da própria criança* que, não podendo actuar autonomamente, tem de ser protegida, não apenas de actos praticados por terceiros, mas também de si própria. Daqui resulta, como corolário lógico, que a *limitação ao exercício dos direitos de personalidade titulados pelos filhos apenas deve ser autorizada na medida em que se justifique para a tutela dos interesses das crianças* na situação individual⁹⁸.

A resposta quanto ao problema da *legitimidade das decisões tomadas pelos titulares das responsabilidades parentais que interfiram em bens eminentemente pessoais* das crianças (v.g., a vida, a integridade física, a identidade pessoal, a intimidade) não pode, assim, fundamentar-se na mera invocação do instituto das responsabilidades parentais, isto é, num título de habilitação “formal”. Na verdade, e como se deixou demonstrado, os bens de personalidade ingeridos por um acto praticado pelos pais, no exercício das responsabilidades parentais, são titulados pelas próprias crianças, pelo que *o interesse a satisfazer, em primeira linha, tem de ser o das crianças*.

68. Esta asserção compreende-se à luz do fundamento material do instituto das responsabilidades parentais, que se justifica precisamente para satisfazer o *interesse da criança*, em virtude da sua incapacidade

⁹⁸ No sentido de que “[o]s direitos de personalidade (direito à imagem) não podem ser excessivamente limitados, designadamente em face das crianças”, cfr. CORDEIRO (2020), anotação ao artigo 280.º, p. 824.

genérica de exercício (que subsiste até à maioridade ou à emancipação plena). Com efeito, e como se antecipou⁹⁹, as responsabilidades parentais justificam-se “atendendo à especial vulnerabilidade das crianças e às suas necessidades específicas de proteção e cuidados enquanto seres em desenvolvimento”¹⁰⁰. Numa palavra, dirigem-se a assegurar o *bem-estar* da criança nos diversos planos, em especial, a respectiva integridade física e moral¹⁰¹. Esta exigência decorre, explicitamente, desde 2008, da substituição linguística da expressão *poder paternal* (que se ancorava na ideia de *potestas*) por *responsabilidades parentais*, no Código Civil vigente (cfr. artigos 1877.º a 1920.º-C, que integram a Secção II).

A densificação do conteúdo das responsabilidades parentais beneficia de uma leitura conjugada do artigo 36.º, n.º 5, da CRP (que enuncia “o direito e o dever de educação e manutenção dos filhos”) e dos artigos 1878.º-ss. do CC. Em particular, o artigo 1878.º, n.º 1, incumbe os pais, “no interesse dos filhos”, de “velar pela segurança e saúde destes, prover ao seu sustento, dirigir a sua educação, representá-los, ainda que nascituros, e administrar os seus bens”. Resulta, assim, clara a trilogia fundamental que deve ser observada e respeitada pelos pais, no plano pessoal da criança, a saber, a “segurança”, a “saúde”, a “educação”¹⁰². Neste sentido, um acto praticado no exercício das responsabilidades parentais deve ser apto a *satisfazer os interesses dos filhos*. Ora, esta exigência de uma *destinação funcional* é particularmente relevante relativamente aos actos que ingiram na esfera jurídica pessoal das crianças.

69. Em segundo lugar, a *ingerência na imagem, na voz e na reserva sobre a vida privada das crianças* deve ser qualificada como um acto praticado em questões de particular importância, para o que se impõe, em geral, o concurso de vontade dos pais ou titulares das responsabilidades parentais, que não se pode presumir (cfr. artigo 1902.º, n.º 1 – 2.ª parte, do CC¹⁰³).

⁹⁹ Cfr. *supra*, § II.

¹⁰⁰ Cfr. SOTTOMAYOR (2020), anotação ao artigo 1877.º, p. 850.

¹⁰¹ Cfr. SOTTOMAYOR (2020), anotação ao artigo 1878.º, p. 852.

¹⁰² Nos termos do n.º 1 do artigo 1874.º, sob a epígrafe “Deveres de pais e filhos”, “Pais e filhos devem-se mutuamente respeito, auxílio e assistência”.

¹⁰³ “Se um dos pais praticar acto que integre o exercício das responsabilidades parentais, presume-se que age de acordo com o outro, salvo quando a lei expressamente exija o consentimento de ambos os progenitores ou se trate de acto de particular importância [...]” – sublinhado nosso.

Como se explicitou¹⁰⁴, o exercício das responsabilidades parentais obriga a equacionar a distinção entre “*acto da vida corrente*” e “*acto de particular importância*”. A expressão “*acto de particular importância*”, pese embora a ausência de uma definição na lei, deve ser densificada com apelo à *trilogia* fundamental na esfera pessoal da criança, a saber, a *segurança*, a *saúde* e a *educação*. Significa isto que se deve rejeitar uma tipologia fechada de actos e, antes, considerar uma *leitura dinâmica e actualista do conceito*. Em concreto, devem ser reconduzidos a esta noção os *actos que, pela sua projecção na vida e no bem-estar da criança, tenham uma ligação estreita com os seus direitos fundamentais e com direitos pessoalíssimos*¹⁰⁵.

Por outro lado, e como corolário do que se defende, os *actos de particular importância* têm de se ancorar numa *causa material suficiente*, no sentido de se *destinarem, funcionalmente, a satisfazer necessidades estratégicas da criança*; na ausência de um “*interesse digno de protecção legal*”¹⁰⁶, o acto praticado pelos pais – ainda que precedido da concordância de ambos – pode ser sindicado, não vinculando, por *falta de juridicidade*¹⁰⁷. Com efeito, os actos praticados pelos titulares das responsabilidades parentais que condicionem o exercício dos direitos de personalidade dos filhos, devem *dirigir-se a satisfazer os interesses das crianças*, para o que têm de se suportar numa razão material legítima, nomeadamente, por motivos relacionados com a saúde, a educação ou a segurança da criança. Ora, é precisamente para *proteger a criança*, tendo presente a condição etária e, a presumível vulnerabilidade e a ausência

¹⁰⁴ Cfr. *supra*, § II.

¹⁰⁵ Com apelo à categoria dos “*direitos pessoalíssimos*”, cfr. FERNANDES (2009), p. 225.

¹⁰⁶ É a expressão utilizada no artigo 398.º, n.º 2, do CC. Sobre o sentido desta exigência, cfr. ANTUNES (2018), anotação ao artigo 398.º, pp. 29-31.

¹⁰⁷ As dificuldades na matéria são potenciadas pela circunstância de não se prever uma norma simétrica relativamente ao artigo 1893.º, que enuncie o desvalor jurídico dos actos praticados pelos responsáveis parentais com projecção na esfera pessoal dos filhos. Esta norma, sob a epígrafe “*Actos anuláveis*”, preceitua o seguinte: “*I. Os actos praticados pelos pais em contravenção do disposto nos artigos 1889.º e 1892.º são anuláveis a requerimento do filho, até um ano depois de atingir a maioridade ou ser emancipado, ou, se ele entretanto falecer, a pedido dos seus herdeiros, excluídos os próprios pais responsáveis, no prazo de um ano a contar da morte do filho [...]*.” No sentido da aplicação analógica do artigo 1893.º para fundamentar as consequências do acto praticado por um dos progenitores sem a intervenção ou o acordo expresso do outro, quando exigidos por lei, com base num argumento, pelo menos, de identidade de razão, se não mesmo de maioria de razão, cfr. FERNANDES (2009), p. 283.

de discernimento bastante para tomar uma decisão autonomamente, que os pais estão legitimados a actuar, no plano do exercício de direitos de personalidade que são, na verdade, titulados pelos filhos.

Nesta medida, *no caso de não se individualizar um interesse objectivamente merecedor de tutela pelo Direito, a directriz a observar pelos pais tem de ser o dever de abstenção*, evitando a prática de actos que consubstanciem uma ingerência na esfera jurídica pessoal dos filhos e, em concreto, na manifestação da sua personalidade.

70. Por conseguinte, *a partilha pelos pais, nas redes sociais ou noutras locais com publicidade, de fotografias, áudios e vídeos dos filhos*, assim como a *autorização para os filhos participarem em espectáculos recreativos, programas televisivos ou outras actividades culturais e publicitárias* configura, precisamente, um *acto praticado em questões de particular importância para a criança*. Com efeito, como elemento comum, evidencia-se uma *ingerência em bens pessoalíssimos dos filhos*, com a natureza de bens de personalidade e que interferem – em termos efectivos ou potenciais – no *bem-estar* das crianças.

71. *Em terceiro lugar*, e em termos complementares, *o acordo dos pais é insuficiente para fundamentar a legitimidade material de uma actuação que interfira em bens pessoalíssimos do filho no caso de não se vislumbrar, em termos objectivos, um interesse merecedor de tutela jurídica*.

A actuação dos responsáveis parentais nestas matérias é, pois, *vinculada*, não sendo necessariamente autorizada em termos livres. Ora, nos termos do regime comum em matéria de limitação voluntária dos direitos de personalidade, previsto no artigo 81.º do CC, um dos parâmetros de controlo da validade do acto é, precisamente, o respeito pela ordem pública¹⁰⁸. Neste sentido, uma das coordenadas que deve ser relevada com a natureza de princípio de ordem pública é a *directriz do interesse superior da criança*.

72. Em geral, o *acto de partilha de fotografias, áudios e vídeos dos filhos em redes sociais tituladas pelos pais* não é, sem mais, lícito. Antes, impõe-se privilegiar uma orientação que *previna a exposição da criança sem que exista uma causa bastante* para tal.

¹⁰⁸ Com a defesa da ideia de que, nos casos de falta de maturidade do incapaz para avaliar as consequências do consentimento para a limitação do seu direito de personalidade, cabe “lançar aqui mão de uma interpretação mais estrita da cláusula de ‘ordem pública’ referida no artigo, 81.º, n.º 1, para evitar a exploração, pelos representantes legais, das informações sobre a vida privada do incapaz”, cfr. PINTO (2018), p. 700.

Essa *razão material justificativa* parece evidenciar-se, designadamente, em casos, *v.g.*, de crianças que padeçam de uma patologia clínica que reclame uma intervenção médica particularmente onerosa, circunstância que conduz a publicitar imagens da criança, assim como a revelar dados sensíveis desta com o objectivo de iniciar uma campanha de angariação de fundos. A mesma conclusão parece impor-se nas situações de crianças de paradeiro desconhecido, socorrendo-se os pais da partilha de imagens, em redes sociais ou noutros locais públicos, com vista a favorecer a respectiva identificação e localização por terceiros.

73. Cabe, ainda, precisar que a circunstância de *as crianças visadas pelos actos de exposição serem filhas de figuras públicas* não legitima, por si só, a partilha de imagens, de áudios ou vídeos dos filhos: a notoriedade dos pais não os habilita, sem mais, a interferir na imagem ou na privacidade dos filhos¹⁰⁹.

Primeiro, o interesse “do público” em conhecer aspectos relativos à identidade pessoal ou compreendidos na esfera de reserva das crianças não pode equivaler a um interesse geral ou de ordem pública, que seja apto a “justificar” a restrição daqueles bens fundamentais e que configuram, bem assim, bens de personalidade titulados pelas crianças. Neste sentido, os artigos 79.º, n.º 2, e 80.º, n.º 2, do CC não podem ser invocados sem que se individualize um *interesse legítimo* relacionado especificamente com a criança visada pelo acto de partilha. Numa palavra, a legitimidade reconhecida aos pais para ingerir sobre a esfera jurídica alheia (dos filhos) cessa nos casos em que não exista um interesse merecedor de tutela pelo Direito, apreciado em termos objectivos. E assim sucede porque os pais actuam ao abrigo de um instituto que se justifica, em primeira linha, para protecção da criança e dos seus interesses específicos.

Segundo, a licitude da exposição pública das crianças não pode ser ancorada, sem mais, na defesa da ideia de que os pais têm o direito de conformar os termos do exercício (com maior ou menor publicidade) da parentalidade, enquanto dimensão da sua personalidade. Esta ideia encerra uma confusão relativamente aos sujeitos de direito implicados e quanto às correspondentes esferas jurídicas: os direitos e os bens de personalidade visados são titulados pelas crianças, pelo que não se pode admitir, em todos os casos, a sua livre conformação pelos pais.

¹⁰⁹ No sentido de que os familiares das denominadas “figuras públicas” não têm de suportar quaisquer limitações no que respeita à sua privacidade, *cfr.* PINTO (2018), p. 575 (e nota n.º 220, *loc. cit.*).

Terceiro, a eventual notoriedade dos pais não os dispensa do “mandato” – justificado em nome de interesses fundamentais, enquadrados pelo Direito – dirigido a praticar todos os actos necessários e adequados para garantir a protecção e o bem-estar da criança.

74.O problema adquire uma complexidade particular nos casos em que se possa individualizar um *aproveitamento comercial da exploração da imagem, das palavras e da privacidade dos filhos*: nesta eventualidade, as receitas obtidas devem, como regra, destinar-se aos filhos, pela circunstância de serem estes os titulares dos bens jurídicos ingeridos, naqueles actos de partilha. Assim, apesar de o aproveitamento comercial da imagem e da intimidade das crianças se ancorar em negócios celebrados pelos pais, no exercício das responsabilidades parentais, não pode ser conformado livremente por estes.

A este respeito, justifica-se recordar que incumbe aos pais, no exercício das responsabilidades parentais, assegurar a *manutenção* dos filhos, garantindo a existência de bens materiais suficientes para o sustento e o desenvolvimento físico e psíquico adequado da criança. Neste sentido, e pese embora o facto de o legislador reconhecer, em determinadas situações, o direito dos pais afectarem parte dos rendimentos titulados pelo filho (cfr. artigo 1896.º do CC), esta faculdade apenas se justifica num contexto de especial solidariedade familiar¹¹⁰.

75. *Em quarto lugar*, e como também se evidenciou¹¹¹, o poder de representação legal, no exercício das responsabilidades parentais, não compreende a prática de “*actos puramente pessoais*”, nos termos preceituados no artigo 1881.º, n.º 1, do CC.

Uma das dificuldades suscitadas respeita, precisamente, ao sentido da expressão “*actos puramente pessoais*”. A doutrina e a jurisprudência têm reconduzido, a esta categoria, *actos pessoalíssimos*, como o casamento e

¹¹⁰ Nos termos do artigo 1896.º do CC (*Rendimentos dos bens do filho*), reconhece-se aos pais, no n.º 1, a possibilidade de “*utilizar os rendimentos dos bens do filho para satisfazerem as despesas com o sustento, segurança, saúde e educação deste, bem como, dentro de justos limites, com outras necessidades da vida familiar*”. De acordo com o artigo 27.º, n.º 2, da Convenção sobre os Direitos da Criança, “*Cabe primordialmente aos pais e às pessoas que têm a criança a seu cargo a responsabilidade de assegurar, dentro das suas possibilidades e disponibilidades económicas, as condições de vida necessárias ao desenvolvimento da criança*”.

¹¹¹ Cfr. *supra*, § II.

a perfilhação¹¹². Não se tem convocado o conceito relativamente aos actos praticados pelos pais, no exercício das responsabilidades parentais, e que são susceptíveis de ingerir nos *direitos de personalidade titulados pelas crianças*. Naturalmente, a decisão de casar, assim como de perfilhar, tem de ser apreciada à luz do direito ao desenvolvimento da personalidade da criança, previsto no artigo 26.º, n.º 1, da CRP (com natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias e que consubstancia, igualmente, um direito de personalidade).

76. Em todo o caso, tendo presente a similitude de hipóteses e a identidade do fundamento racional que as sustenta, cremos que se *justifica ponderar o referido artigo 1881.º e a excepção relativa à prática de actos puramente pessoais nas situações em que esteja implicada a personalidade da criança, em qualquer das suas manifestações, e sem que a ingerência, determinada por terceiros, se suporte num interesse especial da criança*; numa palavra, quando não seja possível presumir uma *utilidade* daquele acto na perspectiva da criança, que conduza a considerá-lo como *merecedor de tutela jurídica* (porque assente numa causa legítima¹¹³).

77. A prática de “*actos puramente pessoais*”, pelo facto de se encontrarem subtraídos do regime da representação legal, conduz a qualificar a

¹¹² A este respeito, PIRES DE LIMA / ANTUNES VARELA (anotação ao artigo 1881.º, n.º 3, p. 340) ensinam que estão em causa actos que, “pela sua raiz eminentemente ligada à vontade do indivíduo, como sejam a perfilhação ou a disposição testamentária, só pelos próprios podem ser praticados”. Para MARTINS (2008, pp. 87-88), no campo dos direitos puramente pessoais, “[o] exercício de tais direitos cabe única e exclusivamente ao seu titular na medida em que se estes se traduzem em manifestações da sua própria personalidade”. Para mais desenvolvimentos, cfr. A. e ob. cit., pp. 129-134 – com a defesa da exclusão da representação legal relativamente ao exercício dos direitos de natureza pessoal, aqui se incluindo, os direitos tradicionalmente qualificados como estritamente pessoais (caracterizados pela insusceptibilidade de cisão entre a titularidade e o exercício dos direitos), como “outros direitos pessoais, também caracterizáveis como pessoalíssimos pela sua incindibilidade da pessoa do seu titular (v.g., direitos da personalidade)” (ob. cit., pp. 129-130). Parece ser duvidosa a ideia sustentada por OLIVEIRA (2020, p. 509), no sentido de que, em matéria de “*actos puramente pessoais*”, os pais “nem podem manifestar a vontade que ouvem dos filhos, nem podem exprimir a sua própria vontade no âmbito da sua obrigação de cuidado”.

¹¹³ Para o conceito de causa negocial enquanto “causa da juridicidade”, cfr. ANTUNES (2016) – que a define como a “*função desempenhada pelo concreto negócio jurídico* e que deve ser merecedora de tutela jurídica” (ob. cit., p. 14).

intervenção dos responsáveis parentais, nestas matérias, como *assistentes*, que actuam ao abrigo de um regime de conjugação de vontades¹¹⁴.

Por este motivo, o casamento por menor com idade núbil pode ser celebrado em termos perfeitos com a autorização dos pais ou com o suprimento da autorização dos pais; de igual forma, a participação de crianças em actividades de natureza cultural, artística ou publicitária tem de ser avalizada, não apenas pelos pais, mas também por uma entidade que tem por função, precisamente, a tutela da criança ou do jovem.

¹¹⁴ Como antecipámos, esta norma não fundamenta a conclusão nos termos da qual o exercício da representação legal, por efeitos das responsabilidades parentais, se restringe à esfera jurídica patrimonial das crianças. Na verdade, o artigo 1881.º está inserido em sede de Subsecção I (*Princípios gerais*), da Secção II (*Responsabilidades parentais*), pelo que se deve entender que abrange as esferas pessoal e patrimonial da criança. Por este motivo, a interpretação e correcta aplicação do artigo 1881.º tem de ponderar a referida dicotomia de esferas da criança. Esta leitura harmoniza-se com a circunstância de o instituto das responsabilidades parentais ter um conteúdo bicéfalo, legitimando a prática de actos com efeitos na esfera pessoal (em concreto, com implicações na saúde, educação e segurança da criança), assim como patrimonial (assegurando o adequado sustento da criança e administrando os seus bens, nos limites reconhecidos pela lei) da criança. Em sentido diverso, reconduzindo o “poder-dever de representação dos filhos menores” ao plano patrimonial do exercício das responsabilidades parentais, cfr. SOTTOMAYOR (2020), anotação ao artigo 1878.º, p. 854 – que conclui: “quando os pais celebram contratos com terceiros relativos à saúde, educação dos filhos ou outras necessidades básicas (compra de comida e vestuário), eles estão a cuidar da pessoa dos filhos ou a autorizar a prática de determinados actos, não a representar os filhos. Por outro lado, o poder-dever de representação não é adequado aos atos pessoais, cuja prática pressupõe diálogo entre pais e filhos e a participação destes nas decisões a tomar, reconhecendo a lei aos menores capacidade natural para a prática de atos pessoais de acordo com a sua maturidade”. Já, anteriormente, cfr. MARTINS (2008), pp. 105-106 – que conclui que os actos puramente pessoais “não admitem a representação legal como forma de suprimento” e propõe a inversão do princípio da incapacidade de agir por menoridade e a sua superação pelo princípio da capacidade de agir dos sujeitos menores de idade (ob. cit., pp. 109-ss.). Para a defesa da ideia de que “[o] poder de representação foi pensado para atos patrimoniais, em que se justifica que os pais substituam os filhos menores, celebrando negócios jurídicos em nome destes e no seu melhor interesse”, cfr. MONTEIRO/DIAS (2020), anotação ao artigo 1881.º do Código Civil, p. 865. Cfr., ainda, BOLIEIRO/GUERRA (2014), p. 183 – que, apesar de incluírem o poder de representação na categoria de poderes-deveres de natureza patrimonial, ressalvam que “rigorosamente este poder-dever tem natureza mista, abrangendo também aspectos pessoais da vida do filho”. Em sentido crítico quanto à leitura que circunscreve o poder de representação ao plano patrimonial, cfr. PINHEIRO (2020), p. 27 – que entende que a mesma não tem apoio nem na sistematização nem na letra da lei (loc. cit.).

Nestas circunstâncias, o modelo a privilegiar assenta num processo de *codecisão* ou de *consentimento conjugado*.

78. *Em quinto lugar*, e como corolário do que se defendeu, impõe-se relevar o *efeito particular do acto praticado no exercício das responsabilidades parentais, que ingira nos bens da personalidade da criança*.

A directriz geral a observar, no contexto destes actos, mesmo no caso de inexistir um preceito legal especial que condicione a respectiva perfeição à intervenção de uma entidade de tutela dos direitos e interesses das crianças, é, assim, a exigência de uma *destinação funcional (séria e relevante)*, a apreciar em termos objectivos. Noutros termos, deve convocar-se, como pressuposto de legitimidade material da prática do acto pelos titulares das responsabilidades parentais a existência de um *interesse merecedor de tutela jurídica*.

79. A conclusão enunciada procede, de igual modo, no que respeita à *celebração de negócios jurídicos que condicionem o exercício dos direitos à imagem e à voz da criança, titulando o direito a uma contrapartida económica*. Na verdade, se a existência de uma componente patrimonial conduz a apartá-los de “*actos puramente pessoais*” como o casamento e a perfilhação¹¹⁵, a natureza dos bens jurídicos que constituem objecto do negócio (*bens pessoalíssimos*), impõe relevar uma *especificidade* que fundamenta a existência de *constrangimentos à livre actuação dos representantes parentais*. Numa palavra, deve exigir-se que o acto se caracterize por uma *destinação funcional legítima*, para o que se impõe ponderar os seus *efeitos concretos* e a respectiva *interferência no bem-estar da criança*.

80. Por outro lado, o modelo de decisão a observar nos casos de *exposição pública de uma criança*, designadamente, no contexto de blogues, redes sociais, no *YouTube*, ou em plataformas digitais congéneres, tem de assentar em coordenadas próximas daquelas que regulam a participação da criança em espectáculos, programas televisivos, actividades culturais, recreativas, bem como em anúncios e campanhas publicitárias. Na verdade, evidencia-se uma identidade quanto à razão de decidir, a saber, a *necessidade de protecção das crianças que sejam colocadas em situações de risco (potencial ou efectivo) para o seu bem-estar*.

¹¹⁵ No sentido de que o aproveitamento económico da imagem de uma criança não parece dever ser qualificado como um acto puramente pessoal, nos termos do artigo 1881.º, n.º 1, do CC, cfr. FESTAS (2009), p. 306 (nota n.º 1090).

81. *Em sexto lugar*, a decisão de ingerir em bens pessoalíssimos da criança deve ponderar, sempre que possível, a *vontade da criança*. Para este juízo, cabe relevar a *capacidade natural da criança*, isto é, a susceptibilidade de entender e de querer o acto, na situação individual¹¹⁶.

A consideração da vontade da criança pode conduzir à *ilegitimidade (material) da exposição pública da criança* fundada em acto praticado pelos pais sempre que aquela tenha, de modo claro, manifestado a sua discordância quanto ao tipo de exposição e o acto não permita prosseguir finalidades legítimas, objectivamente consideráveis. Por conseguinte, quando estejam em causa crianças com o discernimento necessário para ajuizar sobre os próprios interesses, impõe-se que os pais relevem a opinião manifestada, *abstendo-se de praticar actos que se oponham à vontade da criança, se estes não se sustentarem num fundamento material bastante*.

82. A atendibilidade da vontade da criança obriga, por sua vez, a equacionar o *limite etário* relevante. Pese embora a existência de um sistema fixo e rígido quanto à incapacidade jurídica da criança, o Direito vigente não é insensível às diferentes fases etárias da vida da criança e do jovem; antes, reconhece a sua relevância jurídica, em casos particulares, como se sistematizou¹¹⁷. Inexiste, no entanto, um limite etário uno aplicável à intervenção e/ou participação das crianças nos assuntos que lhes digam especialmente respeito.

83. A solução a privilegiar quanto à atendibilidade da vontade da criança em matéria de actos praticados pelos pais que interfiram nos direitos de personalidade titulados por aquelas, não deve ser construída de modo abstracto, tendo por referência um limite etário rígido. Antes,

¹¹⁶ Relevando “o crescimento da criança e a sua crescente capacidade para decidir autonomamente sobre os seus próprios interesses”, cfr. MEDEIROS (2017), anotação ao artigo 36.º da Constituição da República Portuguesa, p. 601 – que precisa a importância de, a partir de certa idade e, designadamente, na adolescência, o filho ser ouvido nas decisões que lhe digam respeito (ob. cit., p. 602). Recentemente, cfr. SOTTOMAYOR (2020, anotação n.º 9 ao artigo 1878.º do CC): “Os pais têm o dever de promover a autonomia dos filhos e de respeitar a sua personalidade, de os ouvir em todas as questões que lhes digam respeito e de promover, de acordo com a sua maturidade, a sua intervenção no processo de decisão e de pedir o seu consentimento, quando se trate de uma ingerência direta na sua personalidade e ainda de respeitar a decisão autónoma dos filhos adolescentes quanto ao exercício dos seus direitos pessoalíssimos, através do diálogo, do apoio e do aconselhamento.”

¹¹⁷ FERNANDES (2009) refere-se a “uma importante atenuação da rigidez do sistema básico do Código Civil” (ob. cit., p. 257) e conclui no sentido de que o sistema português assenta num “regime rígido mitigado” (ob. cit., p. 257).

o critério determinante deve ser a existência de *discernimento adequado e suficiente para compreender o alcance do acto*, isto é, a *capacidade natural da criança*, para compreender o sentido e as consequências do acto na situação individual.

Por outro lado, a *vontade da criança* deve ser convocada como um entre vários subsídios de uma *análise funcionalmente orientada*, nos termos que se vão explicitar de seguida.

(b) Proposta de construção jurídica

84. Assentes as coordenadas relevadas, estamos em condições de propor um *quadro ilustrativo quanto à legitimidade da intervenção dos titulares das responsabilidades parentais*. A construção que se defende assenta numa *constelação de actos praticados em áreas estratégicas para a criança* (como seja a saúde, a educação e a segurança) e no *exame dos interesses susceptíveis de serem satisfeitos*, na situação individual. Assim, em matéria de:

(a) Saúde:

- (1) A intervenção é, *em princípio, válida*, com base na autorização dos pais, nos seguintes casos:
 1. Prática de *actos clínicos necessários ou adequados para garantir a vida e a integridade física da criança*¹¹⁸;
 2. *Partilha de imagens, nas redes sociais ou noutras locais com publicidade*, no âmbito de uma *campanha de angariação de fundos para efeitos de aquisição de medicamentos ou de acesso a terapêuticas em benefício da criança afectada por uma patologia clínica*;
 3. Realização de *ecografias, radiografias*, e de outros *exames de imagiologia ou de diagnóstico* prescritos ou recomendados clinicamente em benefício da criança.
- (2) De modo diverso, *deve recusar-se a validade* dos actos de consentimento prestados pelos titulares das responsabilidades parentais relativamente a *actos clínicos não direccionados a satisfazer interesses da criança* (mas, eventualmente, dos pais ou cuidadores)¹¹⁹.

¹¹⁸ Sobre o regime vigente em matéria de consentimento médico, cfr. *supra*, II.

¹¹⁹ Sobre este ponto, cfr. PINHEIRO (2020). Cfr., ainda, CORDEIRO, anotação n.º 12 ao artigo 127.º, in CORDEIRO (Coord.), (2020, p. 376): “[n]inguém pode dispor dos seus

(b) *Educação*:

- (1) A intervenção, assente na autorização prestada pelos pais, *deve considerar-se válida* no que respeita à prática dos actos pressupostos para cumprimento, v.g., das regras de inscrição e de frequência em estabelecimentos escolares ou recreativos.

Parece impor-se o mesmo juízo, no actual contexto pandémico, relativamente à frequência de aulas com recurso a sistemas de ensino e de comunicação à distância, por via de plataformas electrónicas, que captem a imagem e as palavras da criança. Neste caso particular, e sem prescindir de uma análise apurada à luz da situação individual, no conflito entre, por um lado, os direitos à imagem e à privacidade e, por outro, o direito à educação, cabe privilegiar, em princípio, o segundo dos direitos, que se impõe salvaguardar de modo especial, em situações de isolamento da criança, por razões de infecção, isolamento profiláctico, ou por isolamento voluntário preventivo.

- (2) Já no que respeita a actividades instrumentais ao âmbito escolar e recreativo, designadamente, a captação e divulgação de imagens, áudios e vídeos da criança em *website* da escola ou em redes sociais tituladas por estabelecimentos de ensino ou recreativos, assim como a participação em estudos ou projectos, *a legitimidade do consentimento prestado pelos titulares das responsabilidades parentais e encarregados de educação deve ser avaliado à luz de cada situação individual*, tendo presente o interesse da criança.

- (c) *Identidade pessoal*: a ingerência na imagem das crianças e o acesso a dados pessoais e biométricos da criança¹²⁰, por via da autorização concedida pelos titulares das responsabilidades

direitos à vida ou integridade pessoal, invocando representação legal, salvo nos casos em que isso se imponha no interesse estrito do próprio menor – v.g., uma intervenção cirúrgica necessária”. Em matéria de consentimento para a prática de acto médico relativamente a paciente que seja menor de idade e que tenham por objecto o seu próprio corpo, cfr., também, MARTINS (2004), em especial, pp. 808-ss.

¹²⁰ O artigo 4.º, n.º 14, do RGPD define “dados biométricos”, nos seguintes termos: “dados pessoais resultantes de um tratamento técnico específico relativo às características físicas, fisiológicas ou comportamentais de uma pessoa singular que permitam ou

parentais, *deve considerar-se válida* sempre que estejam em causa actos de cumprimento obrigatório, v.g., para efeitos de identificação civil (emissão ou renovação de cartão de cidadão; emissão de outros elementos de identificação pessoal).

- (d) *No contexto familiar reservado*, a captação, assim como a exibição de imagens, áudios e vídeos da criança deve, *como solução de princípio, considerar-se igualmente legítima*, porque ancorada e justificada em interesses sociais atendíveis e reconhecidos como relevantes pelo Direito.

85. Fora dos casos referidos, afigura-se mais controversa a legitimidade da ingerência pelos titulares das responsabilidades parentais. Assim, e designadamente, nos casos seguintes:

- (a) *Partilha de imagens, áudios e vídeos da criança em redes sociais*, em especial, públicas ou sem filtros de privacidade adequados, *sempre que essa divulgação não se justifique por motivos específicos da criança*.

Como se demonstrou, inexistente um regime especial que deva ser aplicado, nesta matéria (ao contrário do que se prevê, por exemplo, quanto à participação da criança em espectáculo cultural, artístico ou em actividade publicitária¹²¹). A ausência de um regime especial não parece, no entanto, compatibilizar-se com o aumento da importância e da intensidade dos actos de exposição pública das crianças nas redes sociais e, em geral, na internet, com os correspondentes riscos para a segurança e integridade da criança em resultado da divulgação de aspectos relativos à sua identidade ou privacidade. A imagem de uma criança divulgada, neste contexto, é facilmente replicada, podendo ser partilhada, em actos sucessivos, por familiares, amigos ou, mesmo, por outros terceiros sem ligação directa ou mediata com a criança visada. Existe, nesta medida, o risco de os ficheiros partilhados virem a ser apropriados e utilizados, em termos ilegítimos e não autorizados, por outrem.

Por outro lado, a exposição pública das crianças em ambientes não controláveis, por definição (como sucede com as redes sociais e com a internet, em geral) é susceptível de interferir na

confirmem a identificação única dessa pessoa singular, nomeadamente imagens faciais ou dados dactiloscópicos”.

¹²¹ Cfr. Lei n.º 105/2009, de 14 de Setembro.

segurança das crianças, pela facilidade de localização geográfica, conhecimento dos locais de ensino, de rotinas escolares e familiares, que permitem, a final, potenciar o risco de contacto da criança visada ou, mesmo, de subtracção ilícita. Estes casos assumem contornos particulares, uma vez que, para além de ingerirem na imagem das crianças, assim como na sua privacidade, favorecem a “rastreabilidade” da criança, fenómeno que pode estar na base de actos ilícitos, designadamente, de natureza criminal, praticados contra a criança.

Em termos complementares, essa divulgação afigura-se particularmente censurável nos casos em que, em razão da idade da criança e, designadamente, de estabilização dos traços físicos, esta seja facilmente identificável.

- (b) *Celebração de contratos com agências de produção televisiva, de publicidade, de comunicação e marketing.* Nesta hipótese, o juízo sobre a legitimidade da participação da criança deve ser precedido da intervenção de terceiros (em especial, da CPCJ, nos termos preceituados na Lei n.º 105/2009, de 14 de Setembro), não sendo suficiente o acto de consentimento prestado pelos pais ou pelos titulares das responsabilidades parentais.

86. O quadro proposto permite, assim, relevar um *modelo de geometria variável*. Significa isto que, independentemente do juízo quanto à natureza não patrimonial dos bens ingeridos e sobre a sua categorização como direitos de personalidade, parece justificar-se uma *distinção entre dois núcleos de actos*, tendo por referência o critério do *contexto do exercício* e a *destinação funcional* do acto praticado, a saber:

- (a) *Os actos de “exercício social”* – compatíveis, em geral, com actuação dos titulares das responsabilidades parentais em termos autónomos, isto é, sustentados na autorização prestada pelos pais;
- (b) *Os actos de “exercício não social”* – que são insusceptíveis de serem livremente praticados pelos titulares das responsabilidades parentais em termos autónomos, isto é, sem o concurso de:
 - (1) *Vontade da criança* (sempre que esta tenha o discernimento adequado, isto é, a capacidade natural de entender e de querer exigida pelo tipo de acto);
 - (2) *Autorização* por entidade de tutela dos direitos e interesses da criança;

(3) *Suprimento da necessidade da autorização por parte de outra entidade ou convalidação do acto pelo Tribunal.*

87. No que respeita aos *actos de “exercício não social”* exige-se a demonstração, ancorada em factos e elementos objectivos, do *interesse ou do acervo de interesses merecedores de tutela pelo Direito.*

Sempre que não seja viável (em razão da falta de capacidade natural) exigir o consentimento da criança visada pelo acto de ingerência nos seus bens da personalidade, deve reclamar-se, a par do acto de autorização pelos pais, a existência de um *interesse merecedor de tutela jurídica*, a ser avaliado à luz de um crivo objectivo, que pode ser apreciado, quer em termos preventivos (pela CPCJ da área da residência da criança), quer em termos reactivos (por via da adequada sindicância judicial).

88. O modelo proposto releva, assim, o *efeito útil, na perspectiva da criança, do acto a praticar pelos pais*: se este é inexistente e, em concreto, se é prejudicial (em termos efectivos ou potenciais), deve prevalecer a *abstenção de conduta*, pela circunstância de aquela actuação não ter correspondência material com os interesses que o instituto das responsabilidades parentais visa prosseguir¹²².

89. A solução equacionada rejeita, portanto, modelos estáticos e abstractos. Antes, sustenta-se na *análise contextualizada do acto individual*, com o objectivo de o reconduzir, tendo presente a sua destinação funcional e a utilidade concreta para a criança, a um *acto “de exercício social”* – nesta medida, susceptível de ser determinado, em termos autónomos, pelos titulares das responsabilidades parentais – ou, antes, a um *acto “de exercício não social”* – que pressupõe o concurso da autorização dos pais com (i) a vontade da criança (sempre que tenha a capacidade natural para entender o acto concreto) e/ou (ii) a intervenção de uma entidade que assegure a tutela do interesse superior da criança na situação individual, seja em termos preventivos seja em termos repressivos.

90. A atendibilidade da vontade da criança não é, no entanto, sinónimo de uma coordenada vinculativa e auto-suficiente, no sentido de os pais e

¹²² Para ALEXANDRINO (2011, p. 67), “fora dos casos excepcionais de privação da liberdade ou dos direitos cujo exercício requeira a maioria, a *medida do exercício* de direitos fundamentais por menores apenas pode ser afectada (e só relativamente aos direitos fundamentais activos) (1) quando, em abstracto, essa afectação possa ser compreendida e justificada à luz de estritas exigências derivadas da respectiva capacidade natural ou dos poderes de conformação das leis gerais ou ainda (2) quando, em abstracto ou em concreto, essa afectação possa ser compreendida e justificada no âmbito do exercício legítimo do poder paternal (ou da autoridade institucional substitutiva)”.

titulares das responsabilidades parentais deverem actuar, necessariamente, no sentido manifestado pela criança¹²³. De modo diverso, a avaliação, na situação individual, sobre o modo de prosseguir o interesse da criança tem de ser feita *em termos objectivos*, admitindo-se, como regra, que são os pais que se encontram em melhores condições de ajuizarem dos termos mais adequados para a satisfação das necessidades da criança¹²⁴. Em todo o caso, a avaliação em causa tem de ser feita com respeito pela personalidade do filho, prevenindo-se, de modo especial, decisões que procurem adequar o filho à imagem dos pais¹²⁵.

Em termos complementares, não se pode reconhecer legitimidade material às atitudes de “*alienação*” ou *indiferença por parte dos pais relativamente aos comportamentos assumidos pelos filhos que sejam objectivamente contrários aos seus interesses específicos*¹²⁶. Pelo contrário, os pais têm o dever de contribuir, positivamente, para o desenvolvimento salutar e equilibrado da personalidade dos filhos¹²⁷. Com efeito, o interesse

¹²³ Como referem sugestivamente LIMA/VARELA (2010, p. 331), anotação ao artigo 1878.º, os pais “não exercem uma pura actividade de *funcionários* ao serviço dos filhos”; antes, actuam também com o objectivo de obter “a realização plena de uma das facetas mais ricas da sua personalidade”.

¹²⁴ Cfr. MARTINS (2008), p. 223: “[a] determinação do *interesse do filho*, com todas as dificuldades que comporta, cabe, em primeira linha, aos pais” – que conclui: “O interesse do filho é, deste modo, objecto de uma heteroavaliação” (loc. cit.). Cfr., ainda, A. e ob. cit., p. 234: “A participação da criança na definição do seu próprio interesse não quer significar, porém, a delegação nela da decisão a tomar.” Com a proposta de que, pelo menos numa primeira fase (correspondente a um ciclo de 6 anos), “a escolha dos valores deve ser decidida a partir de fora (e não pela criança), com o primado inequívoco da família (no pressuposto de que se trate de uma *familia funcional*), cfr. ALEXANDRINO (2011), p. 174.

¹²⁵ Cfr. MARTINS (2008), p. 224.

¹²⁶ “Reconhecer a autonomia de cada filho na organização da própria vida não pode significar a liberdade de cada um deles no horário das refeições, na livre ocupação da casa com os objectos *do seu* estudo, nos convites indiscriminados para casa, etc., etc.” – LIMA/VARELA (2010), anotação ao artigo 1878.º, p. 333 – que precisam que a actuação com autonomia deve, igualmente, ser acompanhada de crescente responsabilidade (loc. cit.). Cfr., ainda, ALEXANDRINO (2011), p. 138 – que enuncia o princípio de que “na esfera da família, *cabe primariamente aos pais* a protecção dos direitos da criança, ao passo que, fora da família, *cabe primariamente ao Estado* o mandato de promover a protecção especial da criança”. Também para OLIVEIRA (2020, p. 170), os pais não têm o direito “à indiferença”.

¹²⁷ OLIVEIRA (2020, p. 169) precisa, a respeito, que a ideia de responsabilidades parentais supõe, agora, uma “partilha de responsabilidades entre os pais e os filhos”, ou seja, o “exercício de uma protecção dos menores assente numa prática continuada da sua

superior da criança não corresponde, necessariamente, à vontade dos pais nem à vontade da criança; antes, é um limite, fundado no Direito, com a natureza de directriz de ordem pública, ditado para proteger a criança, quer de ingerências externas quer endógenas, e que podem ter origem no contexto familiar.

91. A intervenção de uma entidade estranha à família, que é convocada no plano da análise da legitimidade do acto determinado pelos pais, equivale, por outro lado, a uma *ingerência na autogestão da vida familiar*¹²⁸.

Na verdade, é a família e, de modo especial, os pais, quem deve assegurar, em primeira linha, a protecção da criança e o respeito pelos correspondentes direitos, uma vez que, em regra, estão em melhores condições para avaliar da forma mais adequada de satisfação do interesse da criança¹²⁹. Neste sentido, a fórmula de equilíbrio encontrada entre o maior peso do Estado, assim como de entidades de controlo das famílias, e a proibição de fiscalização dos actos decididos pela família, passa por *autorizar a intervenção de uma entidade estranha à família apenas em*

própria justificação e num princípio de negociação permanente”. Cfr., ainda, OLIVEIRA (2001), pp. 300-303 – que alude à “protecção que resulta do respeito pelo menor enquanto pessoa autónoma” (ob. cit., p. 300). No sentido de que “a palavra-chave no Direito dos direitos das crianças é a palavra ‘protecção’”, cfr. ALEXANDRINO (2011), p. 57. Cfr., ainda, SOTTOMAYOR (2020), anotação n.º 9 ao artigo 1878.º, p. 855 – que conclui no sentido da existência de um dever positivo de respeito pela personalidade dos filhos, “devendo os pais evitar a tentação de moldar os filhos à sua imagem e semelhança, respeitando as especificidades do seu temperamento e maneira de ser, e deixando as crianças ser elas próprias” (loc. cit.). Por este motivo, defende que “[a]s responsabilidades parentais apresentam-se como uma noção evolutiva, em que opera uma progressiva redução da extensão dos poderes-deveres que integram o seu conteúdo, sobretudo dos poderes de protecção e de autoridade, à medida que os menores se vão desenvolvendo e adquirindo capacidades naturais volitivas, físicas e intelectuais” (loc. cit.).

¹²⁸ Nos termos do artigo 18.º, n.º 1, da Convenção sobre os Direitos da Criança, “*Os Estados Partes diligenciam de forma a assegurar o reconhecimento do princípio segundo o qual ambos os pais têm uma responsabilidade comum na educação e no desenvolvimento da criança. A responsabilidade de educar a criança e de assegurar o seu desenvolvimento cabe primacialmente aos pais e, sendo caso disso, aos representantes legais. O interesse superior da criança deve constituir a sua preocupação fundamental*” (sublinhado nosso).

¹²⁹ Cfr. ALEXANDRINO (2011), p. 67: “na esfera da família, *cabe primariamente aos pais* a protecção dos direitos da criança, ao passo que, fora da família, *cabe primariamente ao Estado* o mandato de promover a protecção especial da criança”. O artigo 36.º da Convenção sobre os Direitos da Criança determina: “*Os Estados Partes protegem a criança contra todas as formas de exploração prejudiciais a qualquer aspecto do seu bem-estar.*”

situações concretas em que estejam implicados interesses estratégicos da criança (em razão da intensidade da limitação determinada no plano dos direitos de personalidade da criança, bem como nos casos em que o modelo contratualizado implique uma exposição particularmente nociva para a criança, tendo presente a natureza, a duração da actividade e a idade da criança).

Em concreto, a intervenção será admissível nos casos em que “o interesse dos filhos esteja objetivamente em perigo”¹³⁰. De resto, e como se evidenciou¹³¹, o artigo 69.º, n.º 1, da CRP fundamenta o direito das crianças “à *protecção da sociedade e do Estado, com vista ao seu desenvolvimento integral, especialmente contra todas as formas de abandono, de discriminação e de opressão e contra o exercício abusivo da autoridade na família e nas demais instituições*”.

92. Pelo exposto, privilegia-se um modelo de decisão que se conforme com as *exigências da proporcionalidade* e, em concreto, que não desvirtue o princípio segundo o qual são os pais, em regra, os sujeitos que se encontram “na melhor posição para definir o interesse dos filhos”¹³², precisamente porque os conhecem e porque antecipam as suas necessidades específicas.

As coordenadas defendidas permitem, assim, sindicar a legitimidade de actos praticados pelos pais que interfiram no exercício de direitos de personalidade titulados pelas crianças e que se sustentem em motivos fúteis ou, pelo menos, não merecedores de tutela jurídica à luz de um crivo objectivo¹³³. É o que pode suceder, paradigmaticamente, no caso de *partilhas de imagens, áudios e vídeos nas redes sociais*, por parte dos pais, sem uma razão material fundada, nomeadamente, por motivos de saúde da criança e de segurança.

93. Por último, o desvalor jurídico correspondentemente aplicável aos *actos de particular importância que ingiram no estatuto pessoal*

¹³⁰ Cfr. MEDEIROS (2017), anotação ao artigo 36.º da Constituição da República Portuguesa, p. 604. Como refere o A. (*loc. cit.*), “as intervenções restritivas dos poderes públicos neste domínio, não só estão estritamente vinculadas à prossecução dos interesses dos filhos, como também devem ser submetidas a um rigoroso crivo de proporcionalidade”.

¹³¹ Cfr. *supra*, § II.

¹³² Cfr. MEDEIROS (2017), anotação ao artigo 36.º da Constituição da República Portuguesa, p. 601.

¹³³ Cfr. MARTINS (2008), p. 201 e (nota n.º 458, *loc. cit.*): “A actuação dos pais deve orientar-se igualmente no sentido de proteger os direitos de personalidade do filho quer prevenindo a sua violação quer reagindo contra a sua violação.”

da criança em termos disfuncionalizados, isto é, não assistidos de um fundamento material bastante, deve ser a nulidade, pelo facto de ser esta a sanção mais adequada à natureza dos bens afectados e que se impõe ponderar, como consequência da ofensa de directrizes imperativas (pela circunstância de a ingerência em bens de personalidade das crianças não ser autorizada)¹³⁴. Nesse sentido, o título normativo que fundamenta o desvalor jurídico da nulidade é o artigo 294.º do CC, nos termos do qual: “[o]s negócios celebrados contra disposição legal de carácter imperativo são nulos, salvo nos casos em que outra solução resulte da lei”. Em termos complementares, é também a nulidade o desvalor jurídico correspondente à ofensa de direitos de personalidade e à limitação inválida quanto ao exercício de direitos de personalidade, nos termos gerais preceituados no artigo 81.º do CC.

94. Chegados a este ponto, estamos em condições de sistematizar as coordenadas basilares da construção jurídica proposta:

1. O pressuposto geral da legitimidade da intervenção dos pais, no exercício das responsabilidades parentais, é o respeito pelo *interesse da criança*; reclama-se, em cada caso, que a actuação dos pais seja *finalisticamente orientada para satisfazer as necessidades da criança* (e não de terceiros, incluindo os pais ou outros familiares);
2. Os pais, na qualidade de responsáveis parentais, têm o *direito de conformar os actos a praticar que se configurem concretamente mais adequados para satisfazer as necessidades da criança, em especial, o seu bem-estar e desenvolvimento harmonioso*;
3. As restrições ao exercício dos direitos de personalidade das crianças têm de ser, não apenas *queridas* (no sentido de consentidas), mas justificarem-se, igualmente, em nome de *interesses merecedores de tutela jurídica*. Neste sentido, o *juízo quanto à legitimidade material do acto de consentimento prestado pelos pais* tem de assentar numa análise finalística, isto é, ancorada no tipo de interesse que se pretende prosseguir na situação individual;

¹³⁴ Não parece, por isso, ser aplicável analogicamente a consequência jurídica da anulabilidade, estatuída no artigo 1893.º, tendo presente a diversidade estrutural e funcional deste preceito (que, como se referiu, rege quanto aos actos que ingerem no estatuto patrimonial das crianças).

4. *A intervenção dos pais que ingira em bens de personalidade do filho deve ser reservada para os casos em que se imponha proteger a criança e garantir a sua segurança, saúde e, em geral, o seu bem-estar, por motivos objectivos atendíveis;*
5. No caso de não se individualizar um interesse objectivamente merecedor de tutela pelo Direito, a directriz a observar pelos pais deve ser a *abstenção de conduta*, evitando a prática de actos que ingiram na esfera jurídica pessoal dos filhos e, em concreto, que determinem um prejuízo;
6. A concretização do interesse superior da criança, na situação individual, deve ser assegurada pela *intervenção de entidades com competência para proteger os direitos e os interesses das crianças vulneráveis ou em perigo*;
7. O esclarecimento, em cada caso, da solução mais adequada na perspectiva dos interesses da criança deve suportar-se, sempre que possível, na *vontade da criança*, desde que esta tenha a maturidade suficiente e o discernimento para compreender o alcance do acto. Numa palavra, justifica convocar-se a *capacidade natural da criança*, isto é, a susceptibilidade de *entender e querer o acto*;
8. A atendibilidade da vontade da criança pode conduzir à *ilegitimidade (material) do acto de exposição pública de aspectos relativos à sua personalidade* sempre que esta tenha, de modo claro, *manifestado a sua discordância* relativamente àquela exposição e o acto não permita prosseguir finalidades legítimas;
9. Nesta matéria, é fundamental rejeitar soluções rígidas e estáticas; antes, cabe privilegiar uma *análise casuística, contextualizada e finalisticamente orientada*, à luz da directriz geral do *interesse superior da criança* e assente em *constelações de casos*;
10. No que respeita aos actos praticados no exercício das responsabilidades parentais com o alcance de interferir em manifestações da personalidade das crianças, releva ponderar a *dicotomia* seguinte:
 - a. *Actos “de exercício social”*, que dispensam o concurso da intervenção de outra entidade, podendo ser praticados legitimamente com base na autorização prestada pelos pais;
 - b. *Actos de “exercício não social do direito”*, em que o consentimento prestado pelos titulares das responsabilidades parentais é precário, no sentido de estar condicionado à

prática de um acto habilitante: (i) pela própria criança, sempre que esta tenha a capacidade natural para compreender o acto; (ii) por uma entidade de tutela dos direitos das crianças, que actue em termos preventivos (no caso da autorização prestada pela CPCJ) ou em termos reactivos (na hipótese de convalidação ou confirmação pelo Tribunal). Nesta categoria de actos, os responsáveis parentais não podem exercer, em termos autónomos, os direitos de natureza pessoal titulados pela criança.

11. Devem privilegiar-se *fórmulas de concordância prática dos interesses em presença*, com preponderância para o interesse da criança, tendo por base uma análise comparativa entre os benefícios e as desvantagens do acto praticado na situação individual.

V. Conclusão | O futuro dos direitos das crianças de *natureza pessoalíssima*

1. Em 1998, o grupo musical Mão Morta lançava o *hit Menores e a publicidade*, onde perguntava: “*o uso de menores na publicidade. É a favor ou contra?*”. Esta música foi divulgada numa década em que não se conheciam as redes sociais, mas em que já se tinha consciência da *vulnerabilidade das crianças*, em especial, sempre que perspectivadas como instrumento de promoção de necessidades (individuais ou colectivas) alheias.
2. Hoje, os desafios são outros. Em regra, mais imediatos, impactantes e “silentes”. A liberalização do uso das novas tecnologias e das ferramentas digitais trouxe renovados problemas: em concreto, o risco de opacidade e a dificuldade em distinguir o *lícito* do *ilícito*, e o *legítimo* do *ilegítimo*. Simultaneamente, assiste-se, de forma cada vez mais intensa, à partilha de “momentos” e aspectos da personalidade dos filhos pelos pais, nas redes sociais. À distância de um clique, publicitam-se fragmentos da vida privada e familiar, circunstância que foi agravada pelo contexto pandémico que determinou uma aparente menor consciência das fronteiras entre o espaço privado e aquele que é social e que, como tal, pode ser publicitado.
3. É neste contexto que se justifica equacionar a existência de *limites materiais quanto aos actos praticados pelos pais, no exercício das*

- responsabilidades parentais, que interfiram, em termos efectivos, nos direitos de personalidade titulados pelos filhos.* Os referidos limites, ainda que não explicitamente enunciados, fundamentam-se em subsídios normativos do Direito vigente. Entre eles, justifica-se referir os artigos 36.º, n.º 5, e 69.º, n.º 1, da CRP, assim como os artigos 1878.º, e 1881.º do Código Civil, donde resulta a ideia de *vinculação dos pais ao interesse dos filhos.*
4. De igual modo, são vários os exemplos constantes de legislação extravagante¹³⁵ que condicionam a livre actuação por parte dos pais, no exercício das responsabilidades parentais, e exigem a intervenção de terceiros, a quem cabe avaliar da licitude do acto que se pretende praticar com efeitos na esfera jurídica da criança.
 5. Esta análise centrou-se, de modo especial, no regime a observar no caso de se verificar uma ingerência nos direitos à imagem e à reserva sobre a intimidade da vida privada das crianças por acto determinado pelos pais. Como ficou demonstrado, tendo presente os condicionamentos no plano da capacidade jurídica de exercício das crianças, o consentimento requerido pelos artigos 79.º, n.º 1, 80.º, n.º 1, 81.º e 340.º do CC é, na prática, prestado pelos titulares das responsabilidades parentais, sem que, na generalidade das situações, seja relevada a vontade da criança, mesmo nos casos em que esta tenha a maturidade e o discernimento adequado para compreender o alcance do acto.
 6. Na verdade, o regime vigente em matéria de *limitação voluntária ao exercício dos direitos de personalidade*, enunciado no artigo 81.º do Código Civil, não contém uma solução especial quando estejam em causa direitos de personalidade titulados por crianças. Em concreto, o legislador não releva os diferentes limites etários da criança nem convoca, no plano da eficácia do condicionamento determinado pelos pais, o consentimento da criança.
 7. A ausência de um regime especial unitário quanto ao exercício de direitos da personalidade da criança não legitima interpretações no sentido de que são os pais, de forma livre e autónoma, que têm o poder de decidir, em todas as situações, sobre os termos do condicionamento, designadamente, da imagem, da palavra e da privacidade dos filhos.

¹³⁵ Cfr. *supra* §§ II e III.

O problema é hoje particularmente premente no contexto de blogs, redes sociais e, de um modo geral, em sítios na internet, que funcionam como locais de partilha, relativamente indiscriminada e sem filtros, de manifestações da personalidade da criança.

Estes casos devem ser resolvidos em termos, pelo menos, simétricos relativamente àqueles que se encontram regulados em lei especial (como sucede com a participação de crianças em espectáculos e actividades de natureza cultural, artística ou publicitária¹³⁶). Neste sentido, o modelo de decisão tem de assentar em *coordenadas próximas aplicáveis a outras hipóteses de exposição pública das crianças*, pela circunstância de se evidenciar uma identidade quanto à razão de decidir.

8. A tutela dos direitos de personalidade da criança deve, assim, privilegiar uma *análise casuística, contextualizada e finalisticamente orientada*, assente numa *constelação de casos*, que devem ser apreciados à luz da directriz geral, com a natureza de princípio de ordem pública, do interesse superior da criança.

Por conseguinte, os casos de exercício de direitos de personalidade titulados pelas crianças por intermédio dos pais podem ser agrupados em dois grupos, com base na seguinte dicotomia: (i) *actos “de exercício social”* e (ii) *actos “de exercício não social”*.

9. No que respeita aos chamados *actos “de exercício social”*, deve considerar-se legitimada, como regra, a correspondente prática, ao abrigo do instituto das responsabilidades parentais. De modo diverso, quanto aos *actos “de exercício não social”*, reclama-se, como requisito de perfeição, a existência de motivos ponderosos relacionados, designadamente, com a saúde, educação, segurança e, em geral, bem-estar da criança, não se autorizando o exercício, em termos livres e autónomos, pelos responsáveis parentais.

A conduta dos pais tem de ser articulada, antes de mais, com a intervenção de terceiros, em termos preventivos (como a CPCJ, quanto aos actos dependentes de uma autorização) ou sucessivos (nas hipóteses de sindicância judicial pelo tribunal).

10. A solução defendida – a existência de um regime de *geometria variável quanto ao exercício dos direitos de personalidade titulados pelas crianças* – tem de ser suportada em coordenadas normativas firmes. Entre essas, releva a exigência de uma *destinação*

¹³⁶ Cfr. artigos 2.º a 11.º da Lei n.º 105/2009, de 14 de Setembro.

funcional do acto que se pretende praticar no exercício das responsabilidades parentais.

Por conseguinte, a validade do consentimento prestado pelos pais para a ingerência nos direitos pessoalíssimos titulados pelas crianças pressupõe que a *actividade praticada se justifique para satisfazer os interesses da criança*, seja na sua esfera pessoal seja na sua esfera patrimonial (e já não apenas os interesses dos pais das crianças). Significa isto que, se não for possível individualizar necessidades da criança que possam ser prosseguidas por intermédio do acto, o princípio deve ser o da *abstenção de conduta*.

11. Por outro lado, tendo presente a fisionomia particular das situações jurídicas tituladas pela criança (com a natureza bicéfala de direitos fundamentais e de direitos de personalidade) susceptíveis de serem afectadas pela actuação dos responsáveis parentais, deve favorecer-se uma solução que, assente no princípio do superior interesse da criança, privilegie a *vontade da criança*, sempre que esta tenha a *capacidade natural e o discernimento adequado* para compreender o sentido e as consequências do acto, na situação individual.
12. A atendibilidade da *vontade da criança*, que evidencie ter maturidade bastante para compreender a natureza e os efeitos do acto na situação individual, pode conduzir à *ilegitimidade (material) da exposição pública da criança* determinada pelos pais no caso de esta ter, de modo claro, manifestado a sua discordância relativamente àquele tipo de exposição e o acto não permitir prosseguir finalidades legítimas objectivamente consideráveis.
13. Entre os *índices a ponderar no juízo de legitimidade material* da conduta praticada pelos pais, que ingira em bens de personalidade dos filhos, incluem-se: (i) a idade da criança, (ii) a tipologia do acto, e (iii) a natureza e intensidade dos efeitos jurídicos concretamente produzidos. Com efeito, o exercício das responsabilidades parentais justifica-se, antes de mais, para a *protecção da criança* que, não tendo a maturidade ou o discernimento adequados para avaliar as consequências produzidas na sua esfera jurídica pessoal, deve beneficiar de uma actuação destinada a satisfazer as suas necessidades específicas, assim como a garantir, em geral, o seu *bem-estar*.
14. A solução proposta deve igualmente ser aplicável relativamente aos *filhos das denominadas figuras "públicas"*, uma vez que a

notoriedade dos pais não legitima, sem mais, o condicionamento dos bens da personalidade titulados pelos filhos.

Em termos complementares, têm de se relevar limites quanto à actuação dos pais que expõem, em blogues ou noutros locais públicos, sem um fundamento material razoável, a imagem e a privacidade dos filhos, em particular, nos casos em que o fazem a troco de contrapartidas patrimoniais (que são recebidas e geridas pelos próprios pais).

15. Por último, nos casos de *exposição mediática das crianças, por iniciativa destas*, cabe reconhecer a prevalência de um *dever de protecção da criança*, que vincula os pais, a quem cabe assegurar o desenvolvimento integral, equilibrado e em segurança do filho. Por conseguinte, a vontade da criança – precisamente pelo facto de se caracterizar por um *estado de particular vulnerabilidade* – não pode ser convocada como critério último da legitimidade material da conduta. De modo diverso, incumbe aos pais, na qualidade de responsáveis parentais, uma actuação vigilante, com vista à satisfação dos interesses específicos e legítimos do filho.

Bibliografia

- ALEXANDRINO, José Melo – *O discurso dos direitos*, Coimbra Editora-Wolters Kluwer, Coimbra, 2011.
- ÁLVAREZ, Tomás Prieto Barbosa – v. BARBOSA, MAFALDA MIRANDA / ÁLVAREZ, TOMÁS PRIETO.
- ANTUNES, Ana Filipa Morais – *A Causa do Negócio Jurídico no Direito Civil*, UCE, Lisboa, 2016.
- ANTUNES, Ana Filipa Morais – “Comentário ao artigo 398.º do Código Civil”, in PROENÇA, JOSÉ BRANDÃO (Coord.), *Comentário ao Código Civil. Direito das Obrigações/Das Obrigações em Geral*, UCE, Lisboa, 2018, pp. 25-31.
- ANTUNES, Ana Filipa Morais – *Comentário aos artigos 70.º a 81.º do Código Civil (Direitos de personalidade)*, UCE, Lisboa, 2012.
- BARBOSA, Mafalda Miranda / ÁLVAREZ, Tomás Prieto – *O direito ao livre desenvolvimento da personalidade. Sentido e Limites*, Gestlegal, Coimbra, 2020.
- BOLIEIRO, Helena / GUERRA, Paulo – *A Criança e a Família – Uma questão de Direito(s). Visão prática dos principais institutos do Direito da Família e das Crianças e Jovens*, 2.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2014.
- CARVALHO, Orlando de – *Teoria Geral do Direito Civil* (Coordenação de Francisco Liberal Fernandes, Maria Raquel Guimarães, Maria Regina Redinha), 3.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2012.

- COELHO, Francisco Pereira / OLIVEIRA, Guilherme de – *Curso de Direito da Família*, Vol. I (*Introdução. Direito matrimonial*), 5.^a ed., Imprensa da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2016; e Vol. II (*Direito da Filiação*), Tomo I (*Estabelecimento da Filiação. Adopção*), Coimbra Editora, Coimbra, 2006.
- CORDEIRO, A. Barreto Menezes – v. CORDEIRO, António Menezes.
– Tratado de Direito Civil, IV (*Parte Geral. Pessoas*), 5.^a ed., Almedina, Coimbra, 2019
- CORDEIRO, António Menezes – “Anotação ao artigo 79.º do Código Civil”, in CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES (Coord.) – *Código Civil Comentado, I – Parte Geral*, Almedina – CIDP, Coimbra, 2020, pp. 313-320.
- CORDEIRO, António Menezes – “Anotação ao artigo 122.º do Código Civil”, in CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES (Coord.) – *Código Civil Comentado, I – Parte Geral*, Almedina – CIDP, Coimbra, 2020, pp. 366-367.
- CORDEIRO, António Menezes – “Anotação ao artigo 124.º do Código Civil”, in CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES (Coord.) – *Código Civil Comentado, I – Parte Geral*, Almedina – CIDP, Coimbra, 2020, pp. 368-370.
- CORDEIRO, António Menezes – “Anotação ao artigo 127.º do Código Civil”, in CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES (Coord.) – *Código Civil Comentado, I – Parte Geral*, Almedina – CIDP, Coimbra, 2020, pp. 373-376.
- CORDEIRO, António Menezes – “Anotação ao artigo 280.º do Código Civil”, in CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES (Coord.) – *Código Civil Comentado, I – Parte Geral*, Almedina – CIDP, Coimbra, 2020, pp. 808-825.
- CORDEIRO, António Menezes / CORDEIRO, A. Barreto Menezes – “Introdução aos artigos 70.º a 81.º do Código Civil”, in CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES (Coord.) – *Código Civil Comentado, I – Parte Geral*, Almedina – CIDP, Coimbra, 2020, pp. 261-276.
- CORTÊS, António – v. MEDEIROS, RUI.
- FERNANDES, Luís A. Carvalho – *Teoria Geral do Direito Civil, I (Introdução. Pressupostos da relação jurídica)*, 5.^a ed., UCE, Lisboa, 2009.
- FESTAS, David – *Do Conteúdo Patrimonial do Direito à Imagem. Contributo para um Estudo do seu Aproveitamento Consentido e Inter Vivos*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009.
- FONSECA, Carla – “A protecção das crianças e jovens: factores de legitimação e objectivos”, in *Direito Tutelar de Menores. O sistema em mudança*, 5, FDUC – Centro de Direito da Família – Procuradoria-Geral da República, Coimbra Editora, Coimbra, 2002, pp. 9-15.
- GUEDES, António Agostinho – “Comentário ao artigo 79.º do Código Civil”, in FERNANDES, Luís A. Carvalho / PROENÇA, José Brandão (Coord.), *Comentário ao Código Civil. Parte Geral*, UCE, Lisboa, 2014, pp. 194-197.
- LIMA, Pires de / VARELA, Antunes – *Código Civil Anotado*, Vol. V, 4.^a ed., Wolters Kluwer – Coimbra Editora, Coimbra, 2010 (reimp.).
- MARTINS, Rosa – “A criança, o adolescente e o acto médico. O problema do consentimento”, in *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977*, Vol. I (*Direito da Família e das Sucessões*), FDUC – Coimbra Editora, Coimbra, 2004, pp. 791-831.

- MEDEIROS, Rui – “Anotação ao artigo 36.º da Constituição da República Portuguesa”, in JORGE MIRANDA/RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, Vol. I, 2.ª ed., UCE, Lisboa, 2017, pp. 582-611.
- MEDEIROS, Rui – v. MIRANDA, Jorge.
- MEDEIROS, Rui / CORTÊS, António – “Anotação ao artigo 26.º da Constituição da República Portuguesa”, in JORGE MIRANDA/RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, Vol. I, 2.ª ed., UCE, Lisboa, 2017, pp. 440-460.
- MIRANDA, Jorge – “Sobre o poder paternal”, *RDES*, Ano XXXII (1990), pp. 23-56.
- MIRANDA, Jorge – *Direitos Fundamentais*, 3.ª ed., Almedina, Coimbra, 2020.
- MONTEIRO, Leonor Valente / DIAS, Inês Magalhães – “Anotação ao artigo 1881.º do Código Civil”, in SOTTOMAYOR, CLARA (Coord.), *Código Civil Anotado, Livro IV (Direito da Família)*, Almedina, Coimbra, 2020, pp. 864-866.
- MOREIRA, Sónia – *A autonomia do menor no exercício dos seus direitos*, SI (2001), pp. 159-194.
- OLIVEIRA, Guilherme de – “Protecção de menores. Protecção familiar. Perspectivas”, in *Temas de Direito da Família*, 1, 2.ª ed., FDUC – Centro de Direito da Família, Coimbra Editora, Coimbra, 2001, pp. 295-303.
- OLIVEIRA, Guilherme de – *Estudos de direito da Família/4 movimentos em Direito da Família*, Almedina, Coimbra, 2020.
- OLIVEIRA, Guilherme de – Manual de Direito da Família (com a colaboração de Rui Moura Ramos), Almedina, Coimbra, 2020.
- OLIVEIRA, Guilherme de / COELHO, Francisco Pereira – v. COELHO, Francisco Pereira.
- PINHEIRO, Jorge Duarte – *Limites ao exercício das responsabilidades parentais em matéria de saúde da criança. Vida e corpo das crianças nas mãos de pais e médicos?*, Gestlegal, Lisboa, 2020.
- PINHEIRO, Jorge Duarte – *O Direito da Família Contemporâneo*, 6.ª ed., AAFDL, Lisboa, 2018.
- PINTO, Paulo Mota – *Direitos de Personalidade e Direitos Fundamentais – Estudos*, Gestlegal, Coimbra, 2018.
- PROENÇA, José Brandão – “Comentário ao artigo 340.º do Código Civil”, in FERNANDES, LUÍS A. CARVALHO / PROENÇA, JOSÉ BRANDÃO (Coord.), *Comentário ao Código Civil. Parte Geral*, UCE, Lisboa, 2014, pp. 805-809.
- RIBEIRO, Joaquim de Sousa – “A constitucionalização do Direito Civil”, in *Direito dos Contratos/Estudos*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, pp. 7-33.
- RIBEIRO, Joaquim de Sousa – “Os direitos de personalidade como direitos fundamentais”, in *Pessoa, direito e direitos. Colóquios 2014/2015*, Universidade do Minho, Braga, 2017, 253-262.
- SEQUEIRA, Elsa Vaz de – *Teoria Geral do Direito Civil/Princípios Fundamentais e Sujeitos*, UCE, Lisboa, 2020.
- SOTTOMAYOR, Clara – “Anotação ao artigo 1877.º do Código Civil”, in SOTTOMAYOR, CLARA (Coord.), *Código Civil Anotado, Livro IV (Direito da Família)*, Almedina, Coimbra, 2020, pp. 848-850.

- SOTTOMAYOR, Clara – “Anotação ao artigo 1878.º do Código Civil”, in SOTTOMAYOR, CLARA (Coord.), *Código Civil Anotado, Livro IV (Direito da Família)*, Almedina, Coimbra, 2020, pp. 850-856.
- SOTTOMAYOR, Clara – “Anotação ao artigo 1901.º do Código Civil”, in SOTTOMAYOR, CLARA (Coord.), *Código Civil Anotado, Livro IV (Direito da Família)*, Almedina, Coimbra, 2020, pp. 896-900.
- SOTTOMAYOR, Clara – *Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais nos Casos de Divórcio*, 6.ª ed., Almedina, Coimbra, 2016 – citado no texto, 2016-a).
- SOTTOMAYOR, Clara – *Temas de Direito das Crianças*, Almedina, Coimbra, 2016 (reimp.) – citado no texto, 2016-b).
- VASCONCELOS, Joana – “Comentário ao artigo 81.º do Código Civil”, in FERNANDES, LUÍS A. CARVALHO / PROENÇA, JOSÉ BRANDÃO (Coord.), *Comentário ao Código Civil. Parte Geral*, UCE, Lisboa, 2014, pp. 201-204.