DOI: 10.33242/rbdc.2026.01.007

A INCESSANTE DESPOSSESSÃO DE DADOS PESSOAIS PELA VIA CONTRATUAL NA "ERA DIGITAL"

Francisco Infante Ruiz

Catedrático de Direito Civil, Universidade Pablo de Olavide, Sevilha.
Instituto Joaquín Herrera Flores, AL. (https://www.joaquinherreraflores.org.br).
Orcid: https://orcid.org/0000-0003-4489-0730 *E-mail*: finfrui@upo.es

Resumo: O presente estudo analisa a tensão entre o direito fundamental à proteção de dados pessoais e as práticas de extração massiva de informações no contexto do que se denomina "Capitalismo de Vigilância". Partindo das premissas sociológicas o autor investiga como o contrato se transmutou em um instrumento de colonização da vida privada e pública, promovendo uma incessante "despossessão" de dados pessoais em favor do corporativismo digital. A investigação aprofunda-se na configuração constitucional do direito à proteção de dados (*habeas data*), destacando sua autonomia jurídica e sua evolução por meio da jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos e do Tribunal Constitucional Federal Alemão, que consolidou o conceito de autodeterminação informativa. O núcleo crítico do trabalho reside na desconstrução da eficácia do consentimento no ambiente digital. Argumenta-se que os requisitos de um consentimento livre, específico, informado e inequívoco, exigidos pelo RGPD, tornam-se frequentemente uma ficção jurídica devido à assimetria cognitiva do consumidor, ao uso de linguagens técnicas ambíguas e às pressões de modelos como o *consent or pay* (*cookie walls)*. Adicionalmente, aborda-se o debate doutrinário sobre a natureza jurídica dos dados pessoais como contraprestação em contratos de conteúdos e serviços digitais. Enquanto o legislador europeu evita qualificar formalmente os dados como mercadoria para preservar seu *status* de direito fundamental, a legislação espanhola (TRLGDCU) reconhece pragmaticamente a cessão de dados como uma forma de pagamento onerosa. O estudo conclui que a atual estrutura contratual na *infoesfera* vulnerabiliza a dignidade humana, defendendo a necessidade de um marco regulatório universal da ONU e o reconhecimento dos direitos digitais emergentes para garantir que o cidadão não seja reduzido a um mero produto da economia de vigilância.

Palavras-chave: Capitalismo de Vigilância. Proteção de Dados. Consentimento Digital. Direito Contratual. Direitos Digitais. Autodeterminação Informativa.

Abstract: The current study analyzes the tension between the fundamental right to personal data protection and the practices of massive information extraction within the context of what is termed "Surveillance Capitalism". Based on sociological premises regarding the transition to a post-industrial society, the author investigates how the contract has been transmuted into an instrument for colonizing both private and public life, fostering an incessant "dispossession" of personal data for the benefit of digital corporatism. The investigation delves into the constitutional configuration of the right to data protection (*habeas data*), highlighting its legal autonomy and its evolution through the jurisprudence of the European Court of Human Rights and the German Federal Constitutional Court, which consolidated the concept of informational self-determination. The critical core of the work lies in the deconstruction of the effectiveness of consent in the digital environment. It is argued that the requirements for free,

specific, informed, and unambiguous consent mandated by the GDPR frequently become a legal fiction due to consumer cognitive asymmetry, the use of ambiguous technical language, and the pressures of models such as "consent or pay" (cookie walls). Additionally, the text addresses the scholarly debate on the legal nature of personal data as *consideration* (*counterperformance*) in contracts for digital content and services. While European legislators avoid formally qualifying data as a commodity to preserve its status as a fundamental right, Spanish legislation (TRLGDCU) pragmatically recognizes the transfer of data as a form of onerous payment. The study concludes that the current contractual structure in the infosphere renders human dignity vulnerable, advocating for the need for a universal UN regulatory framework and the recognition of emerging digital rights to ensure that citizens are not reduced to a mere product of the surveillance economy.

Keywords: Surveillance Capitalism. Data Protection. Digital Consent. Contract Law. Digital Rights. Informational Self-Determination.

Sumário: **1** Contextualização: dados pessoais na "era digital" – **2** "Privacidade" e o direito fundamental à proteção de dados – **3** O papel central do contrato em nossa era – **4** A quebra na proteção de dados (algumas questões) em/contra/*versus* o contrato – **5** Conclusões – Referências

1 Contextualização: dados pessoais na "era digital"

Comecemos pelo final do título deste artigo: o que caracteriza a nossa era? O que define essencialmente o momento histórico que estamos vivendo? Esta é, sem dúvida, uma questão crucial – juntamente com outras, como as consequências da crise climática e suas *possíveis* soluções – para o bem-estar e o futuro da humanidade nesta fase da sua história. Filósofos e sociólogos importantes em todo o mundo estão refletindo sobre isso. Meu objetivo não é, de forma alguma, introduzir um novo debate ou teoria que tente somar-se aos já existentes, mas simplesmente enquadrar o tema da proteção de dados pessoais e sua relação com os contratos dentro de um contexto histórico e teórico.

Este trabalho não pretende realizar um estudo detalhado dos aspectos técnicos da proteção de dados no âmbito do direito contratual, tarefa que já foi amplamente desenvolvida – e com uma riqueza de nuances e abordagens – pela doutrina especializada,[1] mas sim propor uma contribuição crítica para a salvaguarda do direito

[1] A literatura específica já é bastante extensa. Na Espanha, entre outros, BUENO BIOT, A. (2025), "La contraprestación en forma de datos personales: el nuevo paradigma en la era digital", *Actualidad jurídica iberoamericana* (No. 22), pp. 1166 y ss.; IDEM (2025), "Entre la resolución contractual y los datos personales: nuevos dilemas de la digitalización", *Revista Boliviana de Derecho* (No. 39), pp. 150 y ss.; SERRANO SÁNCHEZ, B. (2025), *Los datos como contraprestación para el suministro de contenidos digitales*, Dykinson, 2025, esp. Cap. V; CASTILLO PARRILLA, J. A./MORAIS CARVALHO, J (2024), "Pay or ok". Pagar con datos personales tras la Directiva 2019/770: Una visión comparada entre España y Portugal", *Revista Electrónica de Direito. RED* (Vol. 34, No. 2), esp. pp. 116-127; GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, M. (2023), "La resolución del consumidor del contrato de suministro de contendido y servicios digitales", en GONZÁLEZ

fundamental à proteção de dados contra a sua violação incessante por meio de contratos; especialmente no campo dos contratos sobre conteúdo e serviços digitais.

A perda dos valores modernos, seu enfraquecimento ou sua transformação são brilhantemente explicados por Zygmunt Bauman como "modernidade líquida".[2]

PACANOWSKA, I./PLANA ARNALDOS, Mª. C. (dirs.), *Contratación en el entorno digital*, Editorial Aranzadi, Cizur Menor, esp. pp. 249-264; IDEM (2020), "El consentimiento al tratamiento de datos personales", en GONZÁLEZ PACANOWSKA, I. (Coord.), *Protección de datos personales*, Tirant lo Blanch/APDC, Valencia, esp. pp. 148-155; GILI SALDAÑA, Mª A. (2024), "La resolución de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales", en GÓMEZ POMAR, F./FERNÁNDEZ CHACÓN, I. (dirs.), *El nuevo derecho digital: I. Los contratos de suministros de contenidos y servicios digitales*, Fundación Ramón Areces-Aranzadi, Cizur Menor, pp. 766-767; ARROYO AMAYUELAS, E. (2023), "La transformación digital de los contratos de consumo en España", en GONZÁLEZ PACANOWSKA, I./PLANA ARNALDOS, Mª. C. (dirs.), *Contratación en el entorno digital*, Editorial Aranzadi, Cizur Menor, pp. 26 y 30-32; IDEM (2022), "Las nuevas Directivas sobre digitalización del derecho de contratos", en ARNAU RAVENTÓS, L. (dir.) (2022), *La digitalización del derecho de contratos en Europa*, Atelier, Barcelona, pp. 19-46; NAVARRO CASTRO, M. (2023), "El derecho de desistimiento en los contratos de servicios digitales", en GONZÁLEZ PACANOWSKA, I./PLANA ARNALDOS, Mª. C. (dirs.), *Contratación en el entorno digital*, Editorial Aranzadi, Cizur Menor, esp. pp. 490-495; LETE ACHIRICA, J. (2022), "Com. Art. 119/119 ter TRLGDCU", en CAÑIZARES LASO, A./ZUMAQUERO GIL, L. (dirs.), *Comentarios al Texto Refundido de la Ley de Consumidores y Usuarios*, Tirant lo Blanch, Valencia; MILÀ RAFEL, R. (2022): "Datos personales como contraprestación en la Directiva de contenidos y servicios digitales", en GÓMEZ POMAR, F./FERNÁNDEZ CHACÓN, I. (dirs.), *Estudios de Derecho Contractual Europeo: Nuevos problemas, nuevas reglas*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, pp. 407-450, esp. 435-443; SÁNCHEZ LERÍA, R. (2022), "Los datos personales como contraprestación en la legislación de consumo (1)", *Actualidad Civil* (No. 3), pp. 1-15, esp. 6-8 (versión digital Legalteca); CASTILLO PARRILLA, J. A. (2021), "Los datos personales como contraprestación en la reforma del TRLGDCU y las tensiones normativas entre la economía de los datos y la interpretación garantista del RGPD", *La Ley mercantil* (No. 82), esp. pp. 7-8 y 13-17 (versión digital Legalteca); CÁMARA LAPUENTE, S. (2020), "Resolución contractual y destino de los datos y contenidos generados por los usuarios de servicios digitales", en ARROYO AMAYUELAS, E./CÁMARA LAPUENTE, S. (dirs.), *El derecho privado en el nuevo paradigma digital*, Colegio Notarial de Cataluña/Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-São Paulo, pp. 141-174, esp. 160-172; DOMÍNGUEZ YAMASAKI, Mª. I. (2020), El tratamiento de datos personales como prestación contractual: Gratuidad de contenidos y servicios digitales a elección del usuario, *Revista de Derecho Privado* (Nº 104), 2020, esp. pp. 114-118; ESPÍN ALBA, I. (2020), "Contrato de suministro de contenidos y servicios digitales en la Directiva 2019/770/UE: Datos, consumidores y "prosumidores" en el Mercado Único Digital", *Revista de Derecho Privado* (Nº 104), pp. 33-34; GARCÍA PÉREZ, R. Mª. (2020), "Interacción entre protección del consumidor y protección de datos personales en la Directiva (UE) 2019/770: Licitud del tratamiento y conformidad de contenidos y servicios digitales", en ARROYO AMAYUELAS, E./CÁMARA LAPUENTE, S. (dirs.), *El derecho privado en el nuevo paradigma digital*, Colegio Notarial de Cataluña/Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-São Paulo, 2020, esp. pp. 197-200; METZGER, A. (2020), "Un modelo de mercado para los datos personales: estado de la cuestión a partir de la nueva Directiva sobre contenidos y servicios digitales", en ARROYO AMAYUELAS, E./CÁMARA LAPUENTE (dirs.), *El derecho privado en el nuevo paradigma digital*, Marcial Pons-Colegio Notarial de Cataluña, pp. 127, 139; DE BARRÓN ARNICHES, P. (2019), "La pérdida de privacidad en la contratación electrónica (entre el Reglamento de protección de datos y la nueva Directiva de suministro de contenidos digitales)", *Cuadernos Europeos de Deusto* (No. 61), pp. 29-65, esp. 51-61. No âmbito da literatura europeia, sobressai a monografia de SCHEIBENPFLUG, A. (2022), *Personenbezogene Daten als Gegenleistung*, Duncker & Humblot, Berlin, esp. pp. 99-155. V. também, SCHULZE, R. (2023), "European Private Law in the Digital Age – Developments, Challenges and Prospects", in JANSSEN/LEHMANN/SCHULZE, *The Future of European Private Law*, Nomos, Baden-Baden, pp. 141-167; DUROVIC, M./MONTANARO, M. (2021), "Data Protection and Data Commerce: Friends or Foes?", *ERCL* (No. 17-1), pp. 1-36; BEDIR, C. (2020), "Contract Law in the Age of Big Data", *Tilburg Private Law Working Paper Series* (No. 04); ZECH, H. (2016), "Data as a Tradeable Commodity – Implications for Contract Law", in DE FRANCESCHI, A., (ed.), *European Contract Law and the Digital Single Market*, Intersentia, Cambridge, pp. 51-79.

[2] BAUMAN, Z. (2002), *Modernidad líquida* (trad. esp. Mirta Rosenberg), Fondo de Cultura Económica.

Uma sociedade em que valores seguros e certos se transformam em valores mais incertos, maleáveis e relativos; isso se aplica até mesmo às normas jurídicas. Os códigos mais modernos e os instrumentos de *soft law* são um exemplo dessa liquidez.[3]

Esta reflexão nos situa nas coordenadas incertas do presente (*hic sunt leones*). A fase histórica que vivenciamos pode ser descrita como uma "transição de fase", na qual o velho e o novo se encontram e se sobrepõem, transitando de um estado para outro. Em todo o mundo, ouvimos falar de "transição ecológica" e "transição digital". Esses são os dois novos campos de batalha da política contemporânea, especialmente da política global, e, ao mesmo tempo, expressões concretas de um processo de transformação mais amplo, cujos contornos ainda estão sendo definidos.

Alvin Toffler definiu esta fase histórica como "a terceira onda".[4] Sua tese, apresentada há mais de cinquenta anos, é ainda mais relevante hoje do que era naquela época. Embora eu não compartilhe inteiramente de seu "futurismo incondicional", concordo com ele que nossa civilização está passando por uma mudança estrutural vertiginosa, que exige reflexão sobre as condições que devemos estabelecer aqui e agora para evitar maiores desigualdades no futuro. Isso implica um sério respeito aos direitos humanos existentes, o estabelecimento de limites claros contra certas formas de transumanismo – que podem gerar desigualdades – e a promoção de direitos humanos emergentes. Entre esses, destacam-se os "neurodireitos",[5] bem como o reconhecimento da identidade digital e a proteção da dignidade humana na *tecnosfera* e *na infosfera*. Nesse contexto, o tratamento de dados pessoais assume um papel central.

É por causa de Shoshana Zuboff, autora, socióloga, filósofa e professora emérita da *Harvard Business School*, oferece uma explicação muito esclarecedora sobre o momento histórico que estamos vivendo nesta espécie de "êxtase ignorante" que a *tecnosfera* parece induzir. Zuboff foi a primeira a cunhar e desenvolver o conceito de "capitalismo de vigilância" (2011-2018).[6] De acordo com sua tese,

[3] Não sendo objeto deste trabalho, remete-se, para o equacionamento, debate e reflexão crítica, sob a perspetiva do direito civil, ao excelente ensaio de GARCÍA RUBIO, Mª. P. (2016), "Sociedad líquida y codificación", *Anuario de Derecho Civil* (Tomo LXIX, Fasc. III), pp. 743-780, esp. 746-748, 773-774.

[4] 1981 (trad. esp. Adolfo Martín), Plaza & Janés.

[5] AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS (2024), *Neurodatos – EDPS TechDispatch 2024-1,* pp. 1-32; GONZÁLEZ DE LA GARZA, L. M. (2022), "Derechos digitales en el empleo de las neurotecnologías: los neuroderechos (XXVI)", en COTINO HUESO, L. (coord.), *La Carta de Derechos Digitales*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 327-362. O Chile é o primeiro país a incluir o direito à proteção dos neurodireitos na sua Carta Magna, *ad rem*, SÁNCHEZ, M./COLOMBARA, C./MONTI, N. (eds.) (2024), *En defensa de los Neuroderechos – Impacto mundial de la Sentencia de la Corte Suprema de Chile Girardi vs. Emotiv, y su papel en la protección de la privacidad mental*, Kamanau.

[6] Publicado pela primeira vez na Alemanha, em 2018, sob o título *The Age of Surveillance Capitalism: The Fight for a Human Future at the New Frontier of Power*, e na Espanha em 2020 como *La era del capitalismo de la vigilancia* (trad. esp. Albino Santos Mosquera), Ediciones Paidós.

a produção em massa do capitalismo industrial contrasta com o capitalismo de vigilância, no qual os dados de milhões de pessoas são coletados, processados e produzidos – o que hoje conhecemos como *big data*. Enquanto o capitalismo de produção é interdependente entre consumidores, funcionários e empregadores, estabelecendo uma relação recíproca, o capitalismo de vigilância se alimenta de verdadeiros enxames de pessoas que não são seus funcionários e que só podem ser consideradas consumidoras em um sentido amplo (e nem sempre). A realidade é inegável: as corporações extraem nossos dados, com ferramentas altamente sofisticadas, e os exploram para sua produção. Diante disso, e de acordo com a tese do autor, a estrutura do capitalismo contemporâneo se baseia na comercialização do comportamento humano, e tudo indica que essa lógica também sustentará o chamado "capitalismo futuro" ou a "sociedade pós-industrial" da chamada "terceira onda".

Independentemente do conceito, categoria ou tese que adotemos, o problema permanece constante. Como alerta Zuboff, encontramo-nos numa "distopia acidental" que não só põe à prova os princípios orientadores da vida social, como também ameaça diretamente a própria existência da democracia.[7]

De fato, cada ação que realizamos na esfera digital se traduz em dados, que são processados por corporações globais – como Meta, X Corp., Google, Amazon, Netflix, Apple e Uber – para antecipar nosso comportamento, explorá-lo para obter lucro e vendê-lo a terceiros. Esses fluxos de informação alimentam setores tão sensíveis quanto finanças, saúde, indústria farmacêutica, seguros e indústria automotiva, demonstrando a magnitude abrangente de seu impacto. Gradualmente, essas práticas se consolidaram estruturalmente no tecido da economia global, criando um regime de vigilância permanente no qual praticamente não há espaço para áreas isentas de monitoramento. Esse fenômeno gera sérias tensões com direitos fundamentais reconhecidos em marcos constitucionais e instrumentos internacionais, particularmente o direito à privacidade, à autodeterminação informacional e à proteção de dados pessoais e, em última instância, com a própria dignidade humana. Em outras palavras, a chamada "economia de dados" coloca em risco um conjunto essencial de direitos em um Estado democrático de direito.

Embora o cenário descrito seja perturbador, a maioria das pessoas com acesso à vasta gama de produtos, serviços e conteúdos digitais prefere permanecer em um estado permanente de hiperconectividade; muitas até afirmam se sentir confortáveis com tais práticas. Não há dúvida de que o acesso à informação

[7] ZUBOFF, S. (2022), "Surveillance Capitalism or Democracy? The Death Match of Institutional Orders and the Politics of Knowledge in Our Information Civilization", *Organization Theory*, 3(3), pp. 4-5. https://doi.org/10.1177/26317877221129290.

e ao conhecimento é um direito fundamental e deveria ser uma das grandes conquistas de nossa época; no entanto, na prática, prevalece um cenário mergulhado em desinformação e ignorância. Ambos os processos são promovidos, explícita ou implicitamente, por aqueles que concentram o poder econômico e tecnológico, interessados em manter os cidadãos no "conforto da ignorância" em vez do "desconforto do conhecimento".

Aqui reside uma das grandes armadilhas e o paradoxo que sustenta uma das tensões mais profundas do nosso tempo. Para sermos consumidores e até mesmo cidadãos nesta sociedade de vigilância, somos forçados a consentir, suportar ou sofrer uma incessante "desapropriação de dados".

Sigamos a reflexão de Giovanni Sartori, que afirmou que a cultura escrita –a do pensamento reflexivo – foi substituída pela cultura visual, caracterizada por conteúdo supérfluo e imediatamente acessível, a ponto de termos deixado de ser *homo sapiens* para nos tornarmos *homo videns*, uma mutação social e cultural que permeia todas as áreas da existência.[8]

Na sociedade digital contemporânea, retomando essa tese, poderíamos afirmar que os humanos se tornaram uma espécie de *homines donantes*, já que, nesse fluxo constante da "tecno/infoesfera", desempenhamos duas funções com notável eficiência: visualizar conteúdo (digital) e transmitir dados pessoais.

Neste contexto, a análise deste tema pode ser considerada em três níveis: 1) Contextualização (onde nos encontramos), que acaba de ser delineada em suas características gerais. 2) Discussão jurídico-conceitual (a consideração constitucional do direito à proteção de dados). 3) Reflexão jurídico-crítica (*situações contratuais* em que o sistema europeu de proteção de dados falha).

2 "Privacidade" e o direito fundamental à proteção de dados

2.1 Alguns conceitos básicos e recorrentes

Privacidade. Trata-se de um termo anglo-saxão que não equivale exatamente ao direito à intimidade, mas que abrange uma série de direitos da personalidade de diversa natureza – tais como os direitos à integridade física, à informação, à autodeterminação, à livre associação e, inclusive, à propriedade – e que pode compreender, no âmbito da *common law*, diversas ações de proteção do *tort law* (perante a intromissão na esfera privada ou na vida íntima, por apropriação do

[8] SARTORI, G. (2012), *Homo videns. La sociedad teledirigida* (trad. esp. Santiago Sánchez González, sobre ed. it. 1997), Taurus.

nome ou da imagem, pela distorção da imagem pessoal, ou pela divulgação pública de factos privados).[9] Não a encontramos como tal em nenhuma Constituição dentro do contexto cultural de nossa tradição jurídica – nem na tradição francoromana nem na germânica–, embora, como consequência da globalização, seja frequentemente invocada.[10] Tampouco é explicitamente declarada como tal em textos internacionais de direitos humanos, que enfatizam a proteção do indivíduo contra interferências arbitrárias na vida pessoal ou familiar, juntamente com outros direitos ligados à personalidade, como a inviolabilidade do domicílio e da correspondência e os direitos à honra, à reputação e à dignidade.[11]

Privacidade digital ou eletrônica. É um termo híbrido e um tema de recente discussão na sociedade digital que poderá, no futuro, embora o processo seja incerto, levar a um novo direito humano autônomo. No entanto, ainda há um longo caminho a percorrer até sua construção e articulação positiva, visto que o próprio conceito possui uma aura de admiração tão atraente quanto vaga e evanescente. De fato, no contexto europeu, está confinado ao âmbito da proteção de dados.[12] Normalmente aparece sob esse nome ou nomes semelhantes na lista de direitos digitais.

Direitos digitais. Trata-se de um conjunto de direitos, alguns são fundamentais para a ordem constitucional, enquanto outros são auxiliares ou instrumentais. Seu reconhecimento e efetividade permitiriam a salvaguarda da autodeterminação

---

9 A doutrina norte-americana qualifica-o como um conceito vago, de difícil apreensão e taxonomia e, embora desde POSNER (1960) se identifiquem, ao menos, os quatro setores do *tort law* anteriormente indicados, reconhece-se igualmente que se trata de um conceito que pode referir-se "a tudo e, consequentemente, a nada" [SOLOVE, DJ (2006), "A Taxonomy of Privacy", *University of Pennsylvania Law Review* (Vol 154, No. 3), p. 479]. Este último autor propõe uma taxonomia mais precisa e abrangente, deslocando o foco de atenção para as diversas atividades que podem afetar a *privacy*, para além do restrito âmbito do *tort law* (especialmente pp. 48, 50). Em língua espanhola, consulte-se ABRIL, P. S./PIZARRO MORENO, E. (2014), "La intimidad europea frente a la privacidad americana", *InDret* (No. 1, 2014), pp. 1-62, esp. pp. 13-25; GONZÁLEZ PORRAS, A. J. (2015), *Privacidad en Internet: Los derechos fundamentales de privacidad e intimidad en Internet y su regulación jurídica. La vigilancia masiva*, Tesis doctoral, UCLM, pp. 54 y ss.; ROIG BATALLA, R. (2024), *La expectativa razonable de privacidad: Orígenes y recepción jurisprudencial en España*, Bosch, Barcelona, pp. 25-82.

10 *Ad ex.* Directiva 2002/58/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de julho de 2002, relativa ao tratamento de dados pessoais e à proteção da privacidade no setor das comunicações eletrónicas (Directiva relativa à privacidade e às comunicações eletrónicas) [Jornal Oficial nº L 201 de 31/07/2002 p. 0037-0047]; Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho relativo ao respeito pela vida privada e à proteção dos dados pessoais no setor das comunicações eletrónicas (Bruxelas, 10.1.2017, COM(2017) 10 final), a qual estaria vocacionada a constituir uma "*lex specialis* em relação ao RGPD, densificando-o e completando-o no que respeita aos dados de comunicações eletrónicas que sejam considerados dados pessoais" *(Exposição de Motivos, 1.2).*

11 Art. 12 da Declaração Universal dos Direitos Humanos (proteção da pessoa contra ingerências arbitrárias na vida privada e familiar); art. 8º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos (direito ao respeito pela vida privada e familiar); art. 11 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (proteção da honra e da dignidade/proteção contra ingerências arbitrárias na vida privada e familiar).

12 V. ROIG BATALLA, A. (2009), "E-privacy and social networks", *IDP: Journal of Internet, law and politics* (No. 9), p. 43.

informacional, da "privacidade digital", da proteção de dados pessoais e de outros direitos significativos (como os neurodireitos), bem como, em última instância, da dignidade humana. Os marcos legais que amparam esses direitos são fragmentados e, em grande parte, ineficazes.

No ordenamento jurídico espanhol a Lei Orgânica 3/2018, de Proteção de Dados Pessoais e Garantia dos Direitos Digitais, dedica o Título X ao reconhecimento e à garantia de um conjunto (não exaustivo) de direitos digitais (neutralidade da rede, acesso universal, direitos à segurança e à educação digitais, direito ao esquecimento, direito à portabilidade dos dados e ao testamento digital, proteção de menores online e certos direitos laborais de especial importância, como o reconhecimento do direito à desconexão digital, bem como a garantia da liberdade de expressão e o direito ao esclarecimento de informações em meios digitais). Não se trata, contudo, de um desenvolvimento positivo do mencionado conceito, como tampouco de uma regulação completa das "garantias dos direitos digitais" que esta rubrica enuncia.[13]

As referências mais sugestivas, por ora, encontram-se nas modernas "Cartas dos Direitos Digitais", mas estas não contêm mais do que declarações de princípios, guias de direitos e inúmeras *aspirações* quanto à futura proteção dos "direitos digitais". Assim, por exemplo, deve-se destacar a Declaração Europeia sobre Direitos Digitais e Princípios para a Década Digital de 2023,[14] cujo Capítulo I é a maior expressão dessa amálgama de princípios, marcos de direitos e boas intenções. Ela começa, acertadamente, com uma abordagem que jamais deve ser perdida de vista: *a transformação digital deve ser centrada nas pessoas.* Portanto, a Seção I declara que "[a]s pessoas estão no centro da transformação digital da União Europeia. A tecnologia deve servir e beneficiar todas as pessoas que vivem na UE e capacitá-las a realizar suas aspirações, com total segurança e pleno respeito aos seus direitos fundamentais". No Capítulo V (*Segurança, proteção e empoderamento*), entre outras categorias de direitos, inclui-se a salvaguarda de "um ambiente digital protegido e seguro" e o "direito à privacidade e ao controle individual dos dados", com base em quatro pilares nas seções 16 a 19 que correspondem, respectivamente, aos direitos (já existentes) de "acesso a tecnologias, produtos e serviços digitais concebidos para serem protegidos, seguros e que

[13] Tampouco o é a Lei francesa para a República Digital (*LOI nº 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique*), malgrado a sua maior extensão – ao abordar a modificação de inúmeras leis do ordenamento jurídico francês – e a sua ambição, ao tentar abranger uma proteção completa dos direitos na sociedade digital, especialmente no seu Título II (arts. 40-8), *Protection des droits dans la sociedade numérique*. Embora o conjunto de direitos digitais que compreende seja amplo, não se pode afirmar que seja omnicompreensivo (a regulação da proteção de dados é incompleta e o tratamento dos direitos digitais não é exaustivo, existindo ausências assinaláveis).

[14] Declarações conjuntas do Parlamento Europeu, do Conselho e da Comissão Europeia (2023/C 23/01).

protejam a privacidade" (e que devem ter elevados níveis de confidencialidade, integridade, disponibilidade e autenticidade das informações processadas), "privacidade e controle individual dos dados", "confidencialidade das comunicações e informações" e o "direito de determinar o legado digital".

Anteriormente, em 14 de julho de 2021, a Carta Espanhola dos Direitos Digitais[15] já havia estabelecido um conjunto mais amplo de direitos digitais[16] e, em particular, no que diz respeito à "privacidade digital", o Capítulo 1 compila os chamados "direitos à liberdade" (digital): I. Direitos e liberdades no ambiente digital; II. Direito à identidade no ambiente digital; III. Direito à proteção de dados; IV. Direito ao pseudonimato; V. Direito do indivíduo de não ser localizado e perfilado; VI. Direito à segurança cibernética; VII. Direito à herança digital. Como a própria Carta observa em suas Considerações Preliminares, ela não tem valor normativo, sendo seu objetivo "reconhecer os desafios inteiramente novos de aplicação e interpretação impostos pela adaptação dos direitos ao ambiente digital, bem como sugerir princípios e políticas relacionados a eles nesse contexto". A Carta também esclarece que "não busca criar novos direitos fundamentais, mas delinear os mais relevantes no ambiente e nos espaços digitais ou descrever direitos instrumentais ou auxiliares aos primeiros".

Consequentemente, como afirma Sergio Cámara Lapuente, estamos lidando com uma "Carta-Guia".[17] Trata-se, na verdade, de uma ferramenta ou auxílio de navegação para a compreensão dos direitos existentes aplicáveis ao ambiente digital, abrangendo tanto os direitos fundamentais quanto outros direitos instrumentais ou acessórios. Além disso, como reconhecido nas Considerações Preliminares, ela sugere princípios e políticas públicas relativas ao ambiente digital.[18]

No que diz respeito ao direito contratual, e em particular à proteção dos consumidores de conteúdos e serviços digitais, não se pode afirmar que a Carta sugira

[15] Anteriormente a esta data, destaca-se a Carta italiana de Direitos Digitais de 14 de julho de 2015 (Dichiarazione dei diritti in Internet) como um antecedente claro no qual se inspira a Carta espanhola. Para a comparação de ambas as Cartas, veja-se CASTILLO PARRILLA, J. A. (2021), "La «Dichiarazione dei diritti in Internet» de 14 de julio de 2015 y la importancia y vigencia de su contenido", *Derecho Digital e Innovación* (Nº 9, abril-junio), pp. 1-10 (versão digital Legalteca).

[16] Em suas Considerações Preliminares, afirma que "o objetivo da Carta é descritivo, prospectivo e assertivo [...]".

[17] CÁMARA LAPUENTE, S. (2020), "La propuesta de Carta de Derechos Digitales: reflexiones de Derecho privado y técnica legislativa, *La Ley* (16317/2021), p. 5 (versão digital Legalteca); v. também, DE LA SIERRA, S. (2022), "Una introducción a la Carta de Derechos Digitales", en CUTINO HUESO, L. (2022) (coord.), *La Carta de Derechos Digitales*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 49-51.

[18] BARRIO ANDRÉS, M. (2021), "Los derechos digitales: de la LOPDGDD a la Carta de Derechos Digitales de España", *Derecho Digital e Innovación. Digital Law and Innovation Review* (Nº 9, abril-junho), p. 15 (versão digital Legalteca), vaticina um futuro mais promissor na consecução dos direitos digitais graças à Carta de Direitos Digitais, a qual poderia inclusive vir a ser uma Carta-Norma: "[...] um documento que abre a via a futuras reformas e inclusive à adoção de uma verdadeira carta-norma sobre direitos digitais. Ou seja, pretende pavimentar o caminho para reformas legais e até constitucionais".

quaisquer princípios novos, nem que vise criar direitos inovadores. Concordo com o autor supracitado quanto à necessidade de alguns novos direitos, e pelo menos estes dois: o direito dos consumidores digitais a um elevado nível de proteção nas suas relações contratuais e o direito à transparência e à equidade nas relações contratuais entre partes desiguais, incluindo a transparência algorítmica nas ofertas e nos preços.[19]

Em conclusão, a trajetória desde as leis de proteção de dados, todas voltadas para garantir o direito fundamental à proteção de dados pessoais, até as Cartas de Direitos Digitais, que contêm guias de direitos e meras declarações de princípios e/ou políticas públicas do ambiente digital, demonstra que a garantia da tão almejada "privacidade digital" não está completa[20] e que existem múltiplos obstáculos à sua efetiva concretização.[21]

O direito fundamental à proteção de dados. Na Espanha, trata-se de um direito fundamental autônomo, derivado do artigo 18.4 da Constituição Espanhola e da interpretação do Tribunal Constitucional sobre sua natureza jurídica e conteúdo essencial. Seu desenvolvimento regulatório objetivo encontra-se, em nível europeu, no RGPD e, em nível nacional, na Lei Espanhola de Proteção de Dados (LOPDP).[22] Por essa razão, até o momento, o arcabouço legal para a proteção da "privacidade digital" em muitos países do mundo tem se desenvolvido quase exclusivamente no âmbito da regulamentação da proteção de dados. A análise dos fundamentos do perfil constitucional do direito à proteção de dados, como será visto na seção seguinte, corrobora essa afirmação.

Habeas data. Trata-se de um neologismo latino sugestivo que se refere ao direito à proteção de dados, frequentemente utilizado nos círculos jurídicos e doutrinas latino-americanas por sua particular força dialética. Está consagrado, nessa

[19] CÁMARA LAPUENTE, S. (2020), *ibid.*, pág. 17.

[20] Da mesma forma, BARRIO ANDRÉS, M. (2021), p. 6 (versión digital Legalteca): "la humanidad se enfrenta a una edad digital «casi» sin derechos digitales".

[21] Tampouco as últimas leis sobre comércio eletrônico expressas nos Regulamentos da UE [Regulamento dos Serviços Digitais (DSA, 2022/2065) e Regulamento dos Mercados Digitais (DMA, 2022/1925)], que constituem um conjunto único de normas aplicáveis em toda a UE ao "ambiente digital", melhoram o nível de proteção dos consumidores digitais. Em verdade, não são regulações destinadas a cumprir esse desígnio, mas obedecem a dois objetivos principais. Por um lado, criar um espaço digital mais seguro no qual se protejam os direitos fundamentais de todos os utilizadores de serviços digitais. Será isto verdade? Estaremos, seriamente, a conseguir na Europa e no mundo um espaço digital mais seguro? E, por outro lado, estabelecer condições de concorrência equitativas para fomentar a inovação, o crescimento e a competitividade, tanto no Mercado Único Europeu como à escala mundial. Uma tarefa que se afigura – parece-me – muito complexa por causa das grandes empresas tecnológicas (Google, Meta, X Corp., Apple, etc.), que são autênticos gigantes que dominam o mercado e apenas deixam espaço a quem para elas investiga e desenvolve (as chamadas *startups* tecnológicas), ou às empresas criadas *ad hoc* por elas mesmas.

[22] V. GARCÍA MAHAMUT, R./TOMÁS MALLÉN, B./ARENAS RAMIRO, M. (2019), *El Reglamento general de protección de datos: un enfoque nacional y comparado: especial referencia a la LO 3/2018 de protección de datos y garantía de los derechos digitales*, Tirant lo Blanch, Valencia.

mesma expressão, em algumas constituições latino-americanas, como a Constituição Federativa do Brasil (artigo 5, LXXII; posteriormente desenvolvido na Lei 13.709/2018, a Lei Geral de Proteção de Dados). É também utilizado em sua dimensão de direito e liberdade do indivíduo perante o Estado, como defesa contra a interferência não autorizada de autoridades em dados pessoais e sem justificativa baseada em fundamento jurídico concreto, objetivo e proporcional.

2.2 Sobre a configuração constitucional do direito fundamental (e humano) à proteção de dados pessoais

O quadro constitucional do direito fundamental à proteção de dados pessoais consolidou-se principalmente, embora não exclusivamente, através da experiência europeia. Este processo foi multinível, articulado por meio de instrumentos internacionais e da interpretação dos Tribunais Constitucionais, com destaque para o Tribunal Constitucional alemão, que conferiu conteúdo substantivo ao direito à autodeterminação informativa.[23]

A influência da Convenção 108 do Conselho da Europa de 1981, atualizada em 2018 pelo Protocolo de Modernização (Convenção 108+), e a jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão constituem os eixos desta configuração, articulando princípios que se refletem hoje no direito europeu e nas regulamentações nacionais, incluindo algumas latino-americanas.[24]

A Convenção 108 desenvolve o Artigo 8º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos, referente ao respeito pela vida privada, e o expande no contexto do fluxo transfronteiriço de dados pessoais automatizados.[25] Este instrumento constitui o primeiro tratado internacional juridicamente vinculativo sobre o tema, aplicável tanto ao setor público quanto ao privado, e define os elementos essenciais do direito fundamental à proteção de dados. Seu caráter aberto permite a adesão de países não europeus, como Argentina, México, Marrocos e Uruguai, consolidando, assim, sua influência como referência internacional.[26] Essa influência se estende mesmo para além das adesões oficiais à própria Convenção, como demonstram algumas legislações, como a Lei Geral de Proteção de Dados do Brasil, que, embora não a reconheçam expressamente, inspiram-se claramente nos princípios da

[23] *BVerfG, Acórdão sobre a Lei do Censo, 15 de dezembro de 1983, BVerfGE 65, 1.*

[24] Conselho da Europa, Convenção para a Proteção das Pessoas Relativamente ao Tratamento Automatizado de Dados de Caráter Pessoal (Convenção 108), 1981; Protocolo de Modernização (Convenção 108+), 2018.

[25] *Ibid.*, Exposição de motivos, arts. 1-2.

[26] Consulte a lista dos Estados Partes do Conselho da Europa, acessível em: https://www.coe.int.

Convenção, particularmente na estruturação de direitos, objetivos e autoridades de supervisão.[27]

A construção do direito à proteção de dados pode ser abordada a partir de duas perspectivas complementares, apesar do aparente conflito entre elas na *filosofia do direito* e nos estudos internacionais. Por um lado, há a sua codificação por meio de instrumentos jurídicos internacionais e nacionais; por outro, a perspectiva da teoria crítica dos direitos humanos, que o reconhece como um direito humano emergente, inerente à dignidade humana e protegido pelo princípio da "integralidade" dos direitos.[28] Essa concepção reconhece a existência de lutas históricas pela dignidade e situa a proteção de dados em um contexto mais amplo do que aquele derivado de seu confinamento entre os direitos fundamentais, incluindo, em uma perspectiva futura, a proteção da identidade digital e dos neurodireitos. A Declaração de Viena de 1993 e a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos[29] consolidam a noção de integralidade dos direitos humanos, oferecendo um fundamento hermenêutico que fortalece o status do direito à proteção de dados como um direito humano universal emergente.

O Tribunal Europeu dos Direitos Humanos desempenhou um papel decisivo na concretização prática do direito à proteção de dados, integrando-o no âmbito do Artigo 8º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos. Desde 1987, a jurisprudência do TEDH reconhece que o respeito pela vida privada inclui a proteção de dados pessoais, desenvolvendo a sua proteção convencional com base nos critérios da proporcionalidade, da necessidade e da pertinência.[30] Assim, casos como *Jehovah's Witnesses v. Finland* (2023) demonstran a necessidade de consentimento para a coleta de dados durante atividades religiosas, equilibrando a liberdade de culto com a proteção de dados.[31] Em *Drelon v. França* (2022), o Tribunal considerou que a coleta e o armazenamento de dados sobre a presumida orientação sexual constituem uma interferência desproporcional na vida privada, enfatizando a necessidade de limitar a solicitação de dados pessoais ao estritamente necessário.[32] Em matéria trabalhista, no caso *Florindo de Almeida Vasconcelos Gramaxo v. Portugal* (2022), o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos validou a geolocalização de trabalhadores, com base em um equilíbrio de direitos, exclusivamente no que diz respeito ao monitoramento

[27] Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD), República Federativa do Brasil, Lei nº 13.709/2018.

[28] De acordo com este princípio, todos os direitos humanos são indivisíveis e interdependentes e devem ser tratados com a mesma importância e urgência. O princípio surge no âmbito da Conferência Mundial de Direitos Humanos, celebrada em Viena em 1993. Vejam-se, Declaração e Programa de Ação de Viena (A/CONF.157/23), p. 5.

[29] Corte Interamericana de Direitos Humanos, Parecer Consultivo OC-16/99, 1 de outubro de 1999.

[30] EDH, *Guia da Jurisprudência sobre o Artigo 8º,* 2025, pp. 65 e ss.

[31] TEDH, *Caso Jehovah's Witnesses v. Finland, Acórdão de 9 de maio de 2023*.

[32] TEDH, *Caso Drelon v. France, Acórdão de 8 de setembro de 2022*.

das distâncias percorridas pelo trabalhador, e desde que houvesse conhecimento efetivo por parte deste e a proporcionalidade da medida pudesse ser garantida, ressaltando o critério da razoabilidade das interferências.[33] Em *Breyer v. Alemanha* (2020), o Tribunal confirmou a legalidade da coleta de dados de usuários de telecomunicações sob a lei alemã, com base na margem de apreciação do Estado e na finalidade legítima de segurança e prevenção de crimes.[34]

Em paralelo, o Tribunal Constitucional Federal Alemão tem desenvolvido jurisprudência pioneira sobre o assunto. Sua decisão sobre a Lei do Censo de 1983 proclamou o direito fundamental à autodeterminação informativa *(Recht auf informationelle Selbstbestimmung*).[35] Este direito, derivado do artigo 2.1 da Lei Fundamental Alemã em relação com o artigo 1.1 da mesma Carta, concede aos indivíduos a competência para decidir sobre a divulgação e utilização dos seus dados pessoais, reconhecendo as suas dimensões, tanto defensiva como positiva, ao impor obrigações ao Estado para proteger a privacidade.[36] A jurisprudência alemã sublinha ainda que este direito não é absoluto, uma vez que se desenvolve no contexto da "comunidade social". Deve ser ponderado em relação aos legítimos interesses públicos, que podem servir de base para restrições proporcionais e juridicamente claras.[37] Assim, o Tribunal de Justiça da União Europeia lançou as bases doutrinárias para a posterior incorporação do direito à proteção de dados no direito europeu, transferindo-o para o Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados (RGPD) de 2016.

Em Espanha, os Acórdãos do Tribunal Constitucional 290/2000 e 292/2000 configuraram o direito fundamental à proteção de dados como um direito estribado no art. 18º, nº 4 da Constituição Espanhola (CE), ou seja, como um direito fundamental autônomo, distanciando-se de opiniões doutrinais que o fundamentavam no princípio da dignidade humana (Artigo 10.1 CE)[38] ou no direito à privacidade (Artigo 18.1 CE).[39] O Fundamento Jurídico 7 do Acórdão 290/2000 do Tribunal Constitucional, de 30 de novembro, estabeleceu que este direito fundamental

[33] TEDH, *Caso Florindo de Almeida Vasconcelos Gramaxo v. Portugal, Acórdão de 13 de dezembro de 2022*.

[34] TEDH, *Caso Breyer v. Germany, Acórdão de 30 de janeiro de 2020*.

[35] BVerfG, *Acórdão sobre a Lei do Recenseamento, 15 de dezembro de 1983*, BVerfGE 65, 1.

[36] KÜHLING, J./KLAR , M./SACKMANN (2025), F., *Datenschutzrecht*, 6. Aufl., Müller, Heidelberg, pp. 74 ss.

[37] As restrições a este direito requerem uma base constitucional, devem estar previstas numa lei que as exprima de forma clara e reconhecível, hão de perseguir um objetivo legítimo e a razão, o propósito e os limites da ingerência devem ser definidos de maneira específica para a matéria em questão (BVerfGE 4, 7, 15; 8, 274, 329; 27, 1, 7; 27, 344, 351; 33, 303, 334; 50, 290, 353; 56, 37, 49).

[38] Voto particular de Jiménez de Parga ao Acórdão do Tribunal Constitucional (STC) 290/2000, para quem a "liberdade informática [...] deve ter como eixo estruturante o art. 10.1 da Constituição Espanhola (CE), uma vez que é um direito inerente à dignidade da pessoa".

[39] Veja, HERNÁNDEZ LÓPEZ, J. M. (2013), *El derecho a la protección de datos personales en la doctrina del Tribunal Constitucional*, Aranzadi, Cizur Menor, p. 29.

garante aos indivíduos o poder de controlar e dispor de seus dados pessoais. O conteúdo essencial deste direito consiste em "[o] direito do titular dos dados de consentir na recolha e utilização dos seus dados pessoais e de saber quais são esses dados. E, para dar efetividade a este conteúdo, o direito de ser informado sobre quem possui os seus dados pessoais e para que finalidade, bem como o direito de se opor a essa posse e utilização, exigindo que a entidade competente cesse a posse e utilização desses dados". Além disso, em conformidade com o Artigo 18º do Acórdão nº 292/2000 do Tribunal Constitucional, de 30 de novembro, os direitos de acesso, retificação e eliminação de dados fazem parte do conteúdo essencial deste direito.

A combinação desses elementos internacionais e nacionais demonstra que o direito à proteção de dados se consolidou como um direito fundamental europeu com aspirações universais.[40] No entanto, seu reconhecimento como um direito humano positivo ainda requer avanços regulatórios globais. Em conclusão, o direito fundamental à proteção de dados pessoais se desenvolveu por meio de um processo multifacetado que envolveu instrumentos internacionais, jurisprudência europeia e doutrinas constitucionais comparadas.[41] A Convenção 108+ e a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos estabelecem padrões europeus, enquanto a jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão fornece a base doutrinária para a autodeterminação informativa e a proteção de dados.

Este quadro não é apenas o resultado jurídico positivo da consolidação deste direito na esfera constitucional europeia, mas também um testemunho vivo da necessidade histórica de sua codificação global para garantir sua efetividade como direito humano e proteger a dignidade dos indivíduos em um mundo cada vez mais digital e transnacional. Em outras palavras, a adoção de uma Convenção Universal das Nações Unidas sobre a Proteção de Dados Pessoais seria um passo decisivo para garantir seu status como um direito humano universalmente reconhecido.[42] Essa abordagem não apenas reforçaria sua legitimidade jurídica, mas também

[40] Malgrado o tempo decorrido, na doutrina espanhola, sobre a universalidade dos direitos humanos, são sempre valiosas as primeiras contribuições de PECES-BARBA, G. (1994), "La universalidad de los derechos humanos", *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 15-16(II), pp. 613-633 y DE LUCAS, J. (1994), "Para una discusión de la nota de universalidad de los derechos: a propósito de la crítica del relativismo ético y cultural", *Derechos y Libertades*, 3, pp. 259-312.

[41] Conforme afirmado por TRONCOSO REIGADA, A. (2021), "Introducción y presentación", en IDEM (dir.), *Comentario al Reglamento general de protección de datos y a la Ley orgánica de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales*, Vol. I, Cívitas, Cizur Menor, §III, la protección de datos personales es un derecho que se ha construido "*en un contexto de integración supranacional y de globalización*".

[42] MAQUEO RAMÍREZ, Mª/MORENO GONZÁLEZ, J./RECIO GAYO, M. (2017), "Protección de datos personales, privacidad y vida privada: la inquietante búsqueda de un equilibrio global necesario". *Revista de Derecho* (Vol. XXX, No. 1*),* p. 95.

consolidaria seu caráter como instrumento de proteção da dignidade e autonomia individual diante dos desafios da digitalização e da globalização da informação. Este seria um passo fundamental, embora apenas inicial, visto que a humanidade não pode, nem deve, abdicar do horizonte de uma nova Convenção universal que contemple, com maior abrangência, os princípios, valores e salvaguardas de proteção dos direitos digitais e dos neurodireitos do indivíduo na sociedade digital.

3 O papel central do contrato em nossa era

Um dos principais atores, senão o mais importante, na sociedade da vigilância é, sem dúvida, uma figura familiar que opera silenciosamente e é constantemente utilizada como garante do corporativismo digital. Refiro-me à força motriz por trás da troca de bens e serviços: o contrato. Antes de mais nada, considero importante um esclarecimento. Utilizarei o conceito de "contrato" em sentido amplo, para me referir tanto ao contrato usual ("um acordo de vontades destinado a criar, modificar ou extinguir relações jurídicas patrimoniais e a estabelecer as regras que a regem")[43] quanto a qualquer tipo de acordo, cláusula ou condição que envolva a obtenção, pelo consumidor, de um serviço, conteúdo ou benefício digital no qual este deva fornecer dados pessoais, independentemente de haver ou não um pagamento monetário.

Em seu brilhante ensaio sobre a expansão imparável dos contratos no Estado contemporâneo, especialmente no campo do direito público, José Esteve Pardo afirma que o século XX, com exceção do período das duas guerras mundiais, foi o século da lei e da construção do Estado Social, ao passo que o século XXI, infelizmente, é o século do contrato e da desconstrução do Estado Social.[44] Afirma e evidencia o referido autor, com riqueza de detalhes e densidade argumentativa, mediante a imersão em uma série de processos históricos, sociais e políticos, que o contrato se tornou um colonizador silencioso da atividade pública, a ponto de a autonomia da vontade ter sido alçada ao centro de gravidade constitucional na sociedade contemporânea.[45]

Em conformidade com a sua tese, o contrato apresenta-se hoje como um autêntico produtor de normas no âmago do próprio Estado; infiltrou-se no aparelho

[43] Dentre as inúmeras definições, escolho, pela sua utilidade prática, a do art. 1218.1 da Proposta Atualizada de Modernização do Código Civil em matéria de obrigações e contratos de 2023, elaborada pela Seção 1 da Comissão Geral de Codificação.

[44] ESTEVE PARDO, J. (2023), *El camino de la desigualdad. Del imperio de la ley a la expansión del contrato*, Marcial Pons, Barcelona, pp. 42 y ss.

[45] ESTEVE PARDO, J. (2023), pp. 57, 122 y ss.

executivo, surge frequentemente no seio da própria justiça e encontra-se, inclusive, ínsito na disponibilidade e na patrimonialização dos próprios direitos fundamentais. Esteve Pardo ilustra o fenômeno da colonização das próprias raízes do Estado pelo contrato por meio de uma série de fenômenos que não abordarei aqui devido à necessidade de limitar o escopo desta discussão. Sinteticamente, explica-se sobre a tese de que existem vários movimentos de expansão do contrato e um deles, o mais disruptivo, implica que o contrato já não é apenas um produtor de normas entre privados, mas também, invisivelmente, um constructo de normas no interior do próprio Estado, o que transforma e desconstrói boa parte das suas estruturas.[46] Assim, por exemplo, podem-se citar, entre outros, os fenômenos da expansão do acordo como parte integrante da rede de administrações públicas, a retirada da Administração da chefia de certos serviços públicos e de segurança que são imediatamente ocupados por uma complexa rede contratual privada, a expansão da transação com a Administração e a colaboração recompensada ou justiça negociada.

Independentemente da validade desta tese, e reconhecendo que o foco principal é o direito público, acredito ser possível extrapolar alguns de seus princípios fundamentais para o direito privado. Claramente, não podemos falar de uma colonização silenciosa do direito privado pela autonomia da vontade e pelo contrato como seu principal instrumento, pois ambas as instituições ocupam há muito tempo um papel central no direito privado, e isso se dá, de forma bastante evidente, desde o triunfo da ideologia liberal com a Revolução Francesa.

No entanto, após uma reflexão cuidadosa, é inegável que na sociedade digital atual há uma "colonização intensificada" por contrato de todos os aspectos da vida dos consumidores,[47] e que isso equivale a dizer que essa colonização se baseia na própria essência da cidadania, e que esse caminho corre paralelo à colonização das entranhas do Estado da qual fala o autor mencionado anteriormente.

Em outras palavras, os diversos fenômenos de nosso tempo ligados ao neoliberalismo, entre eles os fenômenos "sociopolíticos-digitais", abriram dois canais de colonização contratual da vida cotidiana, de naturezas e magnitudes diferentes, mas com enormes consequências: a colonização contratual invisível da vida pública aprofunda as desigualdades, enquanto a intensificação da colonização contratual da vida privada, especialmente da vida digital, aprofunda assimetrias cada vez mais prementes e irreparáveis por meio dos recursos legais do direito contratual

[46] ESTEVE PARDO, J. (2023), pp. 57-86, esp. p. 57.

[47] Pode elucubrar-se inclusive se a tecnologia disruptiva está a gerar ou não um novo "direito disruptivo": TWIGG-FLESNER, C. (2016), "Disruptive Technology – Disrupted Law? How the digital revolution affects (Contract) law", in DE FRANCESCHI, A., (ed.), *European Contract Law and the Digital Single Market*, Intersentia, Cambridge, pp. 21-48.

civil,[48] tanto os recursos clássicos do direito geral quanto os recursos especiais do direito do consumidor.[49] Estas assimetrias são persistentes e sistémicas em toda a vida do contrato, em especial tratando-se de um contrato sobre conteúdos ou serviços digitais; estão presentes no período pré-contratual (muito curto ou quase fugaz no ambiente digital), no momento da formação do contrato e da prestação do consentimento (inconsciente nos contratos "gratuitos" nos quais a contraprestação principal são os dados pessoais do consumidor) e no momento da extinção da relação contratual (especialmente no caso de resolução do contrato).[50] A seção seguinte abordará os aspectos mais controversos e aqueles em que, na minha opinião, a contínua, invisível e implacável "desapropriação" dos dados pessoais dos consumidores, perpetrada pelo corporativismo digital, põe em risco irremediavelmente o direito fundamental à sua proteção.

O contrato não se apresenta apenas em suas formas usuais e para a obtenção dos bens e serviços desejados, mas, *incessantemente e, em numerosas ocasiões, de forma invisível, infiltra-se em todos os meandros da vida dos sujeitos privados*. Está presente desde o momento em que acordamos de manhã e pegamos nosso celular para checar o WhatsApp ou perguntar ao nosso assistente virtual preferido (Alexa, Google Assistant, Siri etc.) como estará o tempo, até a noite, quando vamos dormir e continuamos usando o celular para assistir à nossa série favorita, ler o jornal, ouvir música, navegar nas redes sociais ou simplesmente nos perder em caminhos nebulosos que nos mantêm acordados, passando por uma série de atividades digitais e consumistas que realizamos de forma rápida e eficiente ao longo do dia.

Se bem que muitos diriam que a autonomia da vontade impera nas relações contratuais e que o consumidor consente na cessão dos seus dados pessoais, a sua exaltação acrítica[51] constitui um enorme escamoteamento que cria a ficção

[48] Em geral, GÓMEZ POMAR, F. (2022), "Viejos y nuevos problemas contractuales en la Directiva 2019/771/EU", en GÓMEZ POMAR, F./FERNÁNDEZ CHACÓN, I. (dirs.), *Estudios de derecho contractual europeo*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, p. 501, indica que o problema básico enfrentado pelo funcionamento da compra e venda de consumo é a assimetria de informação existente entre empresário e consumidor no que diz respeito às características relevantes do objeto do contrato e que "esta premissa terá todas as exceções que se queiram, mas restam poucas dúvidas de que, na generalidade dos casos, este ponto de partida é o mais ajustado à realidade".

[49] Cumpre-se assim o vaticínio de PUIG BRUTAU, com a citação de William SEAGLE (1951), o qual afirmava que "a chamada autonomia da vontade, que deveria permitir ao indivíduo afastar-se da situação de *status*, pode dar lugar a resultados completamente opostos", PUIG BRUTATU, J. (1954), *Fundamentos de Derecho Civil*, T. II, Vol. I, *Doctrina general del contrato*, Bosch, Barcelona, p. 52.

[50] CÁMARA LAPUENTE, S. (2020), "Resolución contractual y destino de los datos y contenidos generados por los usuarios de servicios digitales", en ARROYO AMAYUELAS, E./CÁMARA LAPUENTE, S. (dirs.), *El derecho privado en el nuevo paradigma digital*, Colegio Notarial de Cataluña/Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-São Paulo, 2020, pp. 141-174, esp. pp. 146 y ss.

[51] A corrente de pensamento neoliberal de exaltação da autonomia da vontade e de redução ao mínimo da valoração jurídica das relações contratuais já fora denunciada por Federico DE CASTRO no início do seu

de um consentimento que não é real. Como veremos adiante, o consentimento em relação a dados pessoais é sempre um campo minado e, muitas vezes, um processo opaco para o consumidor médio. O mantra do consumidor bem-informado é mais uma quimera do que uma realidade prática e cotidiana. Sem desconhecer que cada uma das seguintes categorias comporta múltiplas matizações jurídicas, muitas delas com base legal ou jurisprudencial, não se pode negar o véu de inconsciência – promovido pelo próprio sistema sociojurídico – da maioria dos consumidores perante a sua realização quotidiana. Navegar na Internet é contratar.[52] Aceitar *cookies* para continuar navegando ou acessar um serviço de internet é celebrar um contrato. Ler um jornal digital, mesmo que gratuito, é celebrar um contrato.[53] Entrar na aplicação de saúde favorita é também contratar. Praticar exercício com a aplicação de desporto mais em voga é também contratar (não se limita a suar, também contrata). Até mesmo meditar com seu treinador favorito, seguir seu guru predileto ou ouvir os excelentes *podcasts* de *mindfulness* de Allan Watts, Rupert Spira ou Alonso Puig Constitui, igualmente, um ato de contratar. Em suma, quase tudo na sociedade digital do nosso tempo é contratar e absolutamente nada é gratuito: os dados pessoais são, indubitavelmente, a moeda de troca.[54]

Por essas razões, a questão da proteção de dados situa-se na encruzilhada das duas ondas da civilização descritas por Alvin Toffler, que agora se confrontam: a segunda onda, a da sociedade industrial, que se recusa a desaparecer, e a terceira, a da sociedade pós-industrial, que ganha terreno rapidamente com suas tecnologias disruptivas. Essa é uma constante ao longo do desenvolvimento tecnológico, cuja importância já havia sido reconhecida por algumas constituições da terceira onda do constitucionalismo no século passado, como a Constituição Espanhola de 1978, e que se disseminou na era contemporânea. Contudo, não

célebre ensaio: DE CASTRO Y BRAVO, F. (1982), "Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad", *Anuario de derecho civil* (Vol. 35, No. 4), p. 988.

52 CÁMARA LAPUENTE, S. (2022), "Nuevos perfiles del consentimiento en la contratación digital en la Unión Europea: ¿navegar es contratar (servicios digitales "gratuitos")?", en GÓMEZ POMAR, F./FERNÁNDEZ CHACÓN, I. (dirs.), *Estudios de derecho contractual europeo*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, pp. 331-405, esp. pp. 379 y ss. no que respeita à proteção de dados.

53 CASTILLO PARRILLA, J. A./MORAIS CARVALHO, J. (2024), "*Pay or ok*. Pagar con datos personales tras la Directiva 2019/770: Una visión comparada entre España y Portugal", *Revista Electrónica de Direito. RED* (Vol. 34, No. 2), pp. 100-144, esp. 139.

54 Entre os autores, existem inúmeras referências aos dados pessoais como "moeda de troca do séc. XXI", "nova moeda do mundo digital", "novo petróleo", "fonte de riqueza", "mercadoria comercializável" (*data as tradable commodity*), etc. Por todos, STAUDENMAYER, D. (2020), "Art. 3 Directive (UE) 2019/770", in SCHULZE, R./D. STAUDENMAYER, D. (eds.), *EU Digital Law. Article-by-Article Commentary*, Nomos, Baden-Baden, 2020, p. 69; ZECH, H. (2016), "Data as a Tradeable Commodity – Implications for Contract Law", p. 79; MARTÍNEZ MARTÍNEZ, R. (2013), "Protección de datos personales y redes sociales: un cambio de paradigma", en RALLO LOMBARTE, A./MARTÍNEZ MARTÍNEZ, R. (coords.), *Derecho y redes sociales*, Cívitas, Madrid, p. 87.

recebe um tratamento jurídico abrangente e adequado, pois a abordagem é sempre restrita e focada em uma única dimensão.

Os impactos sociológicos são profundos e não se fazem esperar.[55] As novas classes sociais da sociedade digital já estão definidas. Entre elas, destacam-se: 1) O "consumidor *low cost*", que acessa inúmeros aplicativos, serviços e conteúdo digital "gratuitamente" e sempre paga com seus dados pessoais. 2) O "consumidor *premium*", que paga por maior privacidade, mas também pode, se não for muito vigilante, estar sujeito a desapropriação de dados. 3) Finalmente, poderíamos distinguir uma última classe, quase invisível, o "protoconsumidor" (ou "plutoconsumidor"), ou seja, aquele que *cria as regras da vigilância e consome de forma privilegiada.*

4 A quebra na proteção de dados (algumas questões) em/contra/*versus* o contrato

4.1 Sobre a natureza do consentimento para a transferência de dados pessoais em contratos relativos a conteúdos e serviços digitais

O considerando 40 do RGPD estabelece: "Para que o tratamento seja lícito, os dados pessoais deverão ser tratados com base no consentimento do titular dos dados em causa ou noutro fundamento legítimo previsto na lei, quer no presente regulamento, quer noutro ato jurídico da União ou dos Estados-Membros a que o presente regulamento se refira, incluindo a necessidade de cumprir a obrigação jurídica a que o responsável pelo tratamento esteja sujeito ou a necessidade de execução de um contrato no qual o titular dos dados é parte ou para diligências a pedido do titular dos dados antes da celebração de um contrato". Além disso, de acordo com o considerando 44, o tratamento de dados deve ser lícito quando for necessário no contexto de um contrato ou da intenção de celebrar um contrato e, como nos lembra o considerando 38 da Diretiva relativa ao fornecimento de conteúdos e serviços digitais (DCSD), será lícito no caso de contratos de conteúdos e serviços digitais se cumprir as disposições do Regulamento "relativas aos fundamentos jurídicos do tratamento de dados pessoais". O considerando 32 do RGPD especifica as características do consentimento para o tratamento de dados

[55] Sobre o impacto do fosso digital nas desigualdades sociais na Europa, CONSOLI, D./CASTELLACCI, F./SANTOALHA, A. (2023), "E-skills and income inequality within European regions", *Industry and Innovation*, 30(7), pp. 919-946. doi: 10.1080/13662716.2023.2230222.

pessoais: deve ser expresso por um ato afirmativo inequívoco que manifeste a vontade livre, específica, informada e inequívoca do titular dos dados.

Com este substrato, o art. 4.11 do RGPD (bem como o art. 6º da LOPDP, por remissão para aquele) estabelece que o consentimento deve ser livre, específico, informado e inequívoco.[56]

Essa estrutura legal tem muito a ver com a abordagem da autodeterminação informacional, que é o fundamento constitucional do sistema de proteção de dados, amplamente desenvolvido pelo Tribunal Constitucional Alemão e outros que seguem seu exemplo, mas não com uma abordagem voltada para a proteção abrangente da "privacidade digital" e dos direitos digitais, como um "direito humano" emergente, que, por ora, está emergindo, mas ainda não permeia o sistema jurídico, com tudo o que isso implica.

Uma questão, portanto, torna-se inevitável: existe consentimento genuíno para a transferência de dados em contratos com consumidores relativos a conteúdo e serviços digitais?[57] Esta não é uma questão trivial, visto que esses contratos são de grande porte e extremamente comuns.

Consentimento livre. Segundo o Acórdão do TJUE de 11 de novembro de 2020 (*caso Orange Romênia*), o consentimento livre pressupõe que as estipulações contratuais não devem induzir o interessado em erro quanto à possibilidade de celebrar o contrato, apesar da sua recusa em dar o consentimento para o tratamento de dados. Por outras palavras, o consentimento para o tratamento de dados, tal como o contratual, deve manifestar-se isento de vícios.

Não obstante, a realidade demonstra repetidamente que esta exigência é reiteradamente incumprida no ambiente digital, onde o consumidor não toma consciência desta separação, apesar de ambos os consentimentos – o contratual e o relativo ao tratamento de dados – deverem ser apresentados separadamente; nem lhe é claro se o consentimento para o tratamento de dados é, ou não, necessário para o cumprimento do contrato ou para a prestação de algum serviço.

Deixando de lado os casos de violência e intimidação, em um ambiente particularmente complexo como o digital, o cenário de erro parece mais típico e comum do que se poderia imaginar inicialmente.[58] Contudo, as dificuldades para o

[56] Na jurisprudência do TJUE, devem ser tidos em conta os Acórdãos de 1 de outubro de 2019, Processo C-673/17 (*caso Planet 49*) e de 11 de novembro de 2020, Processo C-1/19 (*caso Orange Romênia*).

[57] Veja-se SÁNCHEZ LERÍA, R. (2022), "Los datos personales como contraprestación en la legislación de consumo (1)", Actualidad Civil (Nº 3), p. 7 (versão digital Legalteca), o qual propõe duas interpretações sobre as duas alternativas contrapostas (não existe um verdadeiro consentimento para o tratamento de dados; este existe, mas os arts. 7.4 do RGPD e 6.3 da LOPD devem ser aplicados estritamente).

[58] DE BARRÓN ARNICHES, P. (2024), "Vulneraciones automatizadas del derecho a la protección de datos personales y mecanismos de tutela", *Revista de Derecho Civil* (vol. XI, No. 1), 2024, p. 29, invoca o vício do erro no caso de os dados pessoais serem recolhidos pelo prestador de serviços sem que tenham

fazer valer, por parte de um consumidor médio, são excessivamente onerosas num contexto tão imbricado como a contratação digital, pois exigir-se-ia uma atenção especialíssima à qual não está habituado, nem se lhe pode exigir que esteja, bem como a reunião de provas para o demonstrar que dificilmente seria capaz de obter (por exemplo, a realização de capturas de ecrã de cada página em que avança, o seu confronto com as condições gerais e a informação sobre o tratamento de dados, a verificação da apresentação das páginas etc.).

Noutra ordem de ideias, embora o art. 7.4 do RGPD vede que a execução do contrato ou a prestação de um serviço seja condicionada ao consentimento para o tratamento de dados pessoais que não sejam necessários para essa execução, o consumidor não terá os conhecimentos necessários – salvo em casos de ilicitude notória (por exemplo, solicitação de dados sobre a sua orientação sexual ou crenças) – para discernir entre dados necessários e dados desnecessários para a execução do contrato.

Consentimento específico. O art. 6.1 do RGPD indica que o consentimento do interessado para o tratamento dos seus dados pessoais deverá ser prestado para uma ou várias finalidades específicas. Estas devem ser descritas de forma clara e inequívoca. O Acórdão do TJUE de 1 de outubro de 2019 (*caso Planet 49*) estabelece que a manifestação do consentimento deve ser apresentada de forma inteligível e de fácil acesso, utilizando uma linguagem clara e simples. Do mesmo modo, em conformidade com o artigo 7.2 do RGPD, o referido consentimento deve distinguir-se de modo inequívoco daquele que é outorgado para outros fins.

No entanto, no ambiente digital, esta exigência é satisfeita, na maioria dos casos, de modo meramente formal, sem alcançar uma efetividade real e tangível. O consumidor, apesar das garantias normativas, continua a enfrentar uma barreira cognitiva derivada da linguagem técnica ou ambígua utilizada para descrever o tratamento dos seus dados pessoais. Assim, embora o RGPD imponha o uso de uma linguagem clara, revela-se quase extraordinário que o interessado compreenda conscientemente e com precisão a 'finalidade específica' do tratamento, frequentemente encoberta sob a invocação genérica do 'interesse legítimo' do responsável.

De resto, a possibilidade aberta pelo art. 6.4 para que o responsável pelo tratamento possa proceder a um tratamento de dados pessoais para uma finalidade distinta daquela para a qual foram recolhidos, sem o consentimento do interessado, é bastante permissiva, ao contrário do que se possa pensar numa primeira leitura da sua formulação legal. Assim, para a alteração da finalidade ou finalidades, o responsável pelo tratamento deverá ter em conta, entre outros aspetos, os

sido observados os deveres pré-contratuais de informação. Cfr. opinião contrária em GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, M. (2020), "El consentimiento al tratamiento de datos personales", pp. 119 y ss.

seguintes: qualquer ligação entre as finalidades para as quais os dados pessoais foram recolhidos e as finalidades ulteriores, o contexto, a natureza dos dados, as eventuais consequências para os interessados e a existência de garantias adequadas. Esta possibilidade mina o carácter específico do tratamento e permite ao responsável a alteração da finalidade em virtude do seu exclusivo interesse comercial ou estratégia económica. Em especial, por duas razões. Em primeiro lugar, porque não se trata de uma lista exaustiva de requisitos que o responsável pelo tratamento deva verificar e acreditar individualmente, o que não exclui que a razão principal para a alteração das finalidades seja precisamente o seu exclusivo interesse comercial ou a sua linha estratégica. Em segundo lugar, porque, dada a redação do preceito, bastar-lhe-á 'maquilhar' a sua decisão, ou mesmo mascará-la, estabelecendo simplesmente uma ligação, ainda que mínima, entre as finalidades antigas e as ulteriores – tarefa que lhe será sumamente simples e que poderá justificar com uma certa aparência de objetividade, articulando um relato com as restantes circunstâncias enumeradas, isto é, o contexto, a natureza dos dados, as eventuais consequências e a existência de garantias adequadas. Deste modo, a própria norma consente tanto a justificação fácil da alteração das finalidades do tratamento de dados como o automatismo comercial na tomada desta decisão.

Consentimento informado. O Considerando 39 do RGPD alude ao princípio do consentimento informado ao declarar o seguinte: «deve ser perfeitamente claro para as pessoas singulares que estão a ser recolhidos, utilizados, consultados ou de outro modo tratados dados pessoais que lhes digam respeito, bem como a medida em que esses dados são ou serão tratados». Isto traduz-se, no art. 4.11 do RGPD, na exigência de que o consentimento do interessado deve ser informado.[59] A informação fornecida ao interessado deve ser suficiente para alcançar uma compreensão cabal da finalidade ou finalidades específicas para as quais os seus dados pessoais serão tratados; a par disso, o responsável pelo tratamento deverá informar o interessado sobre a sua identidade, o prazo de conservação dos dados pessoais e a existência dos diversos direitos (acesso, retificação, apagamento, oposição, portabilidade e limitação do tratamento).

Segundo o Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), as informações devem ser fornecidas pelo responsável pelo tratamento dos dados e abrangem os seguintes pontos, em conformidade com o RGPD (artigos 4º, nº 11 e 13º; considerando 42): "todas as circunstâncias relativas ao tratamento de dados pessoais, de forma inteligível e de fácil acesso, utilizando linguagem clara e simples, devendo o

[59] GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, M. (2020), "El consentimiento al tratamiento de datos personales", p. 108 e BUENO BIOT, A. (2025), "La contraprestación en forma de datos personales: el nuevo paradigma en la era digital", p. 1147, referem-se a uma "vontade informada".

titular dos dados ser informado, nomeadamente, sobre quais os dados pessoais que serão tratados, a identidade do responsável pelo tratamento, a duração e a forma do tratamento e as finalidades do tratamento". "Estas informações devem permitir ao titular dos dados determinar facilmente as consequências de qualquer consentimento que possa dar e assegurar que esse consentimento seja dado com pleno conhecimento dos factos".[60]

Analisando esta doutrina da jurisprudência europeia, o conteúdo e os requisitos do consentimento informado para o tratamento de dados podem sistematizar-se, a meu ver, em torno das seguintes diretrizes. As três questões básicas consistem em determinar sobre o que se informa, como se deve informar e qual deve ser o grau de cognoscibilidade por parte do interessado ou consumidor médio a partir da informação facultada. Estas três questões podem corresponder a três provas ou testes: Sobre o que se deve informar? 1) Circunstâncias relacionadas com o tratamento. 2) Identificação dos dados que serão tratados. 3) Identidade do responsável pelo tratamento de dados. 4) Duração e forma do tratamento. 5) Finalidades prosseguidas. Como se deve informar? 1) Formulação inteligível. 2) Facilmente acessível. 3) Com uma linguagem clara e simples. Qual deve ser o grau de cognoscibilidade a partir da informação facultada? 1) Capacidade para determinar facilmente as consequências do consentimento que possa ser dado. 2) Garantia de que o consentimento é outorgado com pleno conhecimento de causa.

Assim sendo, o consentimento informado para o tratamento de dados não exige apenas que o interessado ou o consumidor conheça determinado conteúdo e que este lhe seja fornecido na forma requerida, mas também que o interessado ou o consumidor esteja consciente das consequências do seu consentimento e que exista a garantia de que outorga o consentimento com pleno conhecimento de causa (cognoscibilidade).A dúvida essencial que então surge é se as cláusulas correntes sobre o tratamento de dados em contratos de conteúdos ou serviços digitais – pelo seu conteúdo, forma, apresentação e formulação, bem como pela rapidez e imediação do ambiente digital – superam ou não, com as garantias suficientes, o teste da cognoscibilidade. A resposta, infelizmente, é negativa num elevadíssimo número de casos.[61]

[60] Acórdão do TJUE de 11 de novembro de 2020 (*caso Orange Romênia*), nº 40, e, por analogia, acórdão do TJUE de 1 de outubro (*caso Planet 49*), nº 74.

[61] Em sentido análogo, DE BARRÓN ARNICHES, P. (2019), "La pérdida de privacidad en la contratación electrónica (entre el Reglamento de protección de datos y la nueva Directiva de suministro de contenidos digitales)", p. 54, coloca em causa se os princípios da proteção de dados estão a ser respeitados na realidade do comércio com consumidores, uma vez que "é praticamente impossível saber quando estamos a ser monitorizados e que usos posteriores serão dados à nossa informação".

De resto, de acordo com a doutrina do Tribunal Constitucional espanhol relativa ao direito fundamental à proteção de dados, o dever de informação prévia faz parte do conteúdo essencial do referido direito.[62] E, embora a Lei Espanhola de Proteção de Dados (LOPDP), seguindo o RGPD neste ponto, vise a sua garantia, o corporativismo digital viola este direito continuamente, na medida em que a estrutura ou a rede comercial criada para direcionar o "consumidor digital" ao contrato e recolher o seu consentimento não supera minimamente o referido teste.

Consentimento inequívoco. O Artigo 4.11 do RGPD exige que o consentimento seja inequívoco, o que significa que o titular dos dados deve declarar expressamente a sua vontade de aceitar o tratamento dos seus dados. Além disso, de acordo com o Artigo 7.1 do RGPD, o ônus da prova de que o titular dos dados deu o seu consentimento recai sobre o responsável pelo tratamento (uma manifestação, entre outras, do "princípio da responsabilidade proativa"). Quanto às formas de obtenção do consentimento do titular dos dados, o Considerando 32 indica que este pode ser dado por escrito, inclusive por meios eletrônicos, ou por meio de uma declaração oral. No caso de consentimento dado por meios eletrônicos, "o responsável pelo tratamento pode incluir assinalar uma caixa num sítio web, selecionar parâmetros técnicos para a utilização de serviços da sociedade da informação, ou qualquer outra declaração ou conduta que indique claramente, neste contexto, que o titular dos dados aceita o tratamento proposto dos seus dados pessoais".

Todavia, nem sempre o consumidor fornece os seus dados pessoais de forma ativa por meio de um registo durante a navegação, da subscrição de uma conta para acesso a conteúdos ou serviços digitais, ou da utilização de uma aplicação sob autenticação. A tecnologia de monitorização e mineração de dados permite ao fornecedor recolher dados de navegação e preferências de qualquer utilizador que estabeleça contacto com o seu sítio de Internet, redes sociais ou qualquer formato digital através do qual apresente a sua oferta, publicidade ou promoção – designadamente por intermédio das denominadas *cookies* – e, inclusive, sondar os seus dados pessoais.

Esta prática não foi atendida expressamente na legislação sobre os contratos digitais. Não se encontra nem na DCSD, nem a nível interno no TRLGCU. No entanto, o Considerando 25 da DCSD esclarece que a Diretiva não deve aplicar-se a situações em que o profissional recolhe apenas metadados, tais como informações do dispositivo do consumidor ou o seu histórico de navegação, tampouco às situações "em que o consumidor, sem ter celebrado um contrato com o profissional, se expõe a receber publicidade com o fim exclusivo de obter acesso aos conteúdos ou serviços digitais". Esta omissão leva parte da doutrina a considerar

[62] STC (Plenária) 39/2016, de 3 de março de 2016 (ECLI:ES:TC:2016:39).

que o legislador abre a possibilidade de o profissional poder recolher os dados pessoais desta forma e que, na falta de uma proibição expressa, também se pode falar da existência de um contrato de fornecimento de conteúdos ou serviços digitais em troca de dados pessoais do consumidor quando estes sejam obtidos de forma passiva, a partir da continuação da navegação ou visualização por parte do consumidor ou utilizador.[63] Consequentemente, esta mesma doutrina sustenta que tais situações não devem ser entendidas como necessariamente excluídas do TRLGDCU se, de acordo com as regras do direito geral dos contratos, se puder considerar que merecem a qualificação de contratos.

Independentemente do acerto desta postura, que persegue o louvável objetivo de proporcionar ao dador de dados a proteção da DCSD e da correspondente legislação nacional – com a qual concordo, não sem um certo ceticismo –, importa advertir para o facto de que tal "contrato" não atende a um consentimento inequívoco do consumidor, segundo os parâmetros do art. 4.11 do RGPD, no que diz respeito ao tratamento de dados.

"Consinta ou pague" (*cookie walls*). Tanto o TJUE no seu Acórdão de 4 de julho de 2023 (processo C-252/21, *Facebook v. Bundeskartellamt*) como a Agência Espanhola de Proteção de Dados (*Guia sobre o uso de cookies*, versão de janeiro de 2024) admitem a possibilidade de que as redes sociais e as plataformas digitais, como os jornais eletrônicos, possam impor aos seus usuários uma modalidade de pagamento como alternativa exclusiva ao tratamento de seus dados pessoais para fins de publicidade personalizada. Desde então, as redes sociais e os sítios eletrônicos generalizaram esta prática. Embora se possa considerar que o consentimento para a cessão de dados nestes casos se sustenta tanto em bases legais quanto jurisprudenciais, é imperativo questionar se se trata de um consentimento livre e verdadeiramente informado. Trata-se de um consentimento manifestado sob a pressão do momento e que não subsiste ao teste da cognoscibilidade. A exigência de Trujillo Cabrera de que este modelo deve possuir um limite é plenamente acertada. Na maioria dos casos, o acesso do usuário ao conteúdo da rede social ou da página online implica que o prestador de serviços possa dissecar suas interações prévias, perfilar seu comportamento e inferir, a partir do

[63] BUENO BIOT, A. (2025), "La contraprestación en forma de datos personales: el nuevo paradigma en la era digital", pp. 1152-1153; MILÀ RAFEL, R. (2022), "Datos personales como contraprestación en la Directiva de contenidos y servicios digitales", en GÓMEZ POMAR, F./FERNÁNDEZ CHACÓN, I. (dirs.), *Estudios de Derecho Contractual Europeo: Nuevos problemas, nuevas reglas*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, p. 425; CÁMARA LAPUENTE, S (2021), "Un primer balance de las novedades del RDL 7/2021, de 27 de abril, para la defensa de los consumidores en el suministro de contenidos y servicios digitales", *Diario La Ley* (No. 9887), p. 26. En contra, excluyendo los *browse agreements*, ARROYO AMAYUELAS, E. (2023), "La transformación digital de los contratos de consumo en España", en GONZÁLEZ PACANOWSKA, I./PLANA ARNALDOS, Mª. C. (dirs.), *Contratación en el entorno digital*, Editorial Aranzadi, Cizur Menor, p. 32.

conjunto de dados obtidos, novas informações que o usuário não pretendia compartilhar.[64] A autodeterminação informativa e o controle sobre o destino dos dados pessoais, pilares do direito fundamental à proteção de dados, encontram-se, a meu ver, mortalmente comprometidos nestes contextos.

O próprio Tribunal Constitucional espanhol questiona certas práticas e inclusive a validade do consentimento de usuários vulneráveis diante da posição absolutamente dominante de corporações como a Meta. Assim, a STC 27/2020, de 24 de fevereiro, afirma que "o uso de condições gerais empregado neste procedimento de contratação online, suas características, e a falta de capacidade dos usuários/consumidores para negociar as cláusulas, levantam dúvidas relevantes sobre a existência de uma adequada manifestação de vontade, livre, inequívoca, específica e informada, mediante a qual o interessado consinta indiscriminadamente". No que diz respeito à linguagem utilizada nas condições de uso e nas políticas de privacidade, ainda que estejam disponíveis na página Web, o Tribunal Constitucional chega a afirmar que "não alcançam sua finalidade última, que não é outra senão a compreensão pelo usuário do objeto, da finalidade e do prazo para o qual outorga a referida autorização" (Fundamento Jurídico 4).

4.2 Algumas reflexões acerca da consideração dos dados pessoais como contraprestação

Existe uma convergência generalizada na literatura especializada sobre contratos de serviços e conteúdos digitais ao sublinhar o valor especial que os dados pessoais adquirem na economia digital. Evidentemente, este valor econômico não reside nos dados pessoais individualmente considerados, mas sim na sua agregação técnica em um conjunto, e no seu processamento massivo em grandes volumes (*big data*) por meio da engenharia de dados.[65] Neste contexto, os dados são uma mercadoria que pode ser objeto de um negócio jurídico de intercâmbio, embora subsistam dificuldades para determinar o seu valor pecuniário concreto; esta é a razão pela qual os dados são explorados de formas muito diversas, com extrema liberdade, pelas corporações digitais e pelas empresas que os adquirem em grandes volumes.[66]

[64] TRUJILLO CABRERA, C. (2024), "Los nuevos *cookie walls*: «consent or pay»: A propósito de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 4 de julio de 2023", *Revista de Derecho Civil* (vol. XI, núm. 2), p. 106.

[65] Port todos, BEDIR, C. (2020), "Contract Law in the Age of Big Data", *Tilburg Private Law Working Paper Series* (No. 04), pp. 1-4; NAVAS NAVARRO, S. (2018), "El valor de los datos personales en el mercado", en KINDL, J./ARROYO VENDRELL, T./GSELL, B. (eds.), *Verträge über digitale Inhalte und digitale Dienstleistungen*, Nomos, Baden-Baden, 2018, pp. 101-104.

[66] DRABINSKI, A. (2022), *Die vertragliche Datenüberlassung und das Kaufrecht*, Nomos, Baden-Baden, pp. 48-49.

Como é sabido, o legislador comunitário evitou qualificar expressamente os dados pessoais como contraprestação no art. 3.1, §2º da DCSD, embora inclua no seu âmbito de aplicação os contratos de fornecimento de conteúdos e serviços digitais em troca de dados pessoais, salvo quando os dados facultados pelo consumidor sejam tratados exclusivamente pelo empresário com o fim de fornecer os conteúdos ou serviços digitais em conformidade com a Diretiva ou para permitir que o empresário cumpra os requisitos legais aos quais está sujeito, desde que o empresário não trate esses dados para qualquer outro fim. Em concreto, no seu Considerando 24, a Diretiva esquivou-se à possibilidade de reconhecer que os dados pessoais detêm a natureza de contraprestação económica do contrato, afirmando que "a proteção de dados pessoais é um direito fundamental, pelo que os dados pessoais não podem ser considerados uma mercadoria".

Sob este pretexto, as grandes corporações digitais defendem insistentemente a exclusão das normas protetoras do direito do consumidor, escudando-se no caráter gratuito dos serviços que prestam. O Facebook sustenta, por exemplo, a tese de que os contratos de utilização da sua plataforma não estão sujeitos à Diretiva sobre cláusulas abusivas, uma vez que devem ser considerados contratos gratuitos, não estando obrigada, por essa mesma razão, a informar sobre os fins comerciais para os quais os dados pessoais dos seus utilizadores serão utilizados.[67] *O Twitter* (agora *X*) oferece aos seus usuários um contrato com cláusulas extensas que descrevem os direitos e obrigações de ambas as partes,[68] cláusula resolutória excessivamente ampla que lhe permite cancelar a subscrição independentemente do direito dos contratos (isto é, à margem da DCSD) e nem sempre em consonância com o direito regulatório do mercado digital (Lei dos Serviços Digitais).[69]

O legislador espanhol, contemplando a hipótese de partida com maior pragmatismo, incluiu expressamente no art. 119º-ter, nº 2, do TRLGDCU a qualificação

[67] Questão analisada pelo *Tribunal de Grande Instance de Paris* no seu acórdão de 9 de abril de 2019, onde refutou esta alegação ao afirmar que os dados dos utilizadores do Facebook são monetizados com terceiros, de modo que existe uma vantagem económica de acordo com o Código Civil francês (art. 1107). Deve também destacar-se a Resolução de 29 de novembro de 2018 da *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, que aplicou uma coima de dez milhões de euros ao Facebook devido à informação insuficiente facultada por esta empresa aos seus utilizadores em Itália sobre o uso dos seus dados pessoais, e a alegação contrária do Facebook centrada no facto de prestar um serviço gratuito e de que não deve informar, consequentemente, sobre os fins comerciais para os quais os dados serão utilizados. Veja-se, ALONSO PÉREZ, Mª. T./HERNÁNDEZ SAINZ, E. (2020), *Servicios digitales, condiciones generales y transparencia*, Aranzadi, Cizur Menor.

[68] Na interação entre o Direito dos Contratos e o Direito Regulatório dos serviços digitais, sobre o conteúdo ilícito de incitamento ao ódio expresso por um utilizador que se fundamentava na liberdade de expressão, veja-se o Acórdão da *Audiencia Provincial de Baleares* (Secção 3.ª) de 26 de março de 2020 (ECLI: ES:APIB:2020:513).

[69] Regulamento (UE) 2022/2065 relativo ao mercado único dos serviços digitais e que altera a Diretiva 2000/31/CE (Regulamento dos Serviços Digitais).

da cedência de dados pessoais como contraprestação do contrato, no âmbito da regulação do remédio da resolução contratual.

Entre as opiniões contrárias à consideração da cedência de dados pessoais como contraprestação, destaca-se o entendimento de algum autor pátrio que invoca o art. 1271º do Código Civil espanhol para os qualificar como *res extra commercium*. Sob esta premissa, dado que a proteção de dados é um direito fundamental, sustenta-se que a cedência gratuita de dados não poderia ser objeto do contrato, devido ao caráter indisponível de tal direito. Sob esta premissa, dado que a proteção de dados é um direito fundamental, sustenta-se que a cedência gratuita de dados não poderia ser objeto do contrato, devido ao caráter indisponível de tal direito.[70] Esta postura parte do erro de confundir objeto do contrato e renúncia ao direito fundamental. O caráter indisponível dos direitos da personalidade não impede que alguns deles – aqueles que possuem alguma faculdade ou conteúdo económico – possam constituir o objeto de um contrato de exploração (ex.: cedência da exploração dos direitos de imagem). Por outras palavras, o objeto da contraprestação são os dados pessoais, e não o direito fundamental à proteção de dados.[71] Esse direito é inalienável em qualquer caso, pois abrange um conjunto de direitos que constituem seu conteúdo essencial, que é inalienável. Por outro lado, a transferência de dados pessoais como contraprestação, independentemente de haver ou não pagamento monetário por parte do consumidor, se estiver em estrita conformidade com os requisitos do RGPD,[72] pode perfeitamente ser uma mercadoria comercializável (*res in commercium*)[73] e atender a interesses juridicamente relevantes para ambas as partes.[74] Questão distinta é

[70] GARCÍA HERRERA, V. (2020), *"*El pago con datos personales. Incoherencias legislativas derivadas de la configuración de los datos como posible 'contraprestación' en el suministro de contenidos y servicios digitales*", Actualidad Civil* (No. 1), p. 6.

[71] Para o Direito alemão, STAUDINGER, A./ARTZ, M. (2022), *Neues Kaufrecht und Verträge über digitale Produkte*, Beck, München, p. 133.

[72] A chave reside, por conseguinte, na liberdade do consentimento no tratamento de dados, a qual constitui a verdadeira "chave que permite a convivência entre a economia de dados e a proteção de dados pessoais", CASTILLO PARRILLA, J. A. (2021), "Os dados pessoais como contraprestação na reforma do TRLGDCU e as tensões normativas entre a economia dos dados e a interpretação garantista do RGPD*", La Ley mercantil* (Nº 82), p. 13 (versão digital Legalteca).

[73] Em sentido análogo, BUENO BIOT, A. (2025), "La contraprestación en forma de datos personales: el nuevo paradigma en la era digital", pp. 1134-1135; DOMÍNGUEZ YAMASAKI, Mª. I. (2020), "El tratamiento de datos personales como prestación contractual: Gratuidad de contenidos y servicios digitales a elección del usuario", *Revista de Derecho Privado* (Nº 104), 2020, p. 101; também as reflexões de CÁMARA LAPUENTE, S. (2018), "Una prospectiva crítica sobre el régimen de los contratos de suministro de contenidos digitales. Acerca de algunas decisiones legales en curso sobre su concepto, ámbito subjetivo, información, desistimiento y conformidad", en CAPILLA, F./ESPEJO, M./ARANGUREN, F. J./MURGA, J. P. (dirs.), *Derecho Digital: Retos y cuestiones actuales*, Aranzadi, Cizur Menor, 2018, pp. 13-14 (versión digital Legalteca).

[74] SCHEIBENPFLUG, A. (2022), *Personenbezogene Data também Gegenleistung*, Duncker & Humblot, Berlin, p.186.

a *despossessão dos dados* a que anteriormente me referi quando estes são recolhidos para além da cognoscibilidade pelo consumidor ou interessado, com a violação da sua autonomia informativa.

Finalmente, não se deve perder de vista –trazendo à colação a acertada tese de Castillo Parrilla e Morais Carvalho – que a noção de preço não deveria ficar circunscrita ao pagamento monetário, e que são também contratos onerosos aqueles em que a contraprestação não é um pagamento monetário, mas sim outro tipo de prestação (*ex* art. 1088º CC esp.). Esta circunstância ocorre no ambiente digital, onde podemos encontrar contraprestações distintas do pagamento de um preço, tais como o pagamento com dados (obrigação de dar), o pagamento mediante obrigações de fazer (por ex. suportar publicidade comportamental) ou, inclusivamente, o pagamento mediante obrigações de não fazer (por ex. desativar a geolocalização).[75]

5 Conclusões

Entre a segunda e a terceira ondas civilizatórias, a proteção de dados é uma necessidade constante. É um imperativo ético retirar o véu de ignorância que temos diante de nós, adquirir consciência sobre o que fazemos na *infoesfera* e exigir mecanismos mais eficientes de proteção. O contrário é simplesmente aterrador: seremos apenas produtos do capitalismo de vigilância e não cidadãos ou consumidores conscientes, que é o que deveríamos – e quereríamos – ser.

O modo como as corporações digitais obtêm e tratam os dados pessoais dos utilizadores no ambiente digital coloca continuamente em causa a validade do consentimento para o tratamento de dados, o qual deixa de responder aos requisitos exigidos na sua configuração legal objetiva (consentimento livre, informado, específico

[75] CASTILLO PARRILLA, J. A./MORAIS CARVALHO, J. (2024), "Pay or ok". Pagar con datos personales tras la Directiva 2019/770: Una visión comparada entre España y Portugal", *Revista Electrónica de Direito. RED* (Vol. 34, No. 2), pp. 104-105; veja-se também, ESPÍN ALBA, I. (2020), "Contrato de suministro de contenidos y servicios digitales en la Directiva 2019/770/UE: Datos, consumidores y "prosumidores" en el Mercado Único Digital", *Revista de Derecho Privado* (Nº 104), p. 19. Em sentido contrário, CONESA CABALLERO, O. (2024), "El encaje contractual de la cesión de datos de carácter personal", *InDret* núm. 2 (2024), p. 13, enfatiza que a existência do direito de revogar o consentimento para o tratamento de dados (Art. 7.3 RGPD) impede que a obrigação do consumidor seja considerada uma obrigação jurídica. Esta última posição fundamenta-se na ideia de que é um erro confundir dois planos distintos no mesmo nível hierárquico: o plano contratual e o plano relativo aos direitos fundamentais. Sempre que exista um contrato de conteúdos e serviços digitais em que a contraprestação do consumidor seja a cedência de dados, e o contrato tenha sido validamente celebrado, este será plenamente eficaz e deverá ser cumprido em conformidade. O direito de revogação constitui meramente uma faculdade adicional que viabiliza o exercício desse direito fundamental. O seu exercício, se aplicável, extingue a relação contratual, mas não altera as obrigações recíprocas nela estabelecidas.

e inequívoco). Desde o exato instante em que o consumidor ou interessado aceita o contrato no ambiente digital (seja em sentido estrito, seja em sentido amplo), a maquinaria invisível da *despossessão digital* entra em marcha. Somos titulares de um direito fundamental, mas o exercício efetivo das faculdades que o integram carece frequentemente de conteúdo real. O *habeas data* de que se fala recorrentemente é mais simbólico do que eficiente e tem a mesma taxa de sucesso que o clássico *habeas corpus*. Embora o Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados seja uma norma prioritária face ao direito contratual, a possibilidade do exercício dos direitos garantidos pelo Regulamento fica, em inúmeros casos, desativada. Quando estes direitos são reclamados ou exercidos pelo consumidor ou interessado, o empresário já os utilizou, já os agregou, isto é, já extraiu deles todo o proveito possível.

Referências

ABRIL, P. S./PIZARRO MORENO, E. (2014), "La intimidad europea frente a la privacidad americana", *InDret* (No. 1, 2014), pp. 1-62.

AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS (2024), *Neurodatos – EDPS TechDispatch 2024-1,* pp. 1-32.

ALONSO PÉREZ, Mª. T./HERNÁNDEZ SAINZ, E. (2020), *Servicios digitales, condiciones generales y transparencia*, Aranzadi, Cizur Menor.

ÁLVAREZ MORENO, Mª. T. (2022), "Los derechos del consumidor derivados de la falta de conformidad en la compra de bienes y en los contratos de contenidos y servicios digitales", en ARNAU RAVENTÓS, L. (dir.) (2022), *La digitalización del derecho de contratos en Europa*, Atelier, Barcelona, pp. 131-156.

ARROYO AMAYUELAS, E. (2022), "Las nuevas Directivas sobre digitalización del derecho de contratos", en ARNAUA RAVENTÓS, L. (dir.) (2022), *La digitalización del derecho de contratos en Europa*, Atelier, Barcelona, pp. 19-46.

ARROYO AMAYUELAS, E. (2023), "La transformación digital de los contratos de consumo en España", en GONZÁLEZ PACANOWSKA, I./PLANA ARNALDOS, Mª. C. (dirs.), *Contratación en el entorno digital*, Editorial Aranzadi, Cizur Menor, pp. 23-61.

ARROYO AMAYUELAS, E. (2025), "Digitalización de los contratos de crédito", en ARROYO AMAYUELAS, E./RODRÍGUEZ DE LAS HERAS, T./ET AL. (eds.), *Digitalización del crédito y otros servicios financieros*, Aferre, Barcelona, pp. 83-107.

BARRIO ANDRÉS, M. (2021), "Los derechos digitales: de la LOPDGDD a la Carta de Derechos Digitales de España", *Derecho Digital e Innovación. Digital Law and Innovation Review* (No. 9, abril-junio), pp. 1-2 (versión digital Legalteca).

BAUMAN, Z. (2002), *Modernidad líquida* (trad. Mirta Rosenberg), Fondo de Cultura Económica.

BEDIR, C. (2020), "Contract Law in the Age of Big Data", *Tilburg Private Law Working Paper Series* (No. 04).

BUENO BIOT, A. (2024), *El contrato de suministro de contenidos y servicios digitales: Un estudio a raíz de la directiva 2019/770 y su transposición al TRLDCU*, Tirant lo Blanch, Valencia.

BUENO BIOT, A. (2025), "Entre la resolución contractual y los datos personales: nuevos dilemas de la digitalización", *Revista Boliviana de Derecho* (No. 39), pp. 124-167.

BUENO BIOT, A. (2025), "La contraprestación en forma de datos personales: el nuevo paradigma en la era digital", *Actualidad jurídica iberoamericana* (No. 22), pp.1122-1185.

CÁMARA LAPUENTE, S (2021), "Un primer balance de las novedades del RDL 7/2021, de 27 de abril, para la defensa de los consumidores en el suministro de contenidos y servicios digitales", *Diario La Ley* (No. 9887), p. 1-38.

CÁMARA LAPUENTE, S. (2018), "Una prospectiva crítica sobre el régimen de los contratos de suministro de contenidos digitales. Acerca de algunas decisiones legales en curso sobre su concepto, ámbito subjetivo, información, desistimiento y conformidad", en CAPILLA, F./ESPEJO, M./ARANGUREN, F. J./MURGA, J. P. (dirs.), *Derecho Digital: Retos y cuestiones actuales*, Aranzadi, Cizur Menor, 2018.

CÁMARA LAPUENTE, S. (2020), "Resolución contractual y destino de los datos y contenidos generados por los usuarios de servicios digitales", en ARROYO AMAYUELAS, E./CÁMARA LAPUENTE, S. (dirs.), *El derecho privado en el nuevo paradigma digital*, Colegio Notarial de Cataluña/Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-São Paulo, 2020, pp. 141-174.

CÁMARA LAPUENTE, S. (2021), "La propuesta de Carta de Derechos Digitales: reflexiones de Derecho privado y técnica legislativa, *La Ley* (16317/2021) (versión digital Legalteca).

CÁMARA LAPUENTE, S. (2022), "Nuevos perfiles del consentimiento en la contratación digital en la Unión Europea: ¿navegar es contratar (servicios digitales "gratuitos")?", en GÓMEZ POMAR, F./FERNÁNDEZ CHACÓN, I. (dirs.), *Estudios de derecho contractual europeo*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, pp. 331-405.

CASTILLO PARRILLA, J. A. (2021), "La «Dichiarazione dei diritti in Internet» de 14 de julio de 2015 y la importancia y vigencia de su contenido", *Derecho Digital e Innovación* (No 9, abril-junio), pp. 1-10 (versión digital Legalteca).

CASTILLO PARRILLA, J. A. (2021), "Los datos personales como contraprestación en la reforma del TRLGDCU y las tensiones normativas entre la economía de los datos y la interpretación garantista del RGPD", *La Ley mercantil* (No. 82), pp. 1-22.

CASTILLO PARRILLA, J. A./MORAIS CARVALHO, J. (2024), "Pay or ok". Pagar con datos personales tras la Directiva 2019/770: Una visión comparada entre España y Portugal", *Revista Electrónica de Direito. RED* (Vol. 34, No. 2), pp. 100-144.

CONESA CABALLERO, O. (2024), "El encaje contractual de la cesión de datos de carácter personal", *InDret* núm. 2 (2024), pp. 136-171.

CONSOLI, D./CASTELLACCI, F./SANTOALHA, A. (2023), "E-skills and income inequality within European regions", *Industry and Innovation*, 30(7), pp. 919-946. doi: 10.1080/13662716.2023.2230222.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (1999), Opinión Consultiva OC-16/99, 1 de octubre de 1999.

COUNCIL OF EUROPE/EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS (2025), *Guide on Article 8 of the European Convention on Human Rights*. Updated on 28 February 2025.

DE BARRÓN ARNICHES, P. (2019), "La pérdida de privacidad en la contratación electrónica (entre el Reglamento de protección de datos y la nueva Directiva de suministro de contenidos digitales)", *Cuadernos Europeos de Deusto* (No. 61), pp. 29-65.

DE BARRÓN ARNICHES, P. (2024), "Vulneraciones automatizadas del derecho a la protección de datos personales y mecanismos de tutela", *Revista de Derecho Civil* (vol. XI, No. 1), 2024, pp. 149-194.

DE CASTRO Y BRAVO, F. (1982), "Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad", *Anuario de Derecho Civil* (Vol. 35, No. 4), pp. 987-1086.

DE LA SIERRA, S. (2022), "Una introducción a la Carta de Derechos Digitales", en COTINO HUESO, L. (2022) (coord.), *La Carta de Derechos Digitales*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 27-52.

DOMÍNGUEZ YAMASAKI, Mª. I. (2020), "El tratamiento de datos personales como prestación contractual: Gratuidad de contenidos y servicios digitales a elección del usuario", *Revista de Derecho Privado* (Nº 104), 2020, pp. 93-120.

DRABINSKI, A. (2022), *Die vertragliche Datenüberlassung und das Kaufrecht*, Nomos, Baden-Baden.

DUROVIC, M./MONTANARO, M. (2021), "Data Protection and Data Commerce: Friends or Foes?", *ERCL* (No. 17-1), pp. 1-36.

ESPÍN ALBA, I. (2020), "Contrato de suministro de contenidos y servicios digitales en la Directiva 2019/770/UE: Datos, consumidores y "prosumidores" en el Mercado Único Digital", *Revista de Derecho Privado* (Nº 104), pp. 3-38.

ESTEVE PARDO, J. (2023), *El camino de la desigualdad. Del imperio de la ley a la expansión del contrato*, Marcial Pons, Barcelona.

GARCÍA HERRERA, V. (2020), *"*El pago con datos personales. Incoherencias legislativas derivadas de la configuración de los datos como posible 'contraprestación' en el suministro de contenidos y servicios digitales*", Actualidad Civil* (No. 1), pp. 1-12.

GARCÍA MAHAMUT, R./TOMÁS MALLÉN, B./ARENAS RAMIRO, M. (2019), *El Reglamento general de protección de datos: un enfoque nacional y comparado: especial referencia a la LO 3/2018 de protección de datos y garantía de los derechos digitales*, Tirant lo Blanch, Valencia.

GARCÍA PÉREZ, R. Mª. (2020), "Interacción entre protección del consumidor y protección de datos personales en la Directiva (UE) 2019/770: Licitud del tratamiento y conformidad de contenidos y servicios digitales", en ARROYO AMAYUELAS, E./CÁMARA LAPUENTE, S. (dirs.), *El derecho privado en el nuevo paradigma digital*, Colegio Notarial de Cataluña/Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-São Paulo, 2020, pp, 175-208.

GARCÍA RUBIO, Mª. P. (2016), "Sociedad líquida y codificación", *Anuario de Derecho Civil* (Tomo LXIX, Fasc. III), pp. 743-780.

GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, M. (2020), "El consentimiento al tratamiento de datos personales", en GONZÁLEZ PACANOWSKA, I. (Coord.), *Protección de datos personales*, Tirant lo Blanch/APDC, Valencia, pp. 79-159.

GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, M. (2023), "La resolución del consumidor del contrato de suministro de contendido y servicios digitales", en GONZÁLEZ PACANOWSKA, I./PLANA ARNALDOS, Mª. C. (dirs.), *Contratación en el entorno digital*, Editorial Aranzadi, Cizur Menor, pp. 221-270.

GILI SALDAÑA, Mª A. (2024), "La resolución de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales", en GÓMEZ POMAR, F./FERNÁNDEZ CHACÓN, I. (dirs.), *El nuevo derecho digital: I. Los contratos de suministros de contenidos y servicios digitales*, Fundación Ramón Areces-Aranzadi, Cizur Menor, pp. 713-794.

GÓMEZ POMAR, F. (2022), Viejos y nuevos problemas contractuales en la Directiva 2019/771/UE, en GÓMEZ POMAR, F./FERNÁNDEZ CHACÓN, I. (dirs.), *Estudios de derecho contractual europeo*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, pp. 495-549.

GONZÁLEZ DE LA GARZA, L. M. (2022), "Derechos digitales en el empleo de las neurotecnologías: los neuroderechos (XXVI)", en COTINO HUESO, L. (coord.), *La Carta de Derechos Digitales*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 327-362.

GONZÁLEZ PORRAS, A. J. (2015), *Privacidad en Internet: Los derechos fundamentales de privacidad e intimidad en Internet y su regulación jurídica. La vigilancia masiva*, Tesis doctoral, UCLM.

HERNÁNDEZ LÓPEZ, J. M. (2013), *El derecho a la protección de datos personales en la doctrina del Tribunal Constitucional*, Aranzadi, Cizur Menor.

HERNÁNDEZ LÓPEZ, J. M. (2019), *Protección de datos personales*, Tirant lo Blanch, Valencia.

KÜHLING, J./KLAR, M./SACKMANN (2025), F., *Datenschutzrecht*, 6. Aufl., Müller, Heidelberg.

LETE ACHIRICA, J. (2023), "Com. Art. 119/119 ter TRLGDCU", en CAÑIZARES LASO, A./ZUMAQUERO GIL, L. (dirs.), *Comentarios al Texto Refundido de la Ley de Consumidores y Usuarios*, Tirant lo Blanch, Valencia.

MAQUEO RAMÍREZ, Mª/MORENO GONZÁLEZ, J./RECIO GAYO, M. (2017), "Protección de datos personales, privacidad y vida privada: la inquietante búsqueda de un equilibrio global necesario". *Revista de Derecho* (Vol. XXX, No. 1*),* pp. 77-96.

MARTÍNEZ MARTÍNEZ, R. (2013), "Protección de datos personales y redes sociales: un cambio de paradigma", en RALLO LOMBARTE, A./MARTÍNEZ MARTÍNEZ, R. (coords.), *Derecho y redes sociales*, Cívitas, Madrid, pp. 83-115.

METZGER, A. (2020), "Un modelo de mercado para los datos personales: estado de la cuestión a partir de la nueva Directiva sobre contenidos y servicios digitales", en ARROYO AMAYUELAS, E./CÁMARA LAPUENTE (dirs.), *El derecho privado en el nuevo paradigma digital*, Marcial Pons- Colegio Notarial de Cataluña, 2020, pp. 121-140.

MILÀ RAFEL, R. (2022), "Datos personales como contraprestación en la Directiva de contenidos y servicios digitales", en GÓMEZ POMAR, F./FERNÁNDEZ CHACÓN, I. (dirs.), *Estudios de Derecho Contractual Europeo: Nuevos problemas, nuevas reglas*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, pp. 407-450.

MILÀ RAFEL, R. (2024), "Remedios asociados a la falta de conformidad de los contenidos y servicios digitales", en GÓMEZ POMAR, F./FERNÁNDEZ CHACÓN, I. (dirs.), *El nuevo derecho digital: I. Los contratos de suministros de contenidos y servicios digitales*, Fundación Ramón Areces-Aranzadi, Cizur Menor, pp. 591-711.

NAVARRO CASTRO, M. (2023), "El derecho de desistimiento en los contratos de servicios digitales", en GONZÁLEZ PACANOWSKA, I./PLANA ARNALDOS, Mª. C. (dirs.), *Contratación en el entorno digital*, Editorial Aranzadi, Cizur Menor, pp. 463-500.

NAVAS NAVARRO, S. (2018), "El valor de los datos personales en el mercado", en KINDL, J./ARROYO VENDRELL, T/GSELL, B. (eds.), *Verträge über digitale Inhalte und digitale Dienstleistungen*, Nomos, Baden-Baden, 2018, pp. 101-122.

PUIG BRUTATU, J. (1954), *Fundamentos de Derecho Civil*, T. II, Vol. I, *Doctrina general del contrato*, Bosch, Barcelona.

ROIG BATALLA, A. (2009), "E-privacidad y redes sociales", *IDP: revista de Internet, derecho y política* (No. 9), pp. 42-542.

ROIG BATALLA, R. (2024), *La expectativa razonable de privacidad: Orígenes y recepción jurisprudencial en España*, Bosch, Barcelona.

SÁNCHEZ LERÍA, R. (2022), "Los datos personales como contraprestación en la legislación de consumo (1)", *Actualidad Civil* (No. 3), pp. 1-15 (versión digital Legalteca).

SÁNCHEZ, M./COLOMBARA, C./MONTI, N. (eds.) (2024), *En defensa de los Neuroderechos – Impacto mundial de la Sentencia de la Corte Suprema de Chi Girardi vs. Emotiv, y su papel en la protección de la privacidad mental*, Kamanau.

SARTORI, G. (2012), *Homo videns. La sociedad teledirigida* (trad. esp. Santiago Sánchez González, sobre ed. it. 1997), Taurus.

SCHEIBENPFLUG, A. (2022), *Personenbezogene Daten als Gegenleistung*, Duncker & Humblot, Berlín.

SCHULZE, R. (2023), "European Private Law in the Digital Age – Developments, Challenges and Prospects", in JANSSEN/LEHMANN/SCHULZE, *The Future of European Private Law*, Nomos, Baden-Baden, pp. 141-167.

SCHULZE, REINER, S./STAUDENMAYER, D. (eds.) (2020), *EU digital law: article-by-article commentary*, Nomos, Baden-Baden.

SERRANO SÁNCHEZ, B. (2025), *Los datos como contraprestación para el suministro de contenidos digitales*, Dykinson, 2025.

SOLOVE, D. J. (2006), "A Taxonomy of Privacy", *University of Pennsylvania Law Review* (Vol 154, No. 3), pp. 477-560.

STAUDENMAYER, D. (2020), "Art. 3 Directive (UE) 2019/770", in Schulze, R./D. Staudenmayer, D. (eds.), *EU Digital Law. Article-by-Article Commentary*, Nomos, Baden-Baden, 2020, pp. 57-91.

STAUDINGER, A./ARTZ, M. (2022), *Neues Kaufrecht und Verträge über digitale Produkte*, Beck, München.

TOFFLER, A. (1981), *La tercera ola* (trad. esp. Adolfo Martín), Plaza & Janés.

TRONCOSO REIGADA, A. (2021), "Introducción y presentación", en IDEM (dir.), *Comentario al Reglamento general de protección de datos y a la Ley orgánica de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales*, Vo. I., Cívitas, Cizur Menor.

TRUJILLO CABRERA, C. (2024), "Los nuevos cookie walls: «consent or pay»: A propósito de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 4 de julio de 2023", *Revista de Derecho Civil* (vol. XI, núm. 2), pp. 75-112.

TWIGG-FLESNER, C. (2016), "Disruptive Technology – Disrupted Law? How the digital revolution affects (Contract) law", in DE FRANCESCHI, A., (ed.), *European Contract Law and the Digital Single Market*, Intersentia, Camdbridge, pp. 21-48.

VÁZQUEZ PASTOR JIMÉNEZ, L. (2023), *Contratos de suministro de contenidos y servicios digitales*, Dykinson.

VÁZQUEZ PASTOR JIMÉNEZ, L. (2025), "Garantía por falta de conformidad de los contenidos y servicios digitales", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* (No. 809), pp. 1359-1401.

ZECH, H. (2016), "Data as a Tradeable Commodity – Implications for Contract Law", in DE FRANCESCHI, A., (ed.), *European Contract Law and the Digital Single Market*, Intersentia, Cambridge, pp. 51-79.

ZUBOFF, S. (2020), *La era del capitalismo de la vigilancia* (trad. esp. Albino Santos Mosquera), Ediciones Paidós.

ZUBOFF, S. (2022), "Surveillance Capitalism or Democracy? The Death Match of Institutional Orders and the Politics of Knowledge in Our Information Civilization", *Organization Theory*, 3(3), pp. 1-79. https://doi.org/10.1177/26317877221129290.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2025 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

INFANTE RUIZ, Francisco. A incessante despossessão de dados pessoais pela via contratual na "era digital". *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, v. 35, n. 1, p. 159-193, jan./mar. 2026. DOI: 10.33242/rbdc.2026.01.007.

Recebido em: 24.03.2026
Aprovado em: 14.05.2026