

REVISTA DA
FACULDADE DE DIREITO DA
UNIVERSIDADE DE LISBOA

LISBON LAW REVIEW



Homenagem ao Professor José de Oliveira Ascensão

ANO LXIV

2023

NÚMERO 1 | TOMO 1

REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO
DA UNIVERSIDADE DE LISBOA
Periodicidade Semestral
Vol. LXIV (2023) 1

LISBON LAW REVIEW

COMISSÃO CIENTÍFICA

Alfredo Calderale (Professor da Universidade de Foggia)
Christian Baldus (Professor da Universidade de Heidelberg)
Dinah Shelton (Professora da Universidade de Georgetown)
Ingo Wolfgang Sarlet (Professor da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul)
Jean-Louis Halpérin (Professor da Escola Normal Superior de Paris)
José Luis Díez Ripollés (Professor da Universidade de Málaga)
José Luís García-Pita y Lastres (Professor da Universidade da Corunha)
Judith Martins-Costa (Ex-Professora da Universidade Federal do Rio Grande do Sul)
Ken Pennington (Professor da Universidade Católica da América)
Marc Bungenberg (Professor da Universidade do Sarre)
Marco Antonio Marques da Silva (Professor da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo)
Miodrag Jovanovic (Professor da Universidade de Belgrado)
Pedro Ortego Gil (Professor da Universidade de Santiago de Compostela)
Pierluigi Chiassoni (Professor da Universidade de Génova)

DIRETOR

M. Januário da Costa Gomes

COMISSÃO DE REDAÇÃO

Paula Rosado Pereira
Catarina Monteiro Pires
Rui Tavares Lanceiro
Francisco Rodrigues Rocha

SECRETÁRIO DE REDAÇÃO

Guilherme Grillo

PROPRIEDADE E SECRETARIADO

Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
Alameda da Universidade – 1649-014 Lisboa – Portugal

EDIÇÃO, EXECUÇÃO GRÁFICA E DISTRIBUIÇÃO

LISBON LAW EDITIONS

Alameda da Universidade – Cidade Universitária – 1649-014 Lisboa – Portugal

ISSN 0870-3116

Depósito Legal n.º 75611/95

Data: Julho, 2023

TOMO 1

M. Januário da Costa Gomes
13-44 Editorial

ESTUDOS DOUTRINAIS

-
- Alexandre Libório Dias Pereira
47-56 Filtros de conteúdos digitais para infrações ‘óbvias’ aos direitos autorais?
Upload filters for copyright ‘obvious’ infringement?
-
- Alfredo Calderale
57-83 *Posse pro-labore* e proprietà in Brasile tra conflitti sociali e tradizione giuridica portoghese
Posse pro-labore and property in Brazil between social conflict and portuguese legal tradition
-
- Ana Alves Leal | Tiago Fidalgo de Freitas
85-133 Sobre a liquidação de fundações
On the liquidation of foundations
-
- André Moreira Simões
135-181 Cláusulas MAC (“*Material Adverse Change*”) em contratos internacionais de M&A
Material Adverse Change (“MAC”) Clauses in International M&A Contracts
-
- António Barroso Rodrigues
183-239 Em defesa da legítima defesa. Um olhar sobre os limites da justificação na dogmática civil moderna
In defence of self-defence. A glance at the limits of justification in modern civil dogmatics
-
- António Menezes Cordeiro
241-276 Propriedade horizontal e alojamento local
Horizontal property and holiday rentals
-
- António Pedro Barbas Homem
277-296 Legitimidade na revolução de 1820
The legitimacy of the 1820 Revolution
-
- Aquilino Paulo Antunes
297-328 Mecanismos de incentivo à investigação e desenvolvimento de medicamentos: existe alternativa?
Mechanisms to encourage research and development of medicines: is there an alternative?
-
- Augusto Teixeira Garcia
329-377 Marca: caducidade por não utilização séria e renovação
Trademark: Revocation for non-use and renewal

-
- 379-403 **Carlos Baptista Lobo | Daniel S. de Bobos-Radu**
Uma arte de escribas e fariseus: nota sobre os limites da extensão da incidência do IRC aos rendimentos derivados da prestação de serviços jurídicos por entidades não residentes em território nacional
An art of scribes and Pharisees: remark on the limits of the Portuguese Corporate Income Tax liability of income derived from the provision of legal services by non-resident entities
-
- 405-442 **Carlos Blanco de Moraes | Mariana Melo Egídio**
Da validade dos acordos de financiamento de contencioso por terceiros para a promoção de ações populares
On the validity of third-party litigation funding backing class action lawsuits
-
- 443-466 **Catarina Salgado**
A arbitragem voluntária como meio de resolução extrajudicial de conflitos no direito angolano – alguns subsídios
Voluntary arbitration as a method for extrajudicial conflict resolution in Angolan law – some subsidies
-
- 467-495 **Daniel de Bettencourt Rodrigues Silva Moraes**
A escolha de lei tácita: alguns problemas
Tacit choice of law: difficulties it raises
-
- 497-512 **Dário Moura Vicente**
Desinformação, liberdade e responsabilidade
Disinformation, freedom and liability
-
- 513-554 **Diogo Costa Gonçalves**
Relatório sobre a disciplina de Direitos de Personalidade
Personality Rights Academic Report
-
- 555-587 **Diogo Tapada dos Santos**
Interpretação extensiva e analogia de normas excepcionais: reflexões a propósito da proibição do pacto comissório
Extensive interpretation and analogy of exceptional rules: reflections on the lex commissoria prohibition
-
- 589-634 **Eduardo Vera-Cruz Pinto**
O pensamento jurídico analógico e a criação de Direito em Sociedades Digitais: o eterno retorno da analogia?
Analogical legal thinking and the creation of the Law in digital societies: the eternal return of analogy?
-
- 635-668 **Evaristo Mendes**
Sociedades preliminares e sociedades em formação
Companies Before Incorporation

Filipe A. Henriques Rocha
669-708 A Arbitragem de litígios sobre dados pessoais
Arbitration of personal data disputes

Filipe de Arede Nunes
709-728 Nas vésperas da revisão constitucional de 1989: iniciativas e roteiros parlamentares
On the eve of the 1989 constitutional revision: parliamentary initiatives and routes

TOMO 2

Flávio Tartuce
729-752 Os direitos da personalidade no código civil brasileiro. Diálogos com a doutrina do Professor José de Oliveira Ascensão
Personality rights in the Brazilian Civil Code. Dialogues with the doctrine of Professor José de Oliveira Ascensão

Francisco A. C. P. Andrade
753-771 Vícios de Vontade dos “agentes” de *Software*?
Software agent's defects of will?

Francisco Mendes Correia
773-800 O Direito natural na tradição aristotélico-tomista: esboço de uma defesa
A first attempt in the defense of Natural law in the Aristotelian-Thomistic Tradition

Francisco Paes Marques
801-826 Ação popular e *private enforcement*: nova vida europeia de um velho instituto nacional
Class actions and private enforcement: new European life of an old national legal remedy

Gonçalo Aleixo Nunes
827-884 Da penhora de direitos de crédito – em especial, as garantias de defesa do *debitor debitoris*, a execução concomitante e a legitimidade processual do exequente
The seizure of receivables – in particular, the guaranties of defence of the third debtor, the concurrent enforcement and the procedural legitimacy of the creditor

Henrique Marques Candeias
885-930 O abuso do direito de retenção. Exercício desproporcional do direito de retenção
The abuse of the right of retention. Disproportionate exercise of the right of retention

Hugo Ramos Alves
931-962 A desconsideração da personalidade coletiva em Oliveira Ascensão
Oliveira Ascensão and the disregard of the corporate veil doctrine

Isabel Alexandre
963-985 Reconhecimento e execução de acordos resultantes de mediação
Recognition and Enforcement of Mediated Settlements

-
- Isabel Graes**
987-1027 As cartas de seguro na história do direito português: um instrumento de protecção do réu
The security charts in the History of the Portuguese Law: an instrument to protect the defendant
-
- Ivanildo Figueiredo**
1029-1080 Registo dos direitos reais e da posse: Aspectos distintivos entre os sistemas de Portugal e do Brasil à luz da doutrina de José de Oliveira Ascensão
Registration of real rights and possession: Distinctive aspects between the systems of Portugal and Brazil based on the doctrine of José de Oliveira Ascensão
-
- J. P. Remédio Marques**
1081-1115 Defesa preventiva e providências cautelares: a introdução, em Portugal, do “requerimento de protecção”, face ao possível decretamento de providência cautelar *inaudita altera parte* – A questão no quadro da propriedade intelectual
Preventive defense and interim injunctions: the introduction, in Portugal, of “protective letters”, in view of the possible award of an interim injunction without the prior contradictory of the same respondent (inaudita altera parte) – The issue in the context of intellectual property rights
-
- Jaime Reis**
1117-1170 O penhor flutuante como penhor de universalidades: ensaio de fundamentação dogmática
The floating charge as a charge of universalities: an essay on its dogmatic foundations
-
- Joana Costa Lopes**
1171-1206 Os desafios à tutela judicial civil do direito à imagem na era digital
The challenges to the judicial protection of the image right in the digital era
-
- João de Oliveira Gerales**
1207-1248 Sobre o reconhecimento de decisões eclesíásticas em matéria matrimonial: o artigo 99.º do Regulamento Bruxelas II *ter* e a Concordata de 2004 entre a República Portuguesa e a Santa Sé
On Recognition of Ecclesiastical Judgments in Matrimonial Matters: Article 99 of the Brussels II ter Regulation and the 2004 Concordat Between the Portuguese Republic and the Holy See
-
- João Maurício Adeodato**
1249-1260 Imprecisão da linguagem jurídica no exemplo do conceito de imperatividade (Em homenagem a José de Oliveira Ascensão)
Inaccuracy of legal language in the example of the concept of imperativity (In honor of José de Oliveira Ascensão)
-
- Jones Figueirêdo Alves**
1261-1306 Pessoa como sujeito de direito e o Direito da Pessoa em suas moradas do ser: visões identitárias a partir de estudos doutriniais de Oliveira Ascensão
Person as subject of rights and the Personal Law in its being's abode: identitary perspectives based on doctrinal studies of Oliveira Ascensão

- **Jorge Miranda**
1307-1314 A Constituição e a língua
The Constitution and the portuguese language
- **José Alberto Vieira**
1315-1338 Oliveira Ascensão e a crítica ao conceito de relação jurídica
Oliveira Ascensão and the critique of the concept of legal relationship
- **José Ferreira Gomes**
1339-1378 A eficácia das declarações a pessoas coletivas
The effectiveness of declarations to legal persons
- **José Luís Bonifácio Ramos**
1379-1406 Alojamento Local e Condomínio
Airbnb or Short-Term Rental and Condominium
- **Luourenço Vilhena de Freitas | Catarina Teles de Menezes**
1407-1426 Pandemia Covid-19 e a Reposição do Equilíbrio Económico-Financeiro dos Contratos de Concessão
Covid-19 Pandemic and the Restoration of the Economic-Financial Balance of the Concession Contracts
- **Luís de Lima Pinheiro**
1427-1448 Direito aplicável, equidade e composição amigável na arbitragem
Applicable law, ex aequo et bono and amicable composition in arbitration
- **Luís Manuel Teles de Menezes Leitão**
1449-1468 O novo Regulamento Europeu 2022/2065 sobre os Serviços Digitais: o *Digital Services Act (DSA)*
The New European Regulation 2022/2065 on Digital Services: The Digital Services Act (DSA)
- **M. Januário da Costa Gomes**
1469-1501 “Supomos que esta descrição legal da situação é inaceitável”. Sobre a “sub-rogação dos credores” do repudiante na aceitação da herança e a interpretação disruptiva de José de Oliveira Ascensão
“We believe that such legal description of the situation is unacceptable”. On the “creditors subrogation” of the waivant in the acceptance of the inheritance and the disruptive interpretation of José de Oliveira Ascensão

TOMO 3

- **Manuel Carneiro da Frada**
1503-1515 “Quando os lobos uivam...” – Sobre a tríplice tutela dos direitos subjectivos, a respeito de um trecho de Oliveira Ascensão (e de um acórdão da Relação de Coimbra sobre baldios)
“When wolves howl...” – On the triple protection of subjective rights, about an excerpt from Oliveira Ascensão (and a judgment of the Relação de Coimbra about the common land)

-
- Marco Caldeira**
1517-1550 A colusão na contratação pública (em especial, a participação de empresas em relação de grupo): o “estado da arte” e perspectivas futuras
The bid-rigging in public procurement procedures (in particular, in regard to linked undertakings): the state of the art and future developments
-
- Margarida Silva Pereira**
1551-1600 Ainda sem direito à identidade: as crianças na Gestação de Substituição segundo a (incompleta) Lei n.º 90/2021, de 16 de dezembro
Still no right to identity. Children of surrogacy under the (incomplete) Law n.º 90/2021, 16/12, which amended the Medically-Assisted Procreation Law
-
- Maria Raquel Rei**
1601-1617 Mandato com vista a acompanhamento
Mandate to assist the vulnerable
-
- Marta Boura**
1619-1662 A culpa do lesado e o abuso do direito. Considerações sobre a disfuncionalidade do exercício e o fundamento dogmático do instituto da culpa do lesado
The fault of the injured party and the abuse of right. Considerations on the dysfunctionality of the exercise and the dogmatic basis of the fault of the injured party
-
- Miguel de Lemos**
1663-1688 Oliveira Ascensão, Direito Vivo e Pluralismo Jurídico em Água Branca – Entre *Factos* e *Mitos*: um Estudo de Sociologia Jurídica
Oliveira Ascensão, Living Law and Legal Pluralism in Água Branca – Between Facts and Myths: a Socio-Legal Study
-
- Miguel Teixeira de Sousa**
1689-1702 Poderes do juiz no processo do trabalho: algumas notas
On the powers of the court in labor proceedings: some remarks
-
- Míriam Afonso Brigas**
1703-1724 A Culpa como pressuposto da Acção de separação de pessoas e bens no Código Civil de 1867 – Breves notas
Guilt as a prerequisite for the Action of Separation of Persons and Property in the Civil Code of 1867 – Brief notes
-
- Nuno de Oliveira Garcia | Ana Paula Basílio**
1725-1740 A tributação das mais-valias em IRS e o princípio da capacidade contributiva
Personal income tax on capital gains and the ability to pay principle
-
- Paula Costa e Silva | Nuno Trigo dos Reis**
1741-1779 A morte de um comparte e o curioso caso da instância subjectivamente complexa: a lacuna oculta no art. 281.º CPC e a verdade do aforismo *nanos gigantum humeris*
The death of one of the defendants and the curious case of the subjectively complex proceedings: the hidden gap in art. 281 Civil Procedure Code and the truth of the aphorism nanos gigantum humeris

-
- Paulo Marques**
1781-1822 Breves notas sobre a prestação de garantia idónea no processo de execução fiscal
Brief notes on the provision of adequate surety in tax enforcement proceedings
-
- Pedro de Albuquerque**
1823-1876 A informação sensível a dar a administradores e membros do Conselho Geral e de Supervisão (em cenários de concorrência, efetiva ou potencial, na eventualidade de negação de autorização para o exercício de atividade concorrencial ou antes dessa autorização poder ser dada pelo órgão previsto)
The sensitive information to be given to directors and members of the General and Supervisory Board (in actual or potential competition scenarios, in the event of denial of authorisation to engage in competitive activity or before such authorisation can be given by the body envisaged)
-
- Pedro Romano Martinez**
1877-1911 Direito de preferência e autonomia privada (Da preferência sucessiva)
Pre-emption rights and private autonomy (Of the successive pre-emption rights)
-
- Renata Oliveira Almeida Menezes**
1913-1934 A proteção jurídica da memória do morto e a titularidade do interesse tutelado
The legal protection of the deceased memory and the ownership of the protected interest
-
- Ricardo Rodrigues de Oliveira**
1935-1968 A nova identidade digital europeia. Uma primeira abordagem
The new European digital identity. A first approach
-
- Rui Pinto**
1969-1991 A execução de condenações implícitas
The enforcement of implied condemnatory judgments
-
- Rui Soares Pereira | Daniela Rodrigues de Sousa**
1993-2029 Sobre o levantamento da personalidade coletiva no domínio penal
On piercing the corporate veil in the criminal realm
-
- Silvio Romero Beltrão**
2031-2045 O futuro dos direitos da personalidade: o valor da pessoa humana na sociedade
The future of personality rights: the value of human person in society
-
- Susana Antas Videira**
2047-2078 Remuneração Adicional do Agente de Execução – Uma Interpretação fundada [também] em elementos genéticos ou lógico-históricos
Additional Remuneration for Enforcement Agents – An Interpretation Based [also] on Genetic or Logical-Historical Elements

- **Teresa Quintela de Brito**
2079-2122 Actuação “em nome ou por conta” e no “interesse directo ou indirecto” do ente colectivo, responsabilização penal da sociedade-mãe e (ir)relevância penal dos programas de *Compliance*
Acting “on behalf or for the account of” and in the “direct or indirect interest” of the collective entity, criminal liability of the parent company and criminal (ir)relevance of compliance programs
- **Thomas Hoeren**
2123-2140 Morreu Oliveira Ascensão – uma profunda vénia a um espírito livre
Oliveira Ascensão has died: a deep bow to a free spirit
- **Tiago Henrique Sousa**
2141-2169 A aquisição tabular na compra e venda executiva
Acquisition a non domino an execution sale
- **Tong Io Cheng**
2171-2198 A exploração de terrenos vagos e a *Radix Omnium Malorum*: Reflexões (esparsas e cingidas ao essencial) sobre a Legitimidade da Propriedade Privada
Vacant Land Exploitation and the Radix Omnium Malorum: Reflections (sparse and limited to the essentials) on the Legitimacy of Private Property
- **Vítor Palmela Fidalgo**
2199-2242 A responsabilidade dos intermediários e a violação do direito de marca: *quo vadis?*
Intermediaries’ liability and trademark infringement: quo vadis?

TESTEMUNHOS ACADÉMICOS

- **Maria João Estorninho**
2245 Em memória do Professor Doutor Oliveira Ascensão
- **Paulo de Sousa Mendes**
2247-2248 Em memória do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão
- **Pedro Pais de Vasconcelos**
2249-2251 Testemunho de um discípulo do Professor Oliveira Ascensão

A Arbitragem de litígios sobre dados pessoais

Arbitration of personal data disputes

Filipe A. Henriques Rocha*

Resumo: As relações entre o RGPD e a arbitragem só recentemente têm sido alvo de discussão pela doutrina. O presente estudo foca-se em dois aspetos principais: (i) analisar a possibilidade de submeter à arbitragem um litígio sobre dados pessoais, na perspetiva da arbitrabilidade e da lei aplicável ao mérito da causa; (ii) dissecar sobre a viabilidade do recurso à arbitragem como meio de resolução de litígios sobre dados pessoais.

Palavras-chave: RGPD; arbitrabilidade; contraprestação; direito aplicável; vinculação.

Abstract: The relation between the GDPR and arbitration has only recently been subject of discussion. This study focuses on two main aspects: (i) analyze the possibility of submitting a dispute over personal data to arbitration, from the perspective of arbitrability and the law applicable to the merits; (ii) dissect on the feasibility of using arbitration as a means of resolving disputes over personal data.

Keywords: GDPR; arbitrability; consideration; applicable law; binding.

Sumário: §1. Introdução; §2. A arbitragem, os dados e o RGPD; 2.1. Os dados: entre proteção e comercialização; 2.1.1. Dados pessoais como contraprestação e equiparação a prestações monetárias?; 2.1.2. Breve nota sobre os processos movidos pela Geophysical Service Incorporated; 2.2. O RGPD e a arbitragem; 2.2.1. A atividade de tratamento de dados pessoais pelo tribunal arbitral. Breves considerações; 2.2.1.1. Os casos *Tennant Energy v. Canada* e *Elliott Associates v. Korea*, 2018; §3. As dimensões do âmbito de aplicação do RGPD, a sua metodologia e as especificidades da arbitragem; 3.1. O RGPD e as normas suscetíveis de aplicação necessária; 3.2. Os “níveis” de regulação do Direito aplicável no RGPD; §4. A vinculação dos árbitros ao RGPD como vinculação aos atos legislativos da EU; §5. A arbitrabilidade dos litígios sobre dados pessoais; 5.1. A arbitrabilidade objetiva dos litígios sobre dados pessoais e a relevância do critério da patrimonialidade; 5.2. Conteúdos arbitráveis e não arbitráveis dos direitos do titular de dados: superação de

* Assistente Convidado na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Advogado nas áreas de Bancário, Financeiro e Mercado de Capitais na PLMJ. O presente trabalho constitui, em parte, o Relatório apresentado à disciplina de Direito Civil, do Mestrado Científico em Direito Civil na FDUL, regência dos Senhores Professores Luís de Lima Pinheiro e Elsa Dias Oliveira, a quem muito se agradece pelas sugestões e críticas ao tema apresentado.

uma visão atomística?; §6. Áreas litigiosas em matéria de dados e a submissão à arbitragem; 6.1. Direito de indemnização e responsabilidade; 6.2. Litígios entre responsáveis e subcontratantes; 6.3. As disputas sobre a portabilidade de dados; 6.4. Arbitragem de litígios de dados nos serviços de intermediação em linha?; §7. O direito aplicável ao mérito da causa no litígio sobre dados pessoais; §8. Conclusões: *quo vadis* para a arbitragem de litígios sobre dados pessoais?*

§1. Introdução

I. O presente estudo tem como objetivo analisar a possibilidade de um litígio sobre dados pessoais ser submetido à arbitragem. A questão para a qual se procurará uma resposta pode enunciar-se nos seguintes termos: os litígios que tipicamente surgem no quadro do Direito da Proteção de Dados podem ser resolvidos através de arbitragem? Supondo que entre determinados sujeitos foi celebrada uma convenção de arbitragem, que disputas sobre dados pessoais lhe podem ser submetidas?

Poder-se-ia pensar que a questão se coloca apenas no plano da arbitrabilidade do litígio. Contudo, surgiria a pergunta: a qual litígio nos reportamos, entre

** Abreviaturas utilizadas: ADR – Alternative Dispute Resolution; AI – Arbitration International; ARIA – American Review of International Arbitration; BB – Betriebs Berater; CC – Código Civil; CCI/ICC – Câmara de Comércio Internacional/ International Chamber of Commerce; CDFUE – Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia; CNPD – Comissão Nacional de Proteção de Dados; CPA – Corte Permanente de Arbitragem; CR – Computer und Recht; CR – Concorrência e Regulação; CRP – Constituição da República Portuguesa; DIP – Direito Internacional Privado; DUD – Datenschutz und Datensicherheit; EDPL – European Data Protection Law Review; FDUL – Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa; FIFRA – Federal Insecticide, Fungicide, and Rodenticide Act; FILJ – Fordham International Law Journal; GSI – Geophysical Service Incorporated; IDPL – International Data Privacy Law; JIA – Journal of International Arbitration; LAV – Lei n.º 63/2011, de 14 de Dezembro; LCCG – Lei das Cláusulas Contratuais Gerais; Lei Suíça de DIP – Schweizerische Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (IPRG); NAFTA – North American Free Trade Agreement; NVwZ – Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht; RabelsZ – Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht; RDIPP – Rivista di diritto internazionale privato e processuale; RED I – Revista Española de Derecho Internacional; RFDUL – Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa; RGPD – Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016; ROA – Revista da Ordem dos Advogados; SchiedsVZ – Zeitschrift für Schiedsverfahren; SJZ – Schweizerische Juristen-Zeitung; SSRN – Social Science Research Network; TDM – Transnational Dispute Management; WIPO – World Intellectual Property Organization; ZPO – Zivilprozessordnung; ZVglRWiss – Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft.

As disposições legais, quando não acompanhadas de fonte, correspondem ao RGPD.

responsável pelo tratamento e subcontratante, ou entre estes, individualmente considerados, e os titulares de dados? E, a admitir-se tal cenário, que “dimensões” dos dados pessoais seriam arbitráveis: apenas as pretensões indenizatórias advinentes da responsabilidade civil, ou também outras formas de tutela? Cedo nos foi ocupando a ideia de que, além das típicas pretensões indenizatórias, existiriam outras áreas litigiosas em matéria de dados pessoais, não só opondo titulares de dados e responsáveis pelo tratamento, mas também estes e subcontratantes.

Numa primeira investigação percebemos que o problema da arbitragem de litígios sobre dados pessoais não pode ser analisado individualmente, com recurso à mera exposição de zonas problemáticas: deverá sê-lo, ao invés, de forma holística, através da ponderação dos vetores que aproximam ou afastam as duas realidades. Além do problema da arbitrabilidade do litígio, considerando que o nosso estudo apenas se focará no litígio sobre dados pessoais¹, abordaremos as questões em torno da determinação da lei aplicável ao litígio, bem como da sujeição dos árbitros ao RGPD. Tal pressupôs que fizéssemos uma incursão pelo âmbito de aplicação no espaço do RGPD, assim como pelos seus “níveis de regulação”.

II. O tema, pela sua abrangência e novidade, exigiu uma delimitação rigorosa do seu objeto de estudo. Pressupôs ainda a dissecação de zonas de confluência: afinal, as relações entre o RGPD e a arbitragem dariam lugar a uma monografia, pelo que nos coube a humildade de deixar de parte o tratamento de certas questões – algumas extensíveis ao objeto de estudo². Por outro lado, optámos por excluir alguns tópicos da nossa análise, com vista a não nos distanciarmos do objeto de estudo³. Com especial relevância, não discutiremos, com a profundidade que um estudo dessa natureza exigiria, o tratamento de dados pessoais das partes pelos árbitros e demais membros do tribunal arbitral. A análise deste tópico será importante apenas para compreendermos que os árbitros podem encontrar-se vinculados a aplicar o RGPD.

¹ Para o efeito, apenas nos focaremos nos dados pessoais, sem prejuízo do adequado enquadramento destas questões quanto a dados não pessoais.

² Não iremos abordar os problemas que se suscitam quanto ao reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras que tenham posto termo ao litígio de dados pessoais, nem à questão relacionada com a anulação da sentença arbitral por violação da ordem pública internacional.

³ Não iremos tecer considerações genéricas sobre a efetividade do RGPD como instrumento de proteção de dados pessoais, sobre a arbitragem como meio preferencial de resolução de litígios ou relativamente aos limites colocados pelo Direito Internacional Público ao RGPD ou à arbitragem. Também não trataremos de todos os problemas suscitados pelo direito de conflitos do RGPD. Devido ao cruzamento de várias matérias no nosso estudo, pretendemos ser objetivos, direcionando o problema e apontando soluções.

Como a enunciação dos problemas deixam antever, foi particularmente desafiante a pesquisa de bibliografia para a elaboração do presente estudo, na medida em que não se trata de um tema que tenha merecido tratamento sistemático⁴. Quanto ao “como fazer”, resta-nos a revelação de que o presente estudo surgiu como prolongamento de um tema adjacente que pretendíamos tratar; cedo percebemos que o interesse se deslocou para o que nestas linhas se deixa escrito.

§2. A arbitragem, os dados e o RGPD

2.1. Os dados: entre proteção e comercialização

I. É comum designar os dados como “o óleo do século XXI”⁵. Essa designação ganha especial atualidade quanto aos dados não pessoais, considerando a sua elevada comercialização num mercado cada vez mais ditado pela dinâmica contratual⁶. A natureza dos dados é definida pelo próprio RGPD: são pessoais as “informações relativas a uma pessoa singular identificada ou identificável” (art. 4.º/1) e não pessoais as informações descritas no considerando 26. Neste contexto, existe uma separação tendencial entre a proteção concedida aos dados pessoais e a comercialização

⁴ Sem prejuízo de outras referências, é pela pena de JACQUES DE WERRA, *Using Arbitration and ADR for Disputes about Personal and Non-Personal Data: What Lessons from Recent Developments in Europe?*, ARIA 30 (2019) 2, pp. 195-217, que uma das questões centrais do nosso estudo, a arbitrabilidade do litígio sobre dados pessoais, foi primeiramente equacionada. A questão foi depois debatida num *Webinar*, organizado pelo Autor, enquanto membro do Digital Law Center e do WIPO, no dia 23 de novembro de 2021, intitulado “Arbitrating Data-related Disputes: New Trends and Perspectives”. Encontra-se também disponível uma página *web* que estabelece meios alternativos de resolução de litígios para disputas sobre dados pessoais: <https://dataarbitration.co.uk/>. Curiosamente, o Autor refere, *Ibidem*, p. 196, que a utilização da arbitragem para resolução de disputas sobre dados não é algo novo, encontrando referências na FIFRA Act (US Federal Insecticide, Fungicide and Rodenticide Act), de 1982. A American Arbitration Association (AAA) do International Center for Dispute Resolution (ICDR) também possuía, ao abrigo do US Privacy Shield, um sistema de arbitragem para resolução de disputas: veja-se o U.S. Department of Commerce, E.U-U.S. Privacy Shield Framework Principles, C. Pre-Arbitration Requirements (2016), disponível em <https://www.privacyshield.gov/article?id=C-Pre-Arbitration-Requirements>.

⁵ MARIAN THON, *Transnationaler Datenschutz: Das Internationale Datenprivatrecht der DS-GVO*, RabelsZ 84 (2020) 1, p. 25.

⁶ HENRIQUE SOUSA ANTUNES, *Os dados: entre a proteção e a comercialização*, in Católica Talks, 2020, 2, pp. 44-45. Num sentido mais geral, podemos utilizar a expressão de JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *O direito de autor no ciberespaço*, Revista da Escola da Magistratura do Rio de Janeiro 2 (1999) 7, p. 64 ao referir que “a informação torna-se objeto do comércio privado e tem o destino de toda a mercadoria”; ou seja, os dados não pessoais acabam por ser comercializados, hoje, como de mercadorias se tratassem.

quanto aos não pessoais⁷. Contudo, tem-se trazido a público o debate sobre o alcance patrimonial dos dados pessoais para o titular, por influência da economia digital quanto ao crescimento de dados gerados por máquinas ou através de processos baseados em tecnologias emergentes, o que permite a disseminação da utilização de aparelhos inteligentes pelos consumidores, evidenciando a natureza *equivoca* dos dados pessoais⁸. A existência de um direito patrimonial do titular sobre os dados abre o espaço à discussão sobre a necessidade de regulamentação do seu valor económico e dos efeitos advenientes da sua partilha^{9/10}. O reconhecimento

⁷ HENRIQUE ANTUNES, *Os dados*, cit., p. 44. Repare-se que a dimensão *protecionista* dos dados pessoais advém da “intromissão na vida privada de cada um ser uma das grandes ameaças da sociedade contemporânea”: JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil. Teoria Geral* – Vol. I, 2ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2000, p. 106. Na verdade, o advento da tecnologia “trouxe grandes possibilidades de intromissão na vida privada”: JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Sociedade da Informação e Mundo Globalizado*, Vol. I, Coimbra Editora, 1999, p. 178. O Autor sublinha ainda que “as restrições no acesso e tratamento de dados devem ser limitadas ao mínimo, para não se criarem diminuições desnecessárias do espaço de liberdade; e para que não surjam entidades que têm o monopólio de conhecimento e tratamento de dados, que subordinem totalmente quem os desconheça”: OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil. Teoria Geral*, I, cit., p. 108.

⁸ JOSEF DREXL, *Legal Challenges of the Changing Role of Personal and Non-Personal Data in the Data Economy*, in *Digital Revolution: Data Protection, Smart Products, Blockchain Technology and Bitcoins Challenges for Law in Practice*, München, Beck, 2019, pp. 19-20; HENRIQUE ANTUNES, *Os dados*, cit., p. 44-45, assumindo que essa natureza é impulsionada pela partilha abundante de dados em razão de iniciativas autónomas dos interessados.

⁹ HENRIQUE ANTUNES, *Os dados*, cit., p. 44.

¹⁰ HENRIQUE ANTUNES, *Os dados*, cit., p. 53. Refere o Autor, *Ibidem*, pp. 56 e ss, que esse reconhecimento permite o aproveitamento do valor comercial dos dados, admitindo que o consentimento dado pelo titular (Art. 6.º/1 (a) RGPD) insere o titular de dados numa relação obrigacional com o responsável pelo tratamento. O Autor considera ainda que o valor económico dos dados pessoais pode extrair-se do considerando 24 e do art. 3.º/1 da Diretiva (UE) 2019/770, de 20 de maio de 2019. Os dados pessoais são hoje “uma *commodity*, como bens que podem ser transacionados com valor económico”: MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *Proteção e comercialização de dados: comentário às reflexões de Henrique Sousa Antunes sobre o tema*, in *Católica Talks*, 2020, 2, pp. 69, 88; MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *Negócios onerosos e gratuitos: uma reflexão a propósito de novos fenómenos de gratuitidade*, *Revista de Direito Comercial*, 2020, p. 1843; LEON TRAKMAN/ ROBERT WALTERS/ BRUNO ZELLER, *Is International Arbitration Prudent when Dealing with Personal Data Challenges?*, *TDM* 17 (2020) 2, pp. 1-2. Refere ainda a Autora, *Ibidem*, p. 68, que “mesmo que a Comissão Europeia não pretenda atribuir um cunho de patrimonialidade aos dados pessoais, é inegável o valor económico que lhes anda associado”. No direito alemão, assinalando a “visão económica” (*ökonomische Betrachtung*) dos dados pessoais e questionando a sua viabilidade: UDO KORNMEIER/ ANNE BARANOWSKI, *Das Eigentum an Daten – Zugang statt Zuordnung*, *BB* 22 (2019), pp. 1218-1225; ANNE RIECHERT, *Dateneigentum – ein unauflösbarer Interessenkonflikt?*, *DuD* 6 (2019), pp. 357-358; FLORENT THOUVENIN, *Wem gehören meine Daten? Zu Sinn und Nutzen einer Erweiterung des Eigentumsbegriffs*, *SJZ* 113 (2017), pp. 27-28; NIKO HÄRTING, *„Dateneigentum“ – Schutz durch*

desse valor não nos permite extrapolar, sem mais, a existência de um direito de propriedade sobre os dados¹¹, ou a possibilidade de, através do consentimento, cedê-los enquanto direitos de exploração¹².

Fruto da contribuição duradoura dos utilizadores da internet, cedo se percebe que o usuário de conteúdos digitais é um agente económico, prestando muitas das vezes um serviço que gera riqueza e não raras vezes permite fenómenos de produção autónoma de dados, como a coeração¹³.

II. O que acabámos de expor deverá servir como pressuposto de análise para o nosso trabalho. Queremos com isto dizer que o reconhecimento de valor económico aos dados pessoais, associada a uma dimensão patrimonial da sua exploração pelo titular, sendo um gatilho para a regulação contratual e legislativa destas questões, intensifica os possíveis litígios que desse aproveitamento possam surgir.

2.1.1. Dados pessoais como contraprestação e equiparação a prestações monetárias?

Perante o referido, importa compreender se os dados pessoais podem ser objeto de troca ou fornecimento, e se, por sua vez, podem surgir como contrapartida por um determinado serviço – algo que, a confirmar-se, intensificaria a sua dimensão económica e transaccional. A conclusão a que aqui chegarmos é especialmente relevante para compreender se é possível extrair uma dimensão patrimonial ou económica dos dados pessoais para efeitos do critério de patrimonialidade do litígio, relativamente à análise da sua arbitrabilidade.

Em maio de 2019 foi publicada a Diretiva (UE) 2019/770 (“DCSD”), passando a estar submetidos à sua aplicação, nomeadamente, os contratos pelos quais um profissional fornece conteúdos ou serviços digitais e, em contrapartida, o consumidor cede os seus dados pessoais (“contratos de fornecimento de conteúdos e serviços

Immaterialgüterrecht?, CR 10 (2016), p. 648, fazendo menção ao direito à portabilidade como manifestação da dimensão económica dos dados.

¹¹ Por todos, na doutrina nacional, considerando o conceito de propriedade como não acomodável aos dados pessoais: HENRIQUE ANTUNES, *Os dados*, cit., p. 63; MAFALDA BARBOSA, *Protecção*, cit., pp. 74-75. Encontra-se fora do nosso objeto de estudo um desenvolvimento aprofundado deste tema.

¹² MARTIN SCHMIDT-KESSEL, *Consent for the Processing of Personal Data and its Relationships to Contract*, in *Digital Revolution – New Challenges for Law*, C.H. Beck, 2019, p. 80.

¹³ HENRIQUE ANTUNES, *Os dados*, cit., pp. 63-64. Considera o Autor que estes tipos de fenómenos fazem com que tais dados coerados sejam bens transaccionáveis, muitas vezes através da posterior pseudonimização dos dados recebidos.

digitais”¹⁴. Quanto a este ponto surge a questão de saber se os dados pessoais (nestes contratos) são fornecidos como contraprestação¹⁵.

A Proposta da Diretiva fazia expressa menção a esta possibilidade, não obstante referir que uma utilização dos dados pessoais como contraprestação interferia com o art. 8.º/2 da CDFUE e com os princípios de proteção de dados, tal como estabelecidos no RGPD¹⁶. No nosso entender, este argumento não se coaduna com o facto de os direitos de personalidade, não obstante serem constitucionalmente protegidos (art. 26.º CRP), poderem ser alvo de limitações voluntárias (art. 81.º CC), cumprindo sublinhar que o que está em acusa não é a cedência de dados através do seu fornecimento, mas uma limitação voluntária do direito de personalidade do consumidor-titular, o que, por sua vez, permite a terceiros aceder à reserva da sua vida privada¹⁷. Esta hipótese de comercialização de dados também não implica uma renúncia aos direitos conferidos pelo RGPD. A DCSD estabelece que o RGPD é aplicável a todos os dados pessoais recolhidos e tratados no âmbito dos

¹⁴ A Diretiva não tem uma definição específica de dados pessoais, apenas uma remissão para o art. 4.º do RGPD. Como tal, é-nos apresentada uma definição muito ampla, o que torna provável que a maioria dos dados fornecidos por um consumidor a um fornecedor de conteúdos ou serviços digitais sejam considerados como dados pessoais: MARIA DE ALMEIDA NEVES, *Directive on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content and digital services & the EU data protection legal framework: are worlds colliding?*, UNIO – EU Law Journal 5 (2019) 2, p. 36.

¹⁵ MATILDE LOPES BETTENCOURT, *A Proteção do Consumidor em Contratos Digitais: Análise dos Contratos Celebrados com Dados Pessoais como Contraprestação*, Anuário do NOVA Consumer Lab 3 (2021), p. 392.

¹⁶ Conforme o art. 3.º, “(...) qualquer contrato em que o fornecedor fornece ao consumidor conteúdos digitais ou se compromete a fazê-lo e, em contrapartida, é pago um preço ou o consumidor fornece ativamente outra contrapartida que não dinheiro, sob a forma de dados pessoais ou quaisquer outros dados”. A Autoridade Europeia para a Proteção de Dados (AEPD) emitiu um parecer (European Data Protection Supervisor, Opinion 4/2017 on the Proposal for a Directive on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content, 2017) no sentido de se mostrar favorável à intenção do legislador em regular os conteúdos e serviços digitais que são geralmente apresentados aos consumidores como “gratuitos” apenas por não terem de pagar um valor monetário, quando, na verdade, lhes é solicitado que forneçam dados pessoais. No parecer é referido que os dados pessoais não são comparáveis à estipulação de um preço, uma vez que estão relacionados com o direito fundamental à proteção de dados pessoais (art. 8.º da CDFUE). Além disso, adianta, existem diferenças estruturais entre pagar um preço com dinheiro e fornecer dados como contraprestação: “enquanto o consumidor estiver consciente do que está a dar quando paga com dinheiro, o mesmo não se pode dizer dos dados. Os termos contratuais padrão e as políticas de privacidade não facilitam ao consumidor a compreensão do que é feito precisamente com os dados recolhidos a seu respeito” (tradução livre).

¹⁷ MATILDE BETTENCOURT, *A Proteção do Consumidor*, cit., pp. 404-405; MAFALDA BARBOSA, *Negócios onerosos*, cit., p. 1843.

contratos objeto da Diretiva. Contudo, em caso de conflito com a DCSD, o RGPD prevalecerá (art. 3.º/8 e Considerandos 37 e 39), razão pela qual mesmo celebrando um contrato em que os dados pessoais funcionem como contraprestação, o consumidor mantém os direitos previstos no RGPD¹⁸. A ideia de contraprestação não implica uma perda patrimonial, como funciona com a prestação pecuniária correspondente (preço) nos contratos ditos tradicionais. Ao invés, existe na esfera do consumidor uma limitação à sua privacidade, enquanto à contraparte (o profissional) é atribuído um ganho patrimonial que se materializou no fornecimento dos dados¹⁹. O sinalagma contractual existente estabelece-se entre os dados pessoais fornecidos pelo consumidor e o conteúdo ou serviço digital²⁰.

O Decreto-Lei n.º 84/2021, de 18 de outubro veio transpor a DCSD. No Projeto de Decreto-Lei a CNPD emitiu o Parecer 100/2021, referindo que o legislador não pretende incentivar a prática baseada na monetização dos dados pessoais, mas apenas garantir aos consumidores os mesmos direitos que teriam caso o conteúdo ou serviço digital fosse fornecido em contrapartida de um preço pago. Trata-se de um parecer que, salvo melhor opinião, assume um pendor conservador e algo paternalista. Em qualquer caso, como vimos, a DCSD – e, por extensão, o disposto no Decreto-lei n.º 84/2021 – não pode alterar o equilíbrio pretendido pelo RGPD, pelo que o conceito de “contraprestação” não se assume como inapropriado²¹.

2.1.2. Breve nota sobre os processos movidos pela Geophysical Service Incorporated

Como antevimos, os dados não pessoais possuem uma dimensão transacionável inequívoca. Um dos dados não pessoais mais lucrativos e com maior nível de regulação contratual são os designados dados sísmicos marinhos, usados para

¹⁸ MATILDE BETTENCOURT, *A Proteção do Consumidor*, cit., p. 406. Refere ainda a Autora que é o facto de o direito do consumidor poder retirar o consentimento unilateralmente (art. 7.º/3), que se encontra um paralelo com o art. 81.º/2 do CC, no que diz respeito à possibilidade do direito de personalidade poder ser revogado, *Ibidem*, p. 407; MARIANA NARCISO, *Dados Pessoais como Contraprestação em Contratos de Consumo – Breve Reflexão*, Anuário do NOVA Consumer Lab 1 (2019), p. 146. Referindo que a prevalência do RGPD sobre a DCSD é uma indicação clara da particularidade dos dados pessoais como contraprestação, uma vez que as empresas que fornecem este tipo de conteúdo ou serviços em troca de dados pessoais terão de agir em conformidade com os requisitos legais de proteção de dados: MARIA NEVES, *Directive on certain aspects*, cit., p. 37.

¹⁹ MATILDE BETTENCOURT, *A Proteção do Consumidor*, cit., p. 430; MARIANA NARCISO, *Dados Pessoais*, cit., pp. 140-142.

²⁰ MATILDE BETTENCOURT, *A Proteção do Consumidor*, cit., p. 441.

²¹ MARIA NEVES, *Directive on certain aspects*, cit., p. 37.

exploração de *Oil & Gas*. Constam diversos processos arbitrais, ao abrigo do sistema de resolução de conflitos consagrado no acordo NAFTA, em que a GSI peticiona indenizações, algumas recorde ao abrigo do acordo NAFTA, na ordem dos USD\$2,500,000,000, pela violação de normas contratuais relativas à cedência, proteção e sigilo dos dados sísmicos, bem como de normas legais ao abrigo de tratados e convenções internacionais²². À semelhança deste caso, existem vários processos arbitrais findos e alguns pendentes²³.

Esta breve referência aos processos da GSI demonstra que o recurso à arbitragem tem sido utilizado como um meio de resolução de litígios sobre dados não pessoais. Como veremos, esta relevância prática não é lhes é exclusiva.

2.2. O RGPD e a arbitragem

O Direito da Proteção de Dados não passou despercebido a nenhuma área jurídica. A arbitragem não é exceção²⁴. Os Centros de Arbitragem têm cada vez

²² Geophysical Service Incorporated v. Government of Canada – NAFTA, 3 abril 2019.

²³ Theodore David Einarsson, Harold Paul Einarsson and Russell John Einarsson, Geophysical Service Incorporated v. Government of Canada, ICSID Caso No. UNCT/20/6, 18 abril 2019; Geophysical Service Incorporated v EnCana Corporation, 2017 ABCA 125 (CanLII). Veja-se ainda o caso Geophysical Service Incorporated v. Total SA and Total E&P Canada Ltd, Court of Queen's Bench of Alberta, 2020. Os casos estão disponíveis em www.jusmundi.com e www.transnational-dispute-management.com. Por todos, sobre o tema: TARA PERAMATUKORN, *Potential Expropriation Claims Against Data Sharing Requirements*, NYU Journal of International Law & Politics 54 (2021) 1, pp. 249-260.

²⁴ ANJA CERVENKA/ MAG SCHWARZ, *Datenschutz im Schiedsverfahren – die Rolle des Schiedsgerichts*, SchiedsVZ 78 (2020), p. 78; FRITZ/PRANTL/LEINWATHER/HOFER, *Datenschutz in internationalen Schiedsverfahren – Ein Überblick*, SchiedsVZ (2019) 6, p. 302. Como veremos melhor *infra*, referindo que, apesar do RGPD não fazer menção à arbitragem, existe uma aproximação desta em relação à expressão “processo extrajudicial” (considerando 52), também utilizado na versão inglesa “out-of-court procedure” e francesa “procédure judiciaire, administrative ou extrajudiciaire”: MARKUS BURIANSKI/ BETTINA BRAUN, *DSGVO und internationale Schiedsverfahren – ein Jahr danach*, BB 74 (2019) 20, pp. 1097-1098. A doutrina tem assinalado a crescente importância da proteção de dados na arbitragem: ANJA CERVENKA/ MAG SCHWARZ, *Datenschutz*, cit., pp. 78-79; KATHLEEN PAISLEY, *It's All About the Data: The Impact of the EU General Data Protection Regulation on International Arbitration*, FILJ 41 (2018) 4, p. 912; GAURAV RAMANI, *One size doesn't fit all: the General Data Protection Regulation vis-à-vis international commercial arbitration*, AI 37 (2021) 3, pp. 614-615, 624-625; JIE HUANG/ DAN XIE, *Data Protection Law in Investment Arbitration: Applicable or not?*, AI 37 (2021) 1, pp. 168-169; STEPHAN WILSKE/ LARS MARKERT/ LAURA BRÄUNINGER, *Entwicklungen in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit im Jahr 2018 und Ausblick auf 2019*, SchiedsVZ (2019) 3, pp. 101, 119. Referindo que, em rigor, o RGPD não se aplica à arbitragem *tout court*, mas aos seus “participantes”, antes, durante e após a arbitragem: FRITZ/ PRANTL/LEINWATHER/ HOFER, *Data*

mais consciência da sua importância, surgindo termos e condições sobre a política de tratamento de dados. A mesma importância reconhece-a a comunidade arbitral, devido à elaboração de instrumentos normativos com o objetivo de regular o tratamento de dados pessoais²⁵. Em especial, a pandemia Covid-19 veio a intensificar a necessidade de proteção dos dados pessoais na arbitragem, devido ao maior recurso às designadas arbitragens em linha²⁶. Em regra, admite-se que o tribunal arbitral está obrigado a cumprir com a lei de proteção de dados que se considere aplicável (*v.g.*, o RGPD)²⁷. O que se discute, como se verá, é o *quid* dessa vinculação.

2.2.1. A atividade de tratamento de dados pessoais pelo tribunal arbitral. Breves considerações

Nos processos arbitrais os dados pessoais são transmitidos em grande escala²⁸. Considerando que o RGPD adota uma noção ampla de “tratamento” (art. 4.º/2)²⁹,

Protection and International Arbitration – an Overview, Austrian Yearbook on International Arbitration, 2021, C.H. Beck, pp. 197, 199.

²⁵ Alguns em versão “*draft*”, como é o caso do ICCA-IBA Roadmap to Data Protection in International Arbitration, ICCA Reports No. 7 (2020). Foram inclusivamente incluídos excertos de alguns destes instrumentos nos processos movidos pela GSI: ANJA CERVENKA/ MAG SCHWARZ, *Datenschutz*, cit., pp. 78-79. A CCI também emitiu uma Cláusula Padrão sobre Proteção de Dados para Ordem Procedimental (n.º1), em 2020. Em matéria de proteção de dados e confidencialidade, veja-se ainda o ICCA-NYC Bar-CPR Protocol on Cybersecurity in International Arbitration (2020) e o Cyber Security Guidelines by the IBA’s Presidential Task Force on Cyber Security (2018).

Em Portugal, a título meramente exemplificativo, o CNIACC (Centro Nacional de Informação e Arbitragem de Conflitos de Consumo) e o CAC (Centro de Arbitragem Comercial) possuem Políticas de Privacidade, apesar de não regularem, com pormenor, o tratamento de dados pelos árbitros. Também o DIS (Instituto Alemão de Arbitragem) elaborou FAQs sobre política de privacidade e de proteção de dados em processos arbitrais. O Instituto de Arbitragem da Câmara de Comércio de Estocolmo criou, em 2018, uma plataforma digital mais segura para administração dos processos arbitrais (SCC Platform).

²⁶ CATARINA SALGADO, *Breves notas sobre a arbitragem em linha*, RFDUL 61 (2020) 2, pp. 194-195. Com relação paralela, veja-se a Nota de Medidas de Mitigação dos Efeitos do COVID-19 da Corte da CCI (09 abril, 2020).

²⁷ ANJA CERVENKA/ MAG SCHWARZ, *Datenschutz*, cit., pp. 78-79.

²⁸ ANJA CERVENKA/ MAG SCHWARZ, *Datenschutz*, cit., pp. 78-79. Os dados são transmitidos através dos mais variados articulados, documentos, relatórios e declarações, sendo aplicável à arbitragem, se for o caso, o disposto nos arts. 44.º e ss em matéria de transferências de dados pessoais para países terceiros ou organizações internacionais, o que pode impactar, em parte, a escolha do local da sede da arbitragem e dos árbitros: MARKUS BURIANSKI/ BETTINA BRAUN, *DSGVO*, cit. pp. 1098-1099.

²⁹ Ac. do TJUE, processo C-210/16, Unabhängiges Landeszentrum für Datenschutz Schleswig-Holstein v. Wirtschaftsakademie Schleswig-Holstein GmbH, de 5 de junho 2018, para. 51 e ss.

qualquer operação efetuada, pelo tribunal arbitral, sobre dados pessoais, deve cumprir com os parâmetros do RGPD. Perante a arbitragem, em alguns casos, a base de licitude desse tratamento pode advir do consentimento (art. 6.º/1 (a)), sem prejuízo de ser mais típico o recurso à necessidade para a execução de um contrato (*Schiedsrichtervertrag*), conforme o Art. 6.º/1 (b), ou à necessidade para os fins dos interesses legítimos prosseguidos pelo responsável ou por terceiro (f)³⁰. Apesar de o tribunal possuir um papel importante no cumprimento da lei de proteção de dados³¹, os Estados-Membros podem minimizar as obrigações a seu cargo – conforme arts. 23.º/1 (f) e (j)³². Por outro lado, este está também sujeito a certas exigências de segurança no tratamento de dados (art. 32.º)³³, bem como ao cumprimento dos princípios relativos ao seu tratamento (art. 5.º)³⁴. Enquanto responsável pelo tratamento ou subcontratante, sobre as partes envolvidas existem uma série de obrigações³⁵.

O tratamento de dados ocorrerá, em regra, com recurso ao regime da responsabilidade conjunta pelo tratamento (art. 26.º), de forma a abranger as partes, o

³⁰ ANJA CERVENKA/ MAG SCHWARZ, *Datenschutz*, cit., pp. 81-82; KAUMANN/BRAUN, in Ehmann/Selmayr, *Datenschutz-Grundverordnung: DS-GVO*, 2ª ed., C.H. BECK, 2018, Art. 21, Rn. 29; MARTINI, in Paal/Pauly, *Datenschutz-Grundverordnung Bundesdatenschutzgesetz: DS-GVO BDSG*, 2ª ed., C.H. BECK, 2018, Art. 21, Rn. 44 e ss. Os Autores referidos consideram ainda aplicável à arbitragem o art. 21.º. Ainda neste sentido: FRITZ, et al, *Data Protection*, cit., p. 200, 208; MARKUS BURIANSKI/ BETTINA BRAUN, *DSGVO*, cit. pp. 1099-1100.

³¹ ANJA CERVENKA/ MAG SCHWARZ, *Datenschutz*, cit., p. 82, p. 85. Admitem também os Autores a aplicação do art. 14.º ao tribunal arbitral, questionando, em pormenor, a aplicação do seu n.º 5.

³² Assim considerando, no entanto, que nenhum Estado-membro fez uso dessa possibilidade nos processos arbitrais, apesar da Lei de Execução alemã do RGPD (BDSG), nomeadamente §29, 32 e 33, ser aplicável à arbitragem, como menciona ANJA CERVENKA/ MAG SCHWARZ, *Datenschutz*, cit., p. 82. Também fazendo menção a esta possibilidade: GAURAV RAMANI, *One size*, cit., pp. 623-624.

³³ ANJA CERVENKA/ MAG SCHWARZ, *Datenschutz*, cit., pp. 82-83.

³⁴ Dando ênfase ao princípio da minimização dos dados (al. c), relativamente ao tratamento da prova produzida em arbitragem e à inclusão de dados pessoais na sentença ou em despachos do tribunal: ANJA CERVENKA/ MAG SCHWARZ, *Datenschutz*, cit., pp. 83-84. Consideram ainda os Autores, no seguimento do defendido por MARKUS BURIANSKI/ BETTINA BRAUN, *DSGVO*, cit., p. 1100, que o princípio da minimização dos dados deve ser analisado em conformidade com as Regras de Praga sobre a Condução da Obtenção de Provas em Arbitragem Internacional, em especial quanto a prova documental (art. 4.º).

³⁵ Como a existência de registos das atividades de tratamento (art. 30.º), de notificação de uma violação de dados pessoais à autoridade de controlo (art. 33.º), bem como a realização de avaliação de impacto sobre a proteção de dados (art. 35.º). Deve ainda mencionar-se que o titular pode exercer sobre o tribunal arbitral (enquanto responsável pelo tratamento) todos os direitos consagrados no RGPD: ANJA CERVENKA/ MAG SCHWARZ, *Datenschutz*, cit., pp. 84-85; DAVID ROSENTHAL, *Complying with the General Data Protection Regulation (GDPR) in International Arbitration – Practical Guidance*, ASA Bulletin 37 (2019) 4, pp. 829 e ss.

tribunal, os árbitros e demais intervenientes³⁶. Os contornos dessa vinculação, varia consoante o caso concreto³⁷. De forma a regular esta e outras obrigações, recomenda-se a elaboração de um protocolo que abranja as matérias relacionadas com o tratamento dos dados pessoais (*Datenschutz-Protokoll*)³⁸.

2.2.1.1 Os casos *Tennant Energy v Canada* e *Elliott Associates v Korea*, 2018

Nos termos do art. 2.º/1 (âmbito material), o RGPD aplica-se ao tratamento de dados pessoais, excluindo, no n.º 2, certos tipos de tratamento, como o efetuado no exercício de atividades não sujeitas à aplicação do direito da União – al. a). Esta exclusão, tal como alguma doutrina evidencia, não é relevante para o tratamento de dados pessoais na arbitragem comercial³⁹.

Em 2017, *Tennant Energy LLC* iniciou processo arbitral contra o Governo do Canadá, ao abrigo do Cap. XI do NAFTA. O Tribunal tinha a sua sede na Corte Permanente de Arbitragem. A *Tennant Energy LLC* alegou que o RGPD deveria ser aplicado, porquanto um dos árbitros tinha sua sede no Reino Unido. Por sua vez, segundo o Governo do Canadá, o RGPD não seria aplicável, já que nem a UE nem as partes faziam parte do NAFTA. O Tribunal aderiu à posição do Governo do Canadá, afastando a aplicação do âmbito material o RGPD⁴⁰. Alguma doutrina tem considerado que o tribunal baseou a sua decisão numa interpretação errada do art. 2.º/2, al. a), na medida em que este preceito visa unicamente impedir que a competência legislativa da UE se prolongue para além do escopo do RGPD⁴¹. No

³⁶ DAVID ROSENTHAL, *Complying*, cit., p. 828. Considerando que os árbitros são obviamente responsáveis pelo tratamento de dados, dependendo, quanto aos restantes membros do tribunal arbitral, do tipo de obrigações assumidas: FRITZ, et al, *Data Protection*, cit., pp. 210-211.

³⁷ DAVID ROSENTHAL, *Complying*, cit., p. 830 e ss.

³⁸ ANJA CERVENKA/ MAG SCHWARZ, *Datenschutz*, cit., p. 85; MARKUS BURIANSKI/ BETTINA BRAUN, *DSGVO*, cit. pp. 1099-1100. Em rigor, este protocolo pode regular a responsabilidade pelo tratamento, a lei aplicável à proteção de dados, a existência de transferência de dados para países terceiros ou a forma como são assegurados os direitos aos titulares: MARKUS BURIANSKI/ BETTINA BRAUN, *DSGVO*, cit. pp. 1099-1100; KATHLEEN PAISLEY, *It's All About*, cit., p. 911. Referindo que o protocolo pode determinar a lei aplicável a revelação/produção de documentos: MARKUS BURIANSKI/ BETTINA BRAUN, *DSGVO*, cit. pp. 1099-1100.

³⁹ MARTIN ZAHARIEV, *Mission (Im)Possible: Where GDPR Meets Commercial Arbitration*, Austrian Yearbook on International Arbitration, 2020, C.H. Beck, pp. 4-5; FRITZ, et al, *Data Protection*, cit., pp. 196-197.

⁴⁰ *Tennant Energy, LLC (U.S.A.) v. Government of Canada*, PCA, Proc. 2018-54; JIE HUANG/ DAN XIE, *Data*, cit., pp. 178-179.

⁴¹ FRITZ, et al, *Data Protection*, cit., p. 197. Deste modo, às atividades de tratamento levadas a cabo por responsáveis ou subcontratantes que residam na UE (ou Reino Unido) é aplicável o RGPD,

fundo, em causa está a aplicação do RGPD às arbitragens realizadas ao abrigo da NAFTA/tratados internacionais⁴².

A decisão tem também impacto no cumprimento do âmbito de aplicação territorial (art. 3.º), o qual determina a aplicação do RGPD ao tratamento de dados pessoais efetuado no contexto das atividades de um estabelecimento de um responsável pelo tratamento ou de um subcontratante situado no território da União, independentemente de o tratamento ocorrer dentro ou fora da União (n.º1), ou quando se verifiquem as situações previstas nas alíneas a), b) ou c) do n.º 2, não estando o responsável pelo tratamento ou subcontratante esteja estabelecido na União⁴³. É razoável assumir que se uma das partes tiver estabelecimento na UE, o RGPD será aplicável à arbitragem, apesar de esta não ter a sua sede na UE⁴⁴.

No caso *Elliott v. Korea*, arbitragem no âmbito do Korea Free Trade Agreement, tendo o tribunal a sua sede na PCA, a Coreia argumentou que de acordo com a Personal Information Protection Act (PIPA), as informações pessoais divulgadas na arbitragem deviam ser redigidas⁴⁵. Em causa estava a aplicação da PIPA a informações do domínio público. O tribunal considerou aplicável a PIPA, depois de ter sido discutido a aplicação do art. 11.21 (4) do US-Korea FTA, tendo tal resultado na não divulgação dos dados pessoais.

O caso *Elliott v. Korea* suscita duas questões: (i) se um tribunal arbitral deve considerar a questão da aplicabilidade de uma lei local de proteção de dados *sua sponta* – e, por consequência, se o mesmo pode decidir a sua não aplicação no caso

conforme Art. 3.º/1. Referindo que, apesar deste entendimento, o RGPD não se poderia aplicar a esta situação, na medida em que o RGPD não se aplica à PCA, por ser uma organização internacional (art. 4.º/26): GAURAV RAMANI, *One size*, cit., pp. 626-627.

⁴² Um exemplo próximo seria, por exemplo, a aplicação do RGPD às arbitragens realizadas ao abrigo da ECT (Energy Charter Treaty). Sobre esta possibilidade: JIE HUANG/ DAN XIE, *Data*, cit., pp. 183-184. A questão tem impacto no nosso ordenamento, considerando que Portugal é parte no tratado: LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Transnational arbitration In The Energy Sector*, in Estudos de Direito da Arbitragem, AAFDL, 2022, pp. 427-437.

⁴³ Este raciocínio transposto para a aplicação do art. 3.º à arbitragem redundaria na aplicação do RGPD: (a) a todas as arbitragens com sede na europa onde exista tratamento de dados, independentemente de as partes terem ou não sede na europa; (b) a todas as arbitragens com sede fora da europa, onde uma das partes tenha estabelecimento (conforme considerando 22 e art. 4.º/1). Nestes termos: GAURAV RAMANI, *One size*, cit., pp. 626-627. Sobre a aplicação do RGPD em virtude do mero armazenamento de dados na UE: GAURAV RAMANI, *One size*, cit., pp. 627-628.

⁴⁴ Assim, sustentando-se no Ac. TJUE, *Verein für Konsumenteninformation v Amazon EU Sarl*, C. 191/15, de 28 julho 2016, paragrafo 76, bem como na *Comité Europeu para a Proteção de Dados* (16 novembro 2018), conforme GAURAV RAMANI, *One size*, cit., pp. 626-627.

⁴⁵ *Elliott Associates L.P. v. Republic of Korea*, PCA, Proc. 2018-51.

concreto⁴⁶; (ii) se as partes podem escolher a lei de proteção de dados aplicável ao litígio (autonomia conflitual), ou se a sua aplicação é imperativa e determinada por certos elementos de conexão⁴⁷.

§3. As dimensões do âmbito de aplicação do RGPD, a sua metodologia e as especificidades da arbitragem

O RGPD veio estabelecer um regime europeu uniforme em matéria de determinação do Direito aplicável⁴⁸. A verdade é que tal determinação ocorre, nos termos do art. 3.º, por intermédio do âmbito de aplicação territorial e após determinação dos elementos de conexão relevantes. Esta construção do “Direito de Conflitos” no RGPD apenas se compreende à luz dos propósitos de uniformização por ele prosseguidos – os quais, contudo, não eliminaram os problemas de determinação do Direito aplicável⁴⁹, nem a necessidade de precisar o seu alcance pelas legislações nacionais⁵⁰. Por um lado, a questão surge relacionada com o facto

⁴⁶ JIE HUANG/ DAN XIE, *Data*, cit., pp. 174-175.

⁴⁷ Referindo que, na falta de escolha da lei aplicável, deve ser aplicada a lei local de proteção de dados: JIE HUANG/ DAN XIE, *Data*, cit., p. 173. Os Autores consideram, nos comentários que fazem aos casos referidos *supra*, que pode existir autonomia conflitual na escolha de lei. É duvidoso que assim seja, conforme se verá *infra*. Consideram ainda os Autores, *Idem*, pp. 174-175 que, no caso *Elliott v. Korea*, o ónus sobre a invocação da lei de proteção de dados aplicável ao litígio recai sobre a parte que requer proteção.

⁴⁸ LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Direito aplicável à proteção de dados pessoais na internet: alguns aspetos de direito internacional privado*, *Cyberlaw 7* (2019) 1, p. 17-18. Veio assim quebrar-se com o regime *dual* de remissão para os Estados-membros que resultava da Diretiva 95/46/CE: MARTINA MANTOVANI, *Horizontal Conflicts of Member States' GDPR-Complementing Laws: The Quest for a Viable Conflict-of-Laws Solution*, *RDIPP 55* (2019) 3, p. 535. Contrariamente à Diretiva, o RGPD é diretamente aplicável, o que, segundo alguns Autores, explica a inexistência de normas sobre a determinação do direito aplicável: CHRISTIAN KOHLER, *Conflict of law issues in the 2016 data protection regulation of the european union*, *RDIPP 52* (2016) 3, p. 657; BARRETO MENEZES CORDEIRO, *Direito da Proteção de Dados à luz do RGPD e da Lei n.º 58/2019*, Almedina, 2020, pp. 102-103.

⁴⁹ CHRISTIAN KOHLER, *Conflict*, cit., p. 671; MORITZ HENNEMANN, *Wettbewerb der Datenschutzrechtsordnungen? – Zur Rezeption der Datenschutz-Grundverordnung*, *RabelsZ 84* (2020) 4, p. 881.

⁵⁰ PEDRO MIGUEL ASENSIO, *Competência y Derecho aplicable en el Reglamento General sobre Protección de Datos de la Unión Europea*, *REDI 69* (2017) 1, p. 80-81; CHRISTIAN KOHLER, *Conflict*, cit., p. 653; MAJA BRKAN, *Data Protection and Conflict-of-laws: A Challenging Relationship*, *EDPL 2* (2016) 3, p. 336; WOLFGANG DÄUBLER, *Glaeserne Belegschaften? Datenschutz fuer Arbeiter, Angestellte und Beamte*, 7ª ed., Bund-Verlag GmbH, Frankfurt am Main, 2017, p. 326. Assinalando a complexidade e novidade das questões de DIP que o RGPD suscita: LUÍS PINHEIRO, *Direito aplicável*, cit., p. 18; JAN D. LÜTTRINGHAUS, *Das internationale Datenprivatrecht: Baustein des Wirtschaftskollisionsrechts des 21. Jahrhunderts – Das IPR der Haftung für Verstöße gegen die EU-Datenschutzgrundverordnung*,

de o RGPD regular pretensões e situações de direito público e de direito privado (“dupla funcionalidade”), de uma forma *ambivalente*⁵¹, onde os mecanismos de *enforcement* variam consoante a natureza da violação dos dados pessoais⁵². Refere-se também que o RGPD pretende regular simetricamente o Direito Internacional Público e Privado, impedindo a criação de conflitos na regulação de situações internacionais pelo Direito Internacional e potenciando o objetivo do RGPD de “regulação através de litigância” (*regulation through litigation*)⁵³.

Deve ainda observar-se que o art. 3.º tem uma “engenharia” própria: o objeto da qualificação não são os factos da vida, mas o próprio Direito material uniforme. Segundo este entendimento, o RGPD visa impedir a possibilidade de escolha de lei aplicável e as situações de *fórum shopping*⁵⁴.

ZVglRWiss 117 (2018), p. 51; MANUEL KLAR, *Die extraterritoriale Wirkung des neuen europäischen Datenschutzrechts*, DUD 41 (2017) 9, Springer, p. 533; MARIAN THON, *Transnationaler Datenschutz*, cit., pp. 25-26. Reportando-se à complexidade da determinação da lei aplicável em virtude da globalização e das novas tecnologias: ANABELA SUSANA GONÇALVES, *Application of the EU Directive on data protection*, Spanish yearbook of international law 19 (2015), p. 196.

⁵¹ MARIAN THON, *Transnationaler Datenschutz*, cit., pp. 50-51, referindo que o RGPD, pela sua ambivalência, é constituído por uma “cabeça de janus”. Reportando-se ao RGPD como estando numa “área cinzenta entre o público e o privado”: MAJA BRKAN, *Data Protection*, cit., p. 330. Crítico de uma “administrativização” do tratamento de dados pessoais, por não ser a solução desejável: JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Estudos sobre Direito da Internet e da Sociedade da Informação*, Coimbra, Almedina, 2001, p. 211.

⁵² JAN LÜTTRINGHAUS, *Das internationale Datenprivatrecht*, cit., pp. 50-51; MARIAN THON, *Transnationaler Datenschutz*, cit., p. 28 e ss, reporta-se à determinação do Direito aplicável como sendo uma “questão” transversal ao direito público e ao privado. A Autora refere, *Ibidem*, p. 32, que o preenchimento do âmbito de aplicação territorial do RGPD, enquanto questão de DIP com impacto no direito privado (excetuando os casos em que tal preenchimento opera por intermédio do Direito Internacional Público) tem como consequência indireta, nos termos do direito público, a atribuição de competências à autoridade de controlo, conforme art. 58.º. Referindo que o RGPD requer principalmente uma análise de DIP: LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Some Reflections on the Spatial Reach of Injunctions for Privacy and Personal Data Protection on the Internet*, in *Ius Vivum: Kunst – Internationales – Persönlichkeit*, Feitschrift für Haimo Schack zum 70. Geburtstag. Mohr Siebeck, 2022, p. 737. Pelas especificidades das situações jurídicas que o RGPD regula, impõe-se uma interpretação autónoma dos seus conceitos: JAN LÜTTRINGHAUS, *Das internationale Datenprivatrecht*, cit., p. 56 e ss; MARIAN THON, *Transnationaler Datenschutz*, cit., p. 42 e ss; CHRISTIAN KOHLER, *Conflict*, cit., p. 673, pp. 664-665 e ss.

⁵³ MARIAN THON, *Transnationaler Datenschutz*, cit., p. 50. Como refere a Autora, através de uma pretensão indemnizatória por violação de dados pessoais que pretenda resolver um litígio privado (art. 82.º) cumpre-se uma função de *compliance* com o RGPD, que pode dar origem à aplicação de mecanismos públicos de cariz sancionatório (*v.g.*, art. 83.º).

⁵⁴ MARIAN THON, *Transnationaler Datenschutz*, cit., pp. 49-50. Para alguns Autores isto significa que o âmbito de aplicação do RGPD (muito em virtude do princípio da extraterritorialidade) se

3.1. O RGPD e as normas suscetíveis de aplicação necessária

O art. 3.º, delimitando o âmbito de aplicação territorial do RGPD, corresponde a uma norma de conflitos unilateral *ad hoc* de carácter imperativo⁵⁵: unificando o RGPD matéria de proteção de dados, as suas normas são suscetíveis de aplicação necessária, culminando com o desvalor de invalidade qualquer obrigação livremente assumida pelas partes que contrarie ou derroge o RGPD⁵⁶. Trata-se de normas

impõe a países terceiros como Direito material uniforme, imunizando-o contra o DIP de terceiros estados: *Ibidem*, pp. 50-51.

⁵⁵ Sustentando o art. 3.º como norma de conflitos unilateral: MARTINA MANTOVANI, *Horizontal*, cit., pp. 536-537; JAN LÜTTRINGHAUS, *Das internationale Datenprivatrecht*, cit., pp. 50-60; MORITZ HENNEMANN, *Wettbewerb der Datenschutzrechtsordnungen?*, cit., p. 879; WOLFGANG DAUBLER, *Glaeserne Belegschaften?*, cit., p. 326; PEDRO ASENSIO, *Competência*, cit., p. 43. MARIAN THON, *Transnationaler Datenschutz*, cit., pp. 31 e ss, reportando-se à distinção entre “kollisionsrechtliche Funktion” e “sachrechtliche Funktion”, evidencia o cariz unilateral *ad hoc* do art. 3.º, apelando ao Direito uniforme. Sendo uma norma de conflitos unilateral *ad hoc*, a delimitação das situações da vida decorrem do domínio material de aplicação do RGPD. Sobre esta categoria de normas: LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional Privado*, I, 3ª ed. Refundida, Almedina, 2019, pp. 391-392; ANTÓNIO MARQUES DOS SANTOS, *As Normas de Aplicação Imediata no Direito Internacional Privado – Esboço de uma Teoria Geral*, II, Almedina, 1991, p. 828 e ss; ANTÓNIO MARQUES DOS SANTOS, *Direito Internacional Privado*, I, Lições, AAFDL, Lisboa, 2000, p. 253 e ss. Algumas visões, semelhantes a esta, pretendem justificar a efetividade do Direito material do RGPD, sustentando que o art. 3.º é uma norma de Direito Internacional Público. Em virtude de a aplicação do RGPD poder ocorrer por intermédio do Direito Internacional Privado e por intermédio do Direito Internacional Público, o art. 3.º tem sido associado a uma norma que integra a dimensão do Direito Comercial Internacional: JAN LÜTTRINGHAUS, *Das internationale Datenprivatrecht*, cit., pp. 65-66. Este Autor também se reporta, *Ibidem*, pp. 53-54, 72-73, ao art. 3.º como sendo uma “norma de conflitos autónoma” (“verordnungsautonome einseitige Kollisionsnorm”), que pode qualificar-se como de Direito Internacional Público, não desconsiderando o Autor a dimensão do Direito Internacional Privado. Neste sentido, o art. 3.º, pondo em jogo “interesses conflituais específicos”, seria uma norma de conflitos especial que limitaria o domínio de aplicação das normas de conflitos gerais: JAN LÜTTRINGHAUS, *Das internationale Datenprivatrecht*, cit., pp. 72-73. A tese deste Autor, no seguimento do referido, é baseada no carácter extraterritorial da aplicação do RGPD, bem como do facto de essa extraterritorialidade poder ser imposta como mecanismo de *compliance* com as regras do RGPD, quando ocorra, por exemplo, transferência de dados para país terceiro ou organização internacional (art. 44.º).

⁵⁶ A imperatividade das normas do RGPD tem sido sustentada pela qualificação dos dados pessoais como direito fundamental: ALEXANDRE SOUSA PINHEIRO, *Privacy e Protecção de Dados Pessoais: A Construção Dogmática do Direito à Identidade Informacional*, AAFDL, 2015, p. 432; ss; JAN LÜTTRINGHAUS, *Das internationale Datenprivatrecht*, cit., pp. 65-66; PEDRO ASENSIO, *Competência*, cit., p. 40. Não só estão em causa interesses públicos da União e dos Estados-Membros, como o propósito do RGPD está alinhado (i) com a tutela conferida aos dados pessoais, no âmbito da UE, e (ii) com o propósito de criar um regime de direito material uniforme: JAN LÜTTRINGHAUS, *Das internationale Datenprivatrecht*,

imperativas que prevalecem sobre outros instrumentos comunitários (*v.g.*, o Roma I) por força própria^{57/58}.

A lei de um Estado-terceiro escolhida para a regulação do contrato não poderá ser aplicada quando os pressupostos do RGPD se encontrem preenchidos, visto que este pretende, de forma estável e equilibrada, regular a “livre circulação de dados pessoais” e a sua proteção adequada⁵⁹. Este raciocínio funciona como limite à autonomia conflitual da escolha da lei de proteção de dados. Como se verá, também o tribunal arbitral terá de cumprir com o RGPD se o seu âmbito de aplicação se encontrar preenchido, independentemente da lei escolhida pelas partes⁶⁰.

Admitindo-se que o âmbito de aplicação do RGPD é imperativo, o seu não cumprimento desencadearia a violação da ordem pública internacional⁶¹. A questão que surge é a de se qualquer violação do RGPD desencadearia tal violação⁶² – e,

cit., pp. 74-75; MAJA BRKAN, *Data Protection*, cit., p. 333; MARIAN THON, *Transnationaler Datenschutz*, cit., 41; CHRISTIAN KOHLER, *Conflict*, cit., p. 661. Portanto, devem ser consideradas disposições que não podem ser derogadas através de um contrato, no sentido analogamente expresso no n.º 3 e 4 do art. 3.º do Roma I. Por exemplo, neste sentido, existe um “*numerus clausus*” das condições necessárias nos termos das quais um determinado processo de dados deve ser considerado lícito, pelo que os direitos e obrigações do *controller* e processador de dados, definidas nos capítulos 3 e 4 do RGPD, não podem ser alteradas: CHRISTIAN KOHLER, *Conflict*, cit., p. 661.

⁵⁷ Baseando-se no TJUE no caso *Verein für Konsumenteninformation*: PEDRO ASENSIO, *Competência*, cit., p. 40. Alguma doutrina tem mencionado este entendimento através de um argumento por analogia, com a decisão do TJUE no caso *Google*, referindo que, com base nesta decisão, as partes (*i*) não podem evadir-se das normas imperativas do RGPD “através de um simples expediente de escolha de lei aplicável” a favor da lei de um Estado terceiro, e (*ii*) as disposições do RGPD aplicam-se independentemente da lei escolhida pelas partes para regular as pretensões advinentes do processamento de dados ser o RGPD: CHRISTIAN KOHLER, *Conflict*, cit., p. 662.

⁵⁸ LUÍS PINHEIRO, *Direito aplicável*, cit., p. 24.

⁵⁹ Nestes termos, apoiando-se no n.º 3 do art. 1.º e no considerando 6: CHRISTIAN KOHLER, *Conflict*, cit., p. 662. Também neste sentido, segundo interpretamos: JAN LÜTTRINGHAUS, *Das internationale Datenprivatrecht*, cit., pp. 74-75, referindo que a lei designada pelo RGPD não pode ser evitada, alegando a sobreposição com outros instrumentos comunitários.

⁶⁰ Alguns autores têm defendido a autonomia conflitual da lei aplicável à arbitragem sobre as matérias de dados pessoais como tendo primazia sobre a lei local de proteção de dados: JIE HUANG/ DAN XIE, *Data*, cit., pp. 168-169. Contudo, paradoxalmente, os Autores, *Ibidem*, pp. 185-186, consideram que a lei local de proteção de dados é geralmente imperativa.

⁶¹ ANJA CERVENKA/ MAG SCHWARZ, *Datenschutz*, cit., pp. 80-81, sustentando-se no entendimento estabelecido no caso *Eco Swiss v. Benetton* para o Direito Comunitário. Será importante realçar que a ordem pública é um conceito polissémico: JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil. Teoria Geral*, Vol. II, 2.ª ed., Coimbra Editora, 2003, pp. 319-320.

⁶² Referindo que as normas do RGPD são consideradas de ordem pública para efeitos de vinculação dos árbitros ao seu cumprimento: PEDRO MIGUEL ASENSIO, *The Rome I and Rome II Regulations*

por sua vez, se qualquer incumprimento do RGPD pelo tribunal arbitral pode levar à anulação da sentença arbitral. O entendimento por nós adotado é de que a maioria das normas do RGPD têm essa dimensão imperativa, mas não podemos qualificar indiscriminadamente todas as suas normas como de aplicação imediata, exigindo-se uma intensidade a determinar (“eine (noch zu bestimmende) Intensität erreichen”), sob pena de serem utilizados expedientes pelos membros do tribunal ou pelas partes com o único propósito de provocar a anulação da sentença⁶³.

3.2. Os “níveis” de regulação do Direito aplicável no RGPD

I. Os tribunais arbitrais, assim como os comuns, estando sujeitos ao RGPD, encontram-se vinculados aos seus modos de determinação do direito aplicável⁶⁴. Não entrando em considerandos sobre o problema da determinação do direito aplicável nas situações não reguladas pelo RGPD⁶⁵, o legislador comunitário atribui, em diversas normas do RGPD, uma “margem de manobra” ao legislador nacional na regulação das situações privadas, através da remissão para o Direito de Conflitos do foro⁶⁶, como sucede com o preenchimento dos pressupostos da responsabilidade civil por violação de dados pessoais (art. 82.º)⁶⁷.

in International Commercial Arbitration, in *The Impact of EU Law on International Commercial Arbitration*, New York, Juris, 2017, pp. 233-234.

⁶³ ANJA CERVENKA/ MAG SCHWARZ, *Datenschutz*, cit., pp. 84-85. Considerando que a qualificação excessiva de normas imperativas coloca problemas à arbitragem: GEORGE A. BERMAN, *Reconciling European Union Law Demands with the Demands of International Arbitration*, *FILJ* 34 (2011), pp. 1211, 1215.

⁶⁴ Referindo os “níveis” do problema da determinação do Direito aplicável no RGPD, como sendo (i) a determinação do âmbito territorial de aplicação do RGPD; (ii) a determinação do Direito aplicável quando o RGPD remete para o Direito dos Estados-Membros; (iii) a determinação do Direito estadual aplicável a questões que o RGPD não regula: LUÍS PINHEIRO, *Direito aplicável*, cit., p. 18.

⁶⁵ Por todos: MARTINA MANTOVANI, *Horizontal*, cit., pp. 536-537, 540. A Autora enuncia vários problemas originados pela forma como os Estados-Membros têm conformado as suas leis de execução, como a criação de custos dos operadores económicos em cumprir com várias normas de conflitos, o esbatimento das fronteiras entre Estados, bem como os impedimentos na criação de um mercado interno digital que promova a uniformidade e a segurança jurídica e que possibilite a livre circulação dos dados pessoais: *Ibidem*, pp. 547 e 555.

⁶⁶ MARTINA MANTOVANI, *Horizontal*, cit., p. 536. O problema é especialmente complexo quanto à compatibilização com as leis de execução dos estados: MARTINA MANTOVANI, *Horizontal*, cit., p. 540 e ss.

⁶⁷ DÁRIO MOURA VICENTE/SOFIA DE VASCONCELOS CASIMIRO, *Data Protection in the Internet: General Report*, in *Data Protection in the Internet*, Springer, 2020, pp. 37-38; JAN LÜTTRINGHAUS, *Das internationale Datenprivatrecht*, cit., pp. 75-76, 81-82; PEDRO ASENSIO, *Competência*, cit., p. 41 e 44; LUÍS PINHEIRO, *Direito aplicável*, cit., pp. 38-39.

II. Tomando por base o relacionamento do RGPD com outros instrumentos comunitários, a aplicação dos Regulamentos Roma I e Roma II às matérias que envolvem dados pessoais também tem suscitado controvérsia⁶⁸. Alguns Autores têm apontado para a prevalência do RGPD como *lex specialis*⁶⁹. No que ao Roma II diz respeito, nos termos da interpretação que sufragamos quanto ao art. 1.º/2, al. g), a responsabilidade resultante da violação de dados pessoais encontra-se excluída do seu âmbito de aplicação⁷⁰. Relativamente ao Roma I, é importante considerar que apenas pontualmente o RGPD toma como relevante a celebração/execução de um contrato, como sucede em matéria de licitude do tratamento de dados pessoais (art. 6.º/1 (b)).

Por fim, sustentamos que perante obrigações contratuais não reguladas pelo RGPD, o Roma I terá aplicação⁷¹, desde que em causa esteja uma “obrigação livremente assumida”⁷².

§4. A vinculação dos árbitros ao RGPD como vinculação aos atos legislativos da UE

Como antevimos, desde que o seu âmbito de aplicação se encontre preenchido, tanto os tribunais comuns como os arbitrais estão sujeitos ao cumprimento do RGPD. Na perspetiva do tribunal arbitral, a sujeição ao RGPD pode ocorrer quando este é aplicado na perspetiva do tribunal como responsável pelo tratamento,

⁶⁸ Enunciando que a relação entre o Roma II e o RGPD levou, numa fase inicial, ao surgimento de propostas no sentido de incluir, de *lege ferenda*, o art. 3.º do RGPD no Direito de Conflitos do Roma II: MARIAN THON, *Transnationaler Datenschutz*, cit., p. 27.

⁶⁹ Retirando essa conclusão do art. 23.º do Roma I e da decisão *Verein für Konsumenteninformation*: MAJA BRKAN, *Data Protection*, cit., p. 332. A Autora, *Ibidem*, p. 333, considera que a relação *lex generalis* – *lex specialis* não impede que o Roma I seja ainda chamado a regular uma pretensão indemnizatória, ou a impedir, por exemplo, a escolha de lei aplicável pelas partes, nos termos do art. 9.º.

⁷⁰ Apelando a uma interpretação restritiva do preceito: LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional Privado*, Vol. II, 4ª ed., refundida, Almedina, 2015, p. 474-475; ELSA DIAS OLIVEIRA, *Da Responsabilidade Civil Extracontratual por Violação de Direitos de Personalidade em Direito Internacional Privado*, Almedina, 2012, p. 141 e ss; ANABELA DE SOUSA GONÇALVES, *Da Responsabilidade Extracontratual em Direito Internacional Privado*, Almedina, 2013, pp. 266-267.

⁷¹ MARTINA MANTOVANI, *Horizontal*, cit., p. 538-539. De facto, tipicamente, o processamento de dados pessoais ocorre sempre por “intermédio” da celebração de um contrato entre profissional e consumidor, tenha sido este celebrado on-line ou fisicamente, para compra de bens ou para prestação de serviços. Contudo, como refere LUÍS PINHEIRO, *Direito aplicável*, cit., p. 23, o RGPD, contrariamente ao Regulamento Roma I, não pressupõe a celebração de um contrato.

⁷² LUÍS PINHEIRO, *Direito*, Vol. II, cit., pp. 315-316; LUÍS PINHEIRO, *Direito aplicável*, cit., p. 36; CHRISTIAN KOHLER, *Conflict*, cit., p. 671.

ou nos casos em que, perante um litígio sobre dados pessoais, o RGPD seja aplicado ao mérito da causa. No que toca à vinculação dos árbitros a atos legislativos da UE, da perspectiva da ordem jurídica comunitária, o Direito Comunitário tem a vocação para regular e conformar determinadas situações submetidas à arbitragem transnacional que se insiram no seu âmbito de aplicação⁷³. Neste sentido, o tribunal arbitral pode encontrar-se limitado, na escolha ou determinação da lei aplicável ao mérito da causa, pelas normas de aplicação imediata de fonte Comunitária (na nossa situação, as normas do RGPD assim qualificadas)⁷⁴.

É importante frisar que os árbitros não estão na mesma posição que os tribunais dos Estados-Membros, mesmo que a arbitragem tenha sede num desses Estados⁷⁵, pelo que se deve distinguir as situações em que a relação controvertida se insere ou não inteiramente no espaço comunitário. Se esta se inserir, os árbitros devem considerar-se vinculados à aplicação do Direito Comunitário⁷⁶. Se esta apresentar uma pretensão de aplicabilidade a uma relação que apresente pelo menos uma ligação significativa com um Estado terceiro, o tribunal da arbitragem transnacional

⁷³ LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Arbitragem transnacional – a determinação do estatuto da arbitragem*, Almedina, 2005, pp. 576-577; LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *A determinação do estatuto da arbitragem transnacional pelos árbitros*, in Estudos de Direito da Arbitragem, AAFDL, 2022, pp. 255-256. O mesmo pode retirar-se o Ac. do TCE, *Eco Swiss v. Benetton International*, processo C-126/97, de 1 de junho de 1999, como tem sido entendido pela doutrina: LAURANCE IDOT, *Arbitration, Competition Law and Public Order*, CR 11-12 (2012), p. 221, fundamentando-se também nos casos *Mostaza Claro* (2006) e *Asturcom* (2009). A aplicação do Direito Comunitário pelo tribunal arbitral tem sido primordialmente estudado, pela doutrina, considerando os Acórdãos referidos, no plano da validade da sentença arbitral e do seu reconhecimento internacional, como referem JÜRGEN BASEDOW, *EU Law in International Arbitration: Referrals to the European Court of Justice*, JIA 32 (2015) 4, pp. 367, 373, e XANDRA KRAMER, *EU Overriding Mandatory Law and the Applicable Law on the Substance in International Commercial Arbitration*, in Franco Ferrari (eds), *The Impact of the EU Law on International Commercial Arbitration*, New York, Juris, 2017, pp. 285, 296.

⁷⁴ XANDRA KRAMER, *EU Overriding*, cit., pp. 285, 300 referindo que estas regras constituem um limite à autonomia privada na arbitragem.

⁷⁵ LUÍS PINHEIRO, *Arbitragem*, cit., pp. 580-581; Ac. TCE, *Nordsee v. Nordstern*, C-102/81, de 23 de março de 1982. Isto não significa que os tribunais arbitrais estejam menos preparados que os tribunais comuns na aplicação do Direito Comunitário: MANUEL PENADES FONS, *The effectiveness of EU Law and Private Arbitration*, *Common Market Law Review* 57 (2020) 4, pp. 1072-1073, 1105-1106, assinalando o efeito disruptivo do Direito Comunitário para a arbitragem transnacional e a residual autonomia das leis arbitrais dos Estados em relação às diretrizes da União Europeia.

⁷⁶ LUÍS PINHEIRO, *Arbitragem*, cit., pp. 581-582. Como enuncia o autor, as diretrizes comunitárias que limitem a aplicação do Direito competente ou que imponham o cumprimento de normas imperativas conduzem à aplicação do Direito Comunitário mesmo que a lei reguladora do mérito da causa não seja a de um Estado-Membro.

deverá possuir uma margem de apreciação da diretriz comunitária⁷⁷. Da perspectiva dos tribunais da arbitragem transnacional, somos de crer que se deve acatar a pretensão de aplicabilidade do RGPD mesmo que o mérito da causa não esteja submetido à lei de um Estado-Membro, se, em virtude do seu âmbito de aplicação, o RGPD for aplicável⁷⁸. Esta possibilidade é especialmente acentuada se considerarmos que o âmbito territorial de aplicação do RGPD surge muito amplo, por conta dos elementos de conexão expressos no art. 3.º. Em algumas situações, tal pode não assegurar a existência de uma ligação significativa com a União na determinação do Direito aplicável⁷⁹. Reportamo-nos, em específico, à aplicação do RGPD através do art. 3.º/2 (princípio da extraterritorialidade)⁸⁰. Perante estes casos, deve constatar-se que se a arbitragem possuir contacto com Estados terceiros o RGPD não possui uma pretensão de aplicabilidade absoluta, mas parcial⁸¹.

⁷⁷ LUÍS PINHEIRO, *Arbitragem*, cit., pp. 582-583.

⁷⁸ A questão da extensão da aplicação do Direito Comunitário pelos tribunais arbitrais só se coloca perante arbitragens internacionais, e não domésticas, já que nestas últimas o Direito Comunitário é aplicado como Direito estadual: LAURANCE IDOT, *Arbitration*, cit., pp. 219-220. Assinalando que a expansão do Direito Comunitário coloca uma maior tensão sobre a arbitragem: GEORGE A. BERMAN, *European Union Law and International Arbitration at a Crossroads*, FILJ 42 (2019), pp. 970-971, 973.

⁷⁹ PEDRO ASENSIO, *Competência*, cit., pp. 8-9; LUÍS PINHEIRO, *Direito aplicável*, cit., p. 42. Clarificando que a referência textual à territorialidade no art. 3.º não deve ser compreendida no seu sentido literal, já que o seu âmbito não é rigorosamente territorial: MARIA ADÃO DA FONSECA, *A extraterritorialidade do regime geral de proteção de dados pessoais da União Europeia: manifestações e limites*, Dissertação de Doutoramento, UNL, 2018, p. 155. Segundo interpretamos, este problema surge relacionado com a necessidade de construir uma “teoria” que permita aplicar a lei de um determinado Estado por conter uma ligação mais estreita com o titular dos dados, afastando a competência do Direito do Estado a que estaria sujeito o responsável pelo tratamento ou o subcontratante. Abordando o problema: LUÍS PINHEIRO, *Direito aplicável*, cit., pp. 33-34.

⁸⁰ A aplicação *tout court* do “market place principle” ou “Marktortprinzip” pode gerar situações controversas, pelo que em algumas situações será necessário uma ponderação: ALEXANDER GOLLAND, *Der räumliche Anwendungsbereich der DS-GVO*, DuD 42 (2018) 6, Springer, p. 355; MANUEL KLAR, *Die extraterritoriale*, cit., p. 537; BENJAMIN GREZE, *The extra-territorial enforcement of the GDPR: a genuine issue and the quest for alternatives*, IDPL 9 (2019) 2, Oxford University Press, p. 113. Assinalando que a extensão do princípio da extraterritorialidade pode, perante certas situações, ser “reduzido” ou “mitigado”: DÁRIO MOURA VICENTE, *Da aplicação extraterritorial do direito ao esquecimento na internet?*, ROA 80 (2020) 3-4, p. 485 e ss.

⁸¹ Os árbitros devem respeitar as diretrizes de organizações regionais (como a UE) quando a relação controvertida se insira inteiramente na sua esfera social. Contudo, como referimos, os árbitros devem possuir uma margem de apreciação dessas diretrizes quando a relação apresentada possui pelo menos uma ligação significativa com um Estado terceiro, que lhes permite ter em conta os interesses legítimos das partes e dos Estados envolvidos: LUÍS PINHEIRO, *A determinação do estatuto*, cit., p. 255.

§5. A arbitrabilidade dos litígios sobre dados pessoais

A arbitragem de litígios sobre dados pessoais pressupõe a arbitrabilidade objetiva ou *ratione materiae* do litígio, enquanto requisito fundamental da convenção de arbitragem e de limite à jurisdição do tribunal arbitral⁸². No contexto português, adotou-se um critério geral de arbitrabilidade, com o afastamento expresso de certas matérias (art. 1.º/1 da LAV)⁸³. Da previsão normativa resulta que são arbitráveis todos os litígios que sejam respeitantes a interesses de natureza patrimonial. Segundo o art. 1.º/2 da LAV, a convenção de arbitragem também pode ter objeto litígios que, embora não envolvendo interesses de natureza patrimonial, possam ser objeto de transação pelas partes.

Numa primeira abordagem ao problema, deve reconhecer-se que o RGPD não indica expressa ou implicitamente que os litígios de dados não são, pela sua natureza, arbitráveis⁸⁴.

5.1. A arbitrabilidade objetiva dos litígios sobre dados pessoais e a relevância do critério da patrimonialidade

I. A arbitrabilidade objetiva tem em vista a natureza do objeto do litígio. Os critérios seguidos nesta matéria pelas legislações nacionais oscilam entre o da disponibilidade do direito e o da natureza patrimonial da pretensão⁸⁵. Ambos os critérios têm um campo de aplicação específico, não se sobrepondo, considerando que, apesar de em regra os direitos patrimoniais serem disponíveis e os direitos pessoais indisponíveis, existem exceções⁸⁶. O direito alemão e o direito suíço reconhecem expressamente o critério da natureza patrimonial da pretensão⁸⁷,

⁸² ANTÓNIO PINTO MONTEIRO/ARTUR FLAMÍNIO DA SILVA/DANIELA MIRANTE, *Manual de Arbitragem*, Almedina, 2019, p. 163, suscitando o problema como limite material à autonomia privada.

⁸³ RUI PEREIRA DIAS, *Arbitrabilidade*, in *Manual de Arbitragem Internacional Lusófona*, Volume I, Coord. Catarina Monteiro Pires e Rui Pereira Dias, Almedina, 2020, p. 19.

⁸⁴ JACQUES DE WERRA, *Using Arbitration*, cit., p. 203.

⁸⁵ LUÍS PINHEIRO, *Arbitragem Transnacional*, cit., p. 104. Por todos, referindo que não constituem critérios cumulativos: ELSA DIAS OLIVEIRA, *Arbitragem Voluntária – Uma Introdução*, Almedina, 2020, p. 38. Ambos os critérios permitem, na sua concretização, uma maior amplitude no leque de matérias arbitráveis: MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, reimp. 3ª ed., Almedina, 2018, p. 138.

⁸⁶ LUÍS PINHEIRO, *Arbitragem Transnacional*, cit., p. 105. Referindo que a indisponibilidade dos direitos de personalidade implica a sua intransmissibilidade, irrenunciabilidade e na possibilidade de serem “escassamente restringíveis através de negócio jurídico”: OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil, Teoria Geral*, I, cit., pp. 92-93.

⁸⁷ Conforme § 1030 (1) ZPO e 177 (1) da Lei Suíça de DIP.

admitindo a lei alemã, como a portuguesa, a combinação com o critério da disponibilidade do direito, ao admitir a arbitrabilidade de pretensões não patrimoniais quando as partes possam, sobre o objeto do litígio, celebrar transação (critério da transigibilidade). Na concretização deste critério deve atender-se ao vigente no regime do contrato de transação, que, nos termos do art. 1248.º CC, é definido como aquele pelo qual as partes previnem ou terminam um litígio mediante recíprocas concessões, não podendo as partes transigir sobre os direitos que não dispõem, conforme o art. 1259.º CC.

Somos de crer que relativamente a litígios respeitantes a direitos de personalidade⁸⁸, nomeadamente sobre o seu aproveitamento económico, envolvendo indemnização decorrente da sua violação, será possível celebrar transação, por sua vez podendo ser dirimidos através da arbitragem, situação diversa ocorrendo perante o exercício de um direito de personalidade indisponível, porquanto nestes casos o litígio não poderá ser resolvido através de arbitragem^{89/90}. Deve reconhecer-se que no direito português alguns direitos de personalidade têm um conteúdo pessoal e um conteúdo patrimonial⁹¹, mas nem todos são passíveis de aproveitamento económico⁹². De

⁸⁸ Não nos referimos aos direitos fundamentais, porquanto estes não equivalem ou conformam os direitos de personalidade: JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Pessoa, Direitos Fundamentais e Direito da Personalidade*, Revista Mestrado em Direito 6 (2006) 1, Osasco, p. 150.

⁸⁹ Neste sentido, o Ac. do Supremo Tribunal de Justiça, de 3 de maio 2007, Proc. n.º 06B3359, no caso “Apresentadora de Televisão”, que, tratando de uma ação de indemnização decorrente de violação do direito à imagem, considerou que seria arbitrável o direito de indemnização peticionado e a quantificação deste, porquanto não se tratava de um direito indisponível.

⁹⁰ ELSA DIAS OLIVEIRA, *Arbitragem Voluntária*, cit., p. 38; JORGE MORAIS DE CARVALHO, *O critério da disponibilidade na arbitragem, na mediação e noutros negócios jurídicos processuais*, in Estudos em Homenagem ao Professor Doutor José Lebre de Freitas – Vol II, Coimbra Editora, 2013, pp. 838-839 e ss; ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *Da ordem pública no processo arbitral*, in Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Lebre de Freitas – Vol. II, Coimbra Editora, pp. 615 e ss; JOANA GALVÃO TELES, *A Arbitrabilidade dos Litígios em Sede de Invocação de Exceção de Preterição do Tribunal Arbitral Voluntário*, in Análise de Jurisprudência sobre Arbitragem (coord. Mariana França Gouveia), 2011, pp. 124-133. Fazendo expressa menção aos “negócios de personalidade” e à suscetibilidade de recondução à arbitragem dos litígios destes advenientes: ANTÓNIO SAMPAIO CAMELO, *Critérios de arbitrabilidade dos litígios*, Revisitando o tema, in IV Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa, 2011, p. 35. Expressamente, no direito alemão, referindo a arbitrabilidade dos “*Persönlichkeitsverletzungen*”: INGO SAENGER, *Zivilprozessordnung*, 9ª ed., 2021, §1030, Schiedsfähigkeit, para 6; WOLFRAM BUCHWITZ, *Schiedsverfahrenrecht*, Springer, Würzburg, 2019, p. 61.

⁹¹ Indicando que certos direitos de personalidade (como a imagem ou a reserva da intimidade da vida privada) “ganham um aspeto tão vasto que ultrapassam o que é eticamente exigido”, passando a ser direitos meramente pessoais, sendo livremente disponíveis: OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil, Teoria Geral*, cit., pp. 94-95 (referindo o Autor “Quando a exigência ética desaparece, a situação,

todo o modo, a determinação do conteúdo da disponibilidade do direito para efeitos de arbitrabilidade deve ser encarado caso a caso, e não instituto a instituto⁹³.

II. A pretensão assume natureza patrimonial quando é suscetível de ser objeto de avaliação patrimonial ou económica (critério da patrimonialidade)⁹⁴. Alguma doutrina tem considerado que além da natureza económica é necessário que a lei

mesmo que formalmente abrangida num tipo legal, não é já de direito da personalidade”). Trata-se de uma construção doutrinária que não acolhemos, porquanto o conteúdo patrimonial de um direito de personalidade não o descaracteriza enquanto direito de personalidade (tornando-o num mero direito pessoal). Denote-se que o Autor utiliza a expressão “direito pessoal” no âmbito dos direitos de autor: JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil: Direito de Autor e Direitos Conexos*, Coimbra Editora, 1992, p. 167.

Avançando sobre o assunto, OLIVEIRA ASCENSÃO distingue, quanto aos direitos de personalidade e à possibilidade de limitação voluntária, três zonas, por ordem decrescente de proteção pela ordem jurídica e de representação de limitação voluntária (o “núcleo”, a “periferia” e a “orla”): OLIVEIRA ASCENSÃO, *Pessoa, Direitos Fundamentais*, cit., p. 158. Adicionalmente, o Autor, aproveitando a distinção entre direitos, liberdades e garantias, distingue entre direitos à personalidade, à conservação da personalidade e à realização da personalidade: JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *A reserva da intimidade da vida privada*, RFDUL 43 (2002), pp. 11-12. Esta é uma das razões pela qual considera que a vastidão do art. 70.º do CC, na prática, configura um esvaziamento do seu conteúdo útil, colocando em risco a segurança jurídica, pelo que advoga por um regime de *numerus apertus*, i.e., pela fragmentação de concretos direitos de personalidade, os quais derivariam da cláusula geral: OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil. Teoria Geral*, I, cit., p. 88.

⁹² ELSA OLIVEIRA, *Da Responsabilidade Civil*, cit., p. 119, referindo a Autora que decorre da própria lei a possibilidade de certos bens de personalidade serem objeto de aproveitamento económico. A ideia que nos parece fundamental é a de que os direitos de personalidade são um espaço de liberdade, e, apesar de encontrarem limitações quanto ao aproveitamento dos respetivos bens, tal não obsta à possibilidade da concessão de autorizações para o seu uso: ELSA OLIVEIRA, *Da Responsabilidade Civil*, cit., p. 120. Segundo interpretamos, contra este entendimento, OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil. Teoria Geral*, I, cit., pp. 99, 79, defende que o aproveitamento económico de direitos de personalidade – v.g., o aproveitamento publicitário ou afim da imagem no contrato de trabalho desportivo – não tem dignidade ética supra-positiva “na faculdade de exigir dinheiro pela utilização da imagem”, assim concluindo, na p. 118, que tal aproveitamento “é objeto de prescrição própria. Mas isto induz que já nada tem que ver com o direito de personalidade (...) Disciplinam-se atividades patrimoniais, mesmo quando nenhuma consideração ética está afinal em causa”.

⁹³ MARIANA GOUVEIA, *Curso de Resolução*, cit., p. 144; PAULA COSTA E SILVA, *Anulação e Recursos da Decisão Arbitral*, ROA 52 (1992), p. 922; FERREIRA DE ALMEIDA, *Convenção de Arbitragem: Conteúdo e Efeitos*, in Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa. Intervenções, 2009, p. 86.

⁹⁴ LUÍS PINHEIRO, *Arbitragem Transnacional*, cit., p. 105; ELSA OLIVEIRA, *Arbitragem Voluntária*, cit., pp. 36-37. Referindo que o que determina a arbitrabilidade é a natureza patrimonial ou económica da relação jurídica e não a sua direta consequência em termos de pedido: MARIANA GOUVEIA, *Curso de Resolução*, cit., p. 143.

permita a sua troca por dinheiro⁹⁵. Contudo, esta solução não consta do direito português nem de outros direitos dos sistemas da *civil law*. Alguma doutrina tem interpretado a referência à patrimonialidade como devendo englobar “qualquer matéria em litígio que tenha um significado económico para uma das partes”⁹⁶.

Perante o critério da disponibilidade do direito, pode questionar-se a arbitrabilidade do litígio onde o titular de dados venha, ao abrigo do art. 82.º do RGPD, requerer uma indemnização pelos danos sofridos. Esta posição tem sido defendida por alguma doutrina, noutros quadrantes, quanto à qualificação como disponível (no sentido de sobre o litígio se poder celebrar transação) de pretensões indemnizatórias que visem o ressarcimento pela violação de direitos de personalidade⁹⁷, referindo que reconduzir estas situações ao critério da patrimonialidade pode dificultar a análise da arbitrabilidade⁹⁸. Por um lado, poderia afirmar-se que uma pretensão indemnizatória fundada na violação do RGPD corresponde a um direito disponível do titular. Por outro, deve assinalar-se que, estruturalmente, os dados pessoais não são direitos que os titulares possam renunciar. Uma renúncia a um *dado pessoal*⁹⁹ poderia permitir *ad nauseam* a sua transferência ou *migração*, o que não se compatibiliza com o seu estatuto constitucional e com o quadro legislativo vigente.

⁹⁵ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado da Arbitragem – Comentário à Lei n.º 63/2011, de 14 de dezembro*, Almedina, 2016, p. 94.

⁹⁶ WOLFRAM BUCHWITZ, *Schiedsverfahrenrecht*, cit., p. 61. Referindo que, para preenchimento do conceito de patrimonialidade, basta a possibilidade do objeto do litígio possuir um interesse económico e de uma das partes pretender reivindicá-lo: SEBASTIAN LENZ, *Die Zulässigkeit der Abwahl zwingenden nationalen Rechts in Schiedsvereinbarungen – Eine Untersuchung am Beispiel der §§ 305 – 310 BGB*, Dissertação de Doutoramento, 2017, p. 77, disponível em https://tuprints.ulb.tu-darmstadt.de/6919/1/Promotion_Lenz.pdf. Também com esta interpretação do direito alemão, conforme LINO DIAMVUTU, *O Favor Arbitrandum – Ensaio de uma teorização*, Dissertação de Doutoramento apresentada à FDUL, 2019, ao enunciar “uma interpretação ampla do § 1030, n.º 1 do ZPO, no sentido de que os litígios patrimoniais são, não apenas os que impliquem o pagamento de uma quantia em dinheiro, mas igualmente as acções declaratórias e de modificação contratual (Gestaltungsklagen)”. A doutrina tem salientado que a jurisprudência suíça tem também interpretado o do art. 177 (1) da Lei Suíça de DIP (que estatui a natureza patrimonial da pretensão) de forma extensiva: ANTÓNIO SAMPAIO CAMELO, *A disponibilidade do direito como critério de arbitrabilidade do litígio*, ROA 66 (2006) 3, p. 5.

Segundo consideramos, apenas através da interpretação deste conceito será possível “retirar o sentido [que o mesmo] encerra”: JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *O Direito – Introdução e Teoria Geral*, 13ª ed. Refundida, Almedina, 2013, cit., pp. 435-436.

⁹⁷ BÉNÉDICTE FAUVARQUE-COSSON, *Libre disponibilité des droits et conflits de lois*, Bibliothèque de droit privé, LGDJ 1996, p. 103.

⁹⁸ BÉNÉDICTE FAUVARQUE-COSSON, *Libre disponibilité*, cit., p. 103.

⁹⁹ Enunciando que o conceito-base de *dado pessoal* foi fixado, por imperativo prático, com extrema amplitude, através da consagração de uma conceptualização muito ampla: JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Estudos sobre direito*, cit., pp. 211-212.

Contudo, em rigor, a análise da pretensão indemnizatória com fundamento na violação do RGPD, com base no critério da disponibilidade do direito, não comportaria uma renúncia ao dado pessoal.

O critério da patrimonialidade, por sua vez, coloca a tónica na dimensão patrimonial ou económico dos dados pessoais no plano da relação jurídica existente, a qual, como vimos, permite-nos concluir que os dados pessoais podem surgir como contraprestação do fornecimento de serviços digitais.

III. Como antevimos, alguns dos direitos dos titulares de dados possuem uma inequívoca dimensão patrimonial, como o exercício do direito à portabilidade ou a possibilidade de peticionar uma indemnização pela violação de dados. A doutrina tem assinalado que certos direitos, como o direito a alimentos, não constituem direitos arbitráveis. Dir-se-á que, quanto ao critério da disponibilidade, tal não é discutível. E perante o critério da patrimonialidade? Não pode negar-se que o direito a alimentos, além de possuir uma dimensão patrimonial ou económica, pode ser avaliado em termos pecuniários. Contudo, perante o critério da patrimonialidade, também não será defensável que o direito a alimentos é arbitrável. Um dos principais argumentos veiculados pela doutrina é o de que no direito a alimentos estão em causa “interesses superiores da sociedade” que funcionariam como limite à sua arbitrabilidade¹⁰⁰. Por outro lado, poderia argumentar-se que nestes casos, geralmente, a convenção de arbitragem é celebrada no âmbito de uma relação jurídica estruturalmente desigual¹⁰¹. Segundo cremos, este raciocínio não deverá ser transposto para a análise da arbitrabilidade dos litígios sobre dados pessoais, porquanto não consideramos que em causa existam “interesses superiores da sociedade” e se verifique, entre titular e responsável/subcontratante, uma desigualdade estrutural na celebração da convenção de arbitragem¹⁰².

¹⁰⁰ Referindo que o direito a alimentos não é arbitrável (no direito francês, conforme art. 2059 e 2060) porquanto “apresenta uma ligação direta com os interesses superiores da sociedade”: PIERRE CATALA, *Arbitrage et patrimoine familial*, Revue de l'arbitrage (1994) 2, pp. 279 e ss.

¹⁰¹ Dispondo que, verificando-se a existência de desigualdades estruturais entre as partes, o litígio poderá não ser arbitrável: DANIELA MIRANTE, *O Consentimento na Arbitragem e a Desigualdade Estrutural das Partes*, Almedina, 2021, p. 287. Somos da opinião que a desigualdade estrutural das partes como limite à arbitrabilidade dos litígios deve ser entendida enquanto paternalismo do legislador em sentido fraco, pelo que a mera constatação de que, numa determinada relação jurídica, existe uma “parte mais fraca”, não deve impedir *per si* a arbitrabilidade do litígio: DANIELA MIRANTE, *O Consentimento*, cit., p. 300.

¹⁰² Interpretamos não dever existir uma suspeição previa sobre a arbitrabilidade de certa controvérsia, apenas porquanto exista uma certa desigualdade entre as partes. Referindo que a definição das matérias arbitráveis tem em conta o seu carácter social: ANTÓNIO CAMELO, *Crítérios de arbitrabilidade*,

Apesar desta questão não ser incontroversa, consideramos falacioso sustentar que: (i) nos termos do critério da patrimonialidade, será arbitrável a pretensão indemnizatória fundada na violação do RGPD que tenha por base a celebração de um contrato para o fornecimento de conteúdos e serviços digitais; (ii) nos termos do critério da transigibilidade, será arbitrável a pretensão indemnizatória fundada na violação do RGPD que não tenha por base a celebração do referido contrato. A pretensão indemnizatória fundada na violação de normas do RGPD já possui um valor económico, independentemente de estar ou não em causa a celebração de um contrato de fornecimento de conteúdos e serviços digitais, pelo que esta será arbitrável nos termos do critério da patrimonialidade e da transigibilidade¹⁰³.

5.2. Conteúdos arbitráveis e não arbitráveis dos direitos do titular de dados: superação de uma visão atomística?

I. A maioria dos direitos dos titulares de dados são compostos por faculdades morais. Perante alguns direitos, a essas faculdades acrescenta-se uma dimensão económica ou patrimonial. Poderia pensar-se que seria dogmaticamente correto analisar cada faculdade individualmente considerada, contrapondo-a aos critérios da arbitrabilidade objetiva do litígio. Por nossa conta, consideramos que esse raciocínio cria uma ficção que não descortina a operacionalidade que aparenta. No art. 82.º é referido que “Qualquer pessoa que tenha sofrido danos materiais ou imateriais devido a uma violação do presente regulamento tem direito a receber uma indemnização (...)”. O legislador utilizou a expressão “tenha sofrido danos (...) devido a uma violação do presente regulamento (...)”. Como vimos, este preceito permite que o titular venha peticionar uma indemnização pela violação dos direitos que, ao abrigo do RGPD, lhe são conferidos. Neste sentido, parece-nos possuir pouco relevo prático equacionar a arbitrabilidade de todos os direitos consagrados no RGPD, se, em última instância, o titular vem peticionar uma indemnização pela violação do regulamento. Nestes termos, deve dar-se prevalência à análise da arbitrabilidade da pretensão indemnizatória, superando-se a *visão*

cit., p. 14. Com isto podemos afirmar que não é possível analisar o critério de arbitrabilidade sem considerarmos que o direito é, afinal, “uma realidade cultural”: JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *A dignidade da pessoa e o fundamento dos direitos humanos*, ROA (2008) 68, p. 102; OLIVEIRA ASCENSÃO, *O Direito*, cit., p. 23.

¹⁰³ Com isto não se deverá negar que a relação jurídica entre titular e responsável, quando tem na sua base um contrato de fornecimento de conteúdos e serviços digitais, possui uma dimensão económica mais intensa. Perante a arbitrabilidade de certos direitos conferidos no RGPD esta dimensão poderá ser útil na análise do critério da patrimonialidade.

atomística de contrapor todos os direitos e as suas respetivas faculdades aos critérios de arbitrabilidade objetiva.

No campo da responsabilidade civil devem considerar-se como arbitráveis os litígios referentes à violação dos direitos do titular, sejam estes patrimoniais ou morais¹⁰⁴. Significa que, nos termos do art. 82.º, o titular poderá peticionar uma indemnização pelos “danos imateriais”¹⁰⁵, não se devendo colocar óbices à arbitrabilidade do litígio que incida sobre tais danos¹⁰⁶.

A questão é algo específica ao que poderíamos designar pela *arbitrabilidade da injunção para o apagamento de dados pessoais*, considerando que os titulares de dados podem pretender que o responsável ou subcontratante, conforme o art. 17.º (direito ao apagamento de dados), apague os seus dados¹⁰⁷. Segundo o critério da transigibilidade, não podemos afirmar que o direito ao apagamento pode ser renunciado ou extinguido por vontade do titular. Por outro lado, também é difícil descortinar neste direito, que possui um inequívoco conteúdo moral e pessoal, uma dimensão económica ou patrimonial. Por este motivo, não consideramos que o direito ao apagamento dos dados seja arbitrável, no sentido do titular dos dados poder, através da submissão do litígio a um tribunal arbitral, obter uma sentença favorável ao apagamento. Também não consideramos possível que o titular recorra à arbitragem de forma a intentar ação destinada a obter a condenação do responsável pelo tratamento ou do subcontratante na abstenção do processamento ilegal dos seus dados (ação inibitória)¹⁰⁸. Contudo, já poderia ser discutido perante tribunal arbitral a existência de danos e a sua quantificação para determinação

¹⁰⁴ Em sentido análogo, no âmbito da arbitrabilidade dos direitos sobre programas de computador: DUARTE GORJÃO HENRIQUES, *Notas sobre a Arbitrabilidade de Litígios no Âmbito dos Direitos sobre Programas de Computador*, Themis 13 (2013) 24/25, p. 273.

¹⁰⁵ JACQUES DE WERRA, *Using Arbitration*, cit., p. 204.

¹⁰⁶ Também neste sentido: JACQUES DE WERRA, *Using Arbitration*, cit., p. 204; JACQUES DE WERRA, *Can Alternative Dispute Resolution Mechanisms Become the Default Method for Solving International Intellectual Property Disputes?* California Western International Law Journal 43 (2012) 1, pp. 57-58, reconhecendo, com base no caso *Desputeaux v. Les Éditions Chouette (1987) Inc., et al.*, 21 de março de 2003, S.C.R. 178, disponível em <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/en/item/2048/index.do>, a arbitrabilidade de danos imateriais.

¹⁰⁷ As injunções para o pagamento de dados visam a remoção, bloqueio ou “desreferenciação” de conteúdos, para a proteção do direito dos titulares dos dados, constituindo sanções pela sua violação: LUÍS PINHEIRO, *Some Reflections on the Spatial Reach of Injunctions*, cit., pp. 732, 734.

¹⁰⁸ Referindo que tal é possível perante os tribunais comuns: MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *Proteção de dados: aspectos da tutela administrativa e jurisdicional no RGPD*, Curso de Pós-Graduação em Proteção de Dados e Empresas (Aula de 20/2/2019), 2019, p. 6, in <http://www.academia.edu>.

da indemnização a atribuir ao titular de dados pela violação das normas referentes ao direito ao apagamento.

II. Por fim, poder-se-ia questionar se um litígio, numa das principais áreas litigiosas no Direito da Proteção de Dados, a da possibilidade de exercer o direito de portabilidade (art. 20.º RGPD), poderia ser submetida à arbitragem. Este direito permite que o titular de dados receba os dados pessoais e os transmita para outro responsável (o titular de dados pode escolher outro responsável pelo tratamento, *i.e.*, outro prestador de serviços, pressupondo a verificação cumulativa de alguns elementos¹⁰⁹). A possibilidade de transmissão direta de dados entre responsáveis cria não apenas uma cadeia de fluxo de dados, como também pode colocar em causa segredos de negócio ou direitos de terceiros, razão pela qual o exercício do direito à portabilidade “não [pode] prejudica[r] os direitos e as liberdades de terceiros” (art. 20.º/4)¹¹⁰. Tem-se também entendido que o direito à portabilidade visa impulsionar a concorrência e a livre iniciativa económica, alguns autores admitindo que uma das principais motivações não é a proteção dos interesses individuais, mas o desenvolvimento do mercado europeu¹¹¹. Estas ideias têm sido sustentadas em alguns espectros da doutrina que tem admitido que o direito à portabilidade possui uma dimensão económica ou patrimonial¹¹².

Perante este cenário, somos de considerar que o direito à portabilidade é composto por uma dimensão económica inequívoca, assim permitindo que disputas sobre o mesmo sejam dirimidas através de arbitragem.

§6. Áreas litigiosas em matéria de dados e a submissão à arbitragem

Após termos analisado a arbitrabilidade das disputas sobre dados pessoais, importa compreender se, perante as diversas áreas litigiosas em matéria de dados, o RGPD regula de forma direta ou indireta esta matéria – e, caso não o faça, se existem elementos que nos permitam concluir nesse sentido. Para o efeito, analisaremos se o RGPD se pronuncia sobre a submissão à arbitragem de uma

¹⁰⁹ Por todos: BARRETO MENEZES CORDEIRO, *Direito da Proteção*, cit., p. 289.

¹¹⁰ BARRETO MENEZES CORDEIRO, *Direito da Proteção*, cit., p. 291.

¹¹¹ BARRETO MENEZES CORDEIRO, *Direito da Proteção*, cit., p. 292.

¹¹² FLORENT THOUVENIN, *Wem gehören meine Daten?*, cit., pp. 27-28. Na doutrina nacional, fazendo menção à dimensão económica da portabilidade, à intenção de facilitar os fluxos de dados e eliminar os obstáculos à sua livre circulação no espaço comunitário: GRAÇA CANTO MONIZ, *Direitos do titular dos dados pessoais: o direito à portabilidade*, Anuário de Proteção de dados, 2018, pp. 23-24.

disputa que vise o ressarcimento dos danos sofridos pelo titular. Perceberemos se os litígios entre responsáveis e subcontratantes podem ser dirimidos através de arbitragem. Seguidamente, abordaremos as disputas sobre a portabilidade de dados, e, por fim, procuraremos os indícios que nos permitam concluir pela submissão à arbitragem dos litígios de dados nos serviços de intermediação em linha.

6.1. Direito de indemnização e responsabilidade

I. Como vimos, o art. 82.^o1 permite o ressarcimento dos danos materiais e imateriais sofridos pelos titulares dos dados devido à violação do RGPD, abrangendo um núcleo de atos materiais que envolvem tratamentos ilícitos, violação de direitos, obrigações ou proibições legais que estejam relacionadas com as atividades desenvolvidas pelos responsáveis e subcontratantes¹¹³. Estipulando que a indemnização visa ressarcir os “danos materiais e imateriais” (o que já resulta do considerando 146), o sentido a atribuir a esta referência deve ser interpretado à luz da jurisprudência do TJUE, refletindo os objetivos do RGPD¹¹⁴. O art. 82.^o não esgota os meios contenciosos ao dispor do titular, podendo este recorrer à legislação europeia e nacional¹¹⁵. Alguma doutrina tem equacionado a natureza da responsabilidade do art. 82.^o, existindo vozes que defendem a consagração do concurso de fundamentos de uma mesma pretensão, podendo a violação dos direitos do titular gerar responsabilidade civil extracontratual ou contratual. Estes autores consideram que a violação dos direitos do titular de dados pode ter na sua base a preterição de deveres contratuais que oneram o responsável pelo tratamento, na medida em que exista uma relação contratual prévia entre as partes¹¹⁶.

¹¹³ Referindo o sentido expresso no texto, incluindo ainda nesta lista atos delegados e de execução: BARRETO MENEZES CORDEIRO, *Direito da Proteção*, cit., p. 383; CHRISTIAN KOHLER, *Conflict*, cit., p. 672-673; LUÍS PINHEIRO, *Direito aplicável*, cit., p. 37. Paralelamente, o RGPD estabelece ainda um regime de responsabilidade solidária e de direito de regresso (art. 82.^o/4): BARRETO MENEZES CORDEIRO, *Direito da Proteção*, cit., pp. 395-396.

¹¹⁴ LUÍS PINHEIRO, *Direito aplicável*, cit., p. 37; BARRETO MENEZES CORDEIRO, *Direito da Proteção*, cit., p. 384; ALEXANDRE DE SOUSA PINHEIRO, et al, *Comentário ao Regulamento Geral de Proteção de Dados*, Almedina, 2018, pp. 636 e ss. Referindo que o conceito de dano se deverá interpretar autonomamente: MARIAN THON, *Transnationaler Datenschutz*, cit., pp. 28-29; CHRISTIAN KOHLER, *Conflict*, cit., pp. 672-673.

¹¹⁵ MAFALDA BARBOSA, *Data controllers e data processors: da responsabilidade pelo tratamento de dados à responsabilidade civil*, Revista de Direito Comercial (2018) 1, p. 443; BARRETO MENEZES CORDEIRO, *Direito da Proteção*, cit., pp. 390-391.

¹¹⁶ MAFALDA BARBOSA, *Data controllers*, cit., p. 445, referindo que a responsabilização contratual avulta de forma clara nas hipóteses de controlo conjunto, tendo, perante as de controlo paralelo,

Por outro lado, em matéria de responsabilidade, o legislador comunitário não estabeleceu os elementos de conexão no espaço para determinar a lei aplicável aos pressupostos da pretensão indemnizatória, pelo que importa, para este efeito, recorrer ao Direito de Conflitos de fonte interna¹¹⁷.

II. O que nos diz o RGPD quanto à possibilidade de submeter um litígio à arbitragem? O art. 78.º, de epígrafe “Direito à ação judicial contra uma autoridade de controlo”, refere, nos termos do n.º 1, “Sem prejuízo de qualquer outra via de recurso administrativo ou extrajudicial, todas as pessoas singulares ou coletivas têm direito à ação judicial (...)”¹¹⁸. Por sua vez, o art. 79.º, de epígrafe “Direito à ação judicial contra um responsável pelo tratamento ou um subcontratante”, adota a mesma formulação, ao referir “Sem prejuízo de qualquer outra via de recurso administrativo ou extrajudicial (...) todos os titulares de dados têm direito à ação judicial se considerarem ter havido violação dos direitos que lhes assistem nos termos do presente regulamento”. A referência à “extrajudicialidade” aparece, também, no considerando 52 e no art. 40.º/2, al. k)¹¹⁹. Por sua vez, em matéria

que se analisar o art. 800.º do CC; ANA FRANCISCA PINTO DIAS, *Responsabilidade civil pelo tratamento de dados pessoais: a responsabilidade do controller por factos próprios e por factos de outrem*, Revista de Direito da Responsabilidade (2019) 1, pp. 1284 e ss. Também neste sentido, segundo cremos: PEDRO ASENSIO, *Competência*, cit., p. 35.

Defendendo que, perante o direito a intentar ação judicial, o titular pode, através de uma ação inibitória (visando a condenação do responsável ou do subcontratante na abstenção do tratamento ilegal dos seus dados) fundar-se numa base contratual (incluindo violação de normas contratuais), como acontece se, por exemplo, o titular dos dados for um consumidor e o responsável pelo tratamento uma empresa de prestação de serviços ou se aquele titular for um trabalhador e o responsável pelo tratamento for a correspondente entidade patronal: MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *Protecção de dados*, cit., p. 6.

¹¹⁷ Quanto às pretensões fundadas em responsabilidade extracontratual, importa recorrer ao Direito de Conflitos de fonte interna, art. 45.º do CC: LUÍS PINHEIRO, *Direito aplicável*, cit., p. 38. Se existir violação do RGPD, mas não de um compromisso livremente assumido, cremos que mesmo na relação entre partes ligadas por um contrato se aplicará o art. 82.º RGPD e o art. 45.º CC e não o Regulamento Roma I. Consideramos poder extrair este raciocínio, analogamente, da delimitação entre matéria contratual e extracontratual para efeitos de competência internacional, conforme resulta do Ac. do Tribunal de Justiça de 24 de novembro de 2020, Proc. C-59/19, Wikingerhof GmbH & Co. Kg v. Booking.com BV.

¹¹⁸ O respetivo n.º 2 também possui uma redação similar: “Sem prejuízo de qualquer outra via de recurso administrativo ou extrajudicial, os titulares dos dados têm direito à ação judicial (...)”.

¹¹⁹ O considerando refere: “Uma derrogação deverá também permitir o tratamento desses dados pessoais quando tal for necessário à declaração, ao exercício ou à defesa de um direito, independentemente de se tratar de um processo judicial ou de um processo administrativo ou extrajudicial”. Por sua vez, o art. 40.º/2, al. k) permite às associações e outros organismos alterar e aditar códigos de conduta

de direito de indemnização e responsabilidade, o art. 82.º/6 dispõe que “Os processos judiciais para exercer o direito de receber uma indemnização são apresentados perante os tribunais competentes nos termos do direito do Estado-Membro a que se refere o art. 79.º/2”¹²⁰.

O que se deverá entender quanto à referência a “Sem prejuízo de qualquer outra via de recurso administrativo ou extrajudicial”? Na versão inglesa é utilizada a expressão “out-of-court procedure”. Na versão francesa “extrajudiciaire”, na italiana “stragiudiziale”, na espanhola “extrajudicial” e, por fim, na alemã “außergerichtlichen Verfahren”. Alguma doutrina tem interpretado esta referência como manifestação da relação entre o Direito da Proteção de Dados e o Direito da Arbitragem, assim concluindo que o legislador comunitário pretendeu, sob a designação “outra via de recurso (...) extrajudicial”, abranger a arbitragem¹²¹. A arbitragem corresponde a um *meio* ou *mecanismo extrajudicial de resolução de litígios*, definição que não é exclusiva do direito português, porquanto a referência à *extrajudicialidade*, nos sistemas de *civil law*, reporta-nos inegavelmente à arbitragem. No direito alemão¹²² e inglês¹²³ a questão não é diferente. No Direito Comunitário encontramos uma referência aos procedimentos extrajudiciais (em alemão “außergerichtlichen Verfahren”) como englobando a arbitragem, conforme nos indica o considerando 49 da Diretiva 2014/26/UE¹²⁴.

a fim de especificar “As ações extrajudiciais e outros procedimentos de resolução de litígios entre os responsáveis pelo tratamento e os titulares dos dados em relação ao tratamento, sem prejuízo dos direitos dos titulares dos dados nos termos dos arts. 77.º e 79.º”.

¹²⁰ Este preceito, ao referir “Os processos judiciais para exercer o direito de receber uma indemnização (...)” (sublinhado nosso), identificando os tribunais judiciais nos quais a ação judicial deverá ser intentada, não preclui a submissão à arbitragem, sendo apenas uma norma reguladora da competência do tribunal: JACQUES DE WERRA, *Using Arbitration*, cit., p. 204. Aparentemente contra este entendimento, sustentando uma interpretação restritiva e *a contrario sensu*: LYDIA LUNDSTEDT, *International Jurisdiction over Cross-Border Private Enforcement Actions under the GDPR*, Faculty of Law, Stockholm University Research Paper 57, 2018, p. 252.

¹²¹ MARKUS BURIANSKI/ BETTINA BRAUN, *DSGVO und internationale Schiedsverfahren*, cit., p. 1097-1098; FRITZ, et al, *Data Protection*, cit., pp. 201, 205; JACQUES DE WERRA, *Using Arbitration*, cit., pp. 200 e ss; KATHLEEN PAISLEY, *It's All About*, cit., pp. 858-859; ANJA CERVENKA/ MAG PHILIPP SCHWARZ, *Datenschutz im Schiedsverfahren*, cit., p. 81.

¹²² MORITZ LEMBCKE, *Die Influenz von Justizgewährungsanspruch, Rechtsprechungsmonopol des Staates und rechtlichem Gehör auf außergerichtliche Streitbeilegungsverfahren*, NVwZ (2008) 1, pp. 42-45.

¹²³ GABRIELLE KAUFMANN-KOHLER, *When Arbitrators Facilitate Settlement: Towards a Transnational Standard*, AI 25 (2009) 2, p. 190.

¹²⁴ “Consequentemente, é conveniente prever, sem prejuízo do direito de recurso a um tribunal, a possibilidade de um procedimento extrajudicial facilmente acessível, eficiente e imparcial – como a mediação ou a arbitragem – para a resolução de conflitos (...)”. Também recorrendo a este argumento

Perante este quadro, cremos que o RGPD se aplica à arbitragem em matéria de ação e direito à indemnização. Na opinião de Jacques de Werra, proibir tal interpretação seria contrário ao Direito Comunitário, especialmente ao art. 47.º da CDFUE (Direito à ação e a um tribunal imparcial)¹²⁵.

III. Diante do referido, suscita-se a seguinte questão: com a celebração de uma convenção de arbitragem, o titular está vinculado ao seu cumprimento, não podendo intentar ação junto dos tribunais judiciais? Por exemplo, a inclusão de uma convenção de arbitragem que atribui competência ao abrigo das regras da CCI, convenção esta que se encontra numa página *web* ou em Termos e Condições que o titular de dados tem de consentir para prosseguir com a utilização de uma determinada plataforma ou *App*, pretere a possibilidade deste recorrer à ação judicial? Pode a inserção de convenções de arbitragem em Termos e Condições de acesso a uma plataforma, ou num contrato, que vise regular a responsabilidade pelo tratamento dos dados pessoais, excluir ou limitar o recurso pelo titular aos tribunais judiciais? A questão não nos parece incontroversa, porquanto, como vimos, o RGPD em matéria de tutela judicial confere ao titular a possibilidade de recorrer às vias judiciais “Sem prejuízo de qualquer outra via de recurso administrativo ou extrajudicial”. Significa, desta forma, que o recurso às vias judiciais não pode ser preterido a favor do tribunal arbitral? Do ponto de vista literal e teleológico, essa parece-nos a solução que o legislador comunitário pretendeu consagrar. A ideia, segundo interpretamos, não é lançar um anátema sobre a arbitragem como meio de resolução de litígios, mas *expandir* o sistema de tutela a que o titular de dados pode recorrer.

Perante esta situação, segundo a letra e o espírito do preceito, o mais adequado é admitir que a estipulação de uma convenção de arbitragem num contrato não é exclusiva do titular de dados, podendo este optar entre o recurso a ação no tribunal estadual ou no arbitral¹²⁶. Podemos, em certo sentido, encontrar no direito português

para sustentar que a aplicação do RGPD à arbitragem tem sustento na lei: MARKUS BURIANSKI/ BETTINA BRAUN, *DSGVO und internationale Schiedsverfahren*, cit, p. 1097-1098.

¹²⁵ JACQUES DE WERRA, *Using Arbitration*, cit., p. 203, fundamentando-se no European Union Agency for Fundamental Rights, *Handbook on European Law Relating to Justice*, de 2016.

¹²⁶ Tem sido admitida a possibilidade de convenção de arbitragem não exclusiva, no sentido de o interessado poder escolher entre jurisdição arbitral e estadual: RAÚL VENTURA, *Convenção de Arbitragem*, ROA 46 (1986), p. 380; MARIANA GOUVEIA, *Curso de Resolução*, cit., pp. 129-130. Na jurisprudência também existem casos de cláusulas compromissórias em termos alternativos, tendo os tribunais reconhecido essa alternatividade de jurisdições, conforme Acórdãos da Relação do Porto de 31 de janeiro de 2011, Coletânea de Jurisprudência, 2011, I, p. 191, e da Relação de Lisboa,

uma norma com solução que se pode aproximar ao sentido pretendido pela referida disposição do RGPD, como é o caso do art. 21.º, al. h) LCCG, ao estatuir que “São em absoluto proibidas as cláusulas contratuais gerais que (...) prevejam modalidades de arbitragem que não assegurem as garantias de procedimento estabelecidas na lei”. Perante este preceito alguns Autores sustentaram que estaríamos perante uma competência concorrente com os tribunais judiciais¹²⁷. Posição diferente acolheu o Ac. STJ, de 4 de outubro de 2005, Proc. n.º 05A2222, ao considerar que a convenção de arbitragem era válida, porquanto respeitava a LAV. De facto, nestes casos, parece-nos que o problema não é de consentimento, no sentido de proteger o consumidor quanto ao erro na celebração do contrato, por incompreensão ou falta de informação, o que seria resolvido com recurso às normas civis reguladoras da formação do contrato¹²⁸, mas dos limites à utilização da arbitragem em conflitos com consumidores¹²⁹. No nosso caso a situação é também sobre os limites da arbitrabilidade dos litígios sobre dados pessoais, não um problema de consentimento ou de compreensão esclarecida quanto à vinculação à convenção.

6.2. Litígios entre responsáveis e subcontratantes

A *praxis* comercial tem evidenciado que responsáveis e subcontratantes regulam extensivamente as obrigações a que estão vinculados, no âmbito do RGPD, quer se tratando de responsabilidade conjunta pelo tratamento, art. 26.º, quer perante vínculos de subcontratação, art. 28.º. Estes acordos visam regular às vicissitudes contratuais que podem ocorrer durante o tratamento de dados, implicando a distribuição de riscos e de competências entre os intervenientes. É assim comum encontrar cláusulas de: (i) incumprimento do tratamento de dados (*data breach clauses*); (ii) limitação da responsabilidade; (iii) distribuição de riscos ou responsabilidades; (iv) confidencialidade. No geral, visa-se uma maior especificação dos comportamentos e atos que os intervenientes devem praticar. Perante a extensiva regulação contratual destas matérias, as partes geralmente atribuem competência a um determinado tribunal (pacto de jurisdição).

Perante situações litigiosas que possam surgir destes contratos, como olhar para a submissão à arbitragem? Em primeiro lugar, é importante reconhecer que

de 28 de outubro de 2010, Proc. n.º 357/10.5YRLSB-8.

¹²⁷ DÁRIO MOURA VICENTE, *A Manifestação do Consentimento na Convenção de Arbitragem*, RFDUL 43 (2002) 2, p. 998.

¹²⁸ MANUEL PEREIRA BARROCAS, *Manual de Arbitragem*, 2ª ed, Almedina, 2013, p. 224.

¹²⁹ MARIANA GOUVEIA, *Curso de Resolução*, cit., pp. 128-129.

o RGPD não se aplica a pessoas coletivas (no sentido de estas poderem basear-se como fonte legal para o reconhecimento de certos direitos, inclusivamente quanto à possibilidade de requerer indemnização pela violação do Regulamento, conforme o art. 82.º)¹³⁰. Ademais, nestas situações a apreciação ou aplicação do RGPD seria sempre meramente accidental ou residual, já que estamos num litígio de ordem contratual ou comercial, onde se discute o cumprimento ou não de certa cláusula pela parte contrária, a verificação ou não de certo facto fundador de responsabilidade contratual. Em rigor, não existe, nestas hipóteses, um problema “específico” de arbitrabilidade da controvérsia, tratando-se de uma mera disputa contratual. A convenção de arbitragem poderá ter um âmbito de maior ou menor extensão, englobando todos ou apenas alguns aspetos relacionados com o tratamento de dados, podendo dar-se o caso de certas situações terem sido excluídas (*carve out*) da convenção de arbitragem¹³¹.

6.3. As disputas sobre a portabilidade de dados

Antevimos que o direito à portabilidade possui uma inequívoca dimensão económica, potenciando a livre circulação de dados. A doutrina tem admitido que se trata de um direito de onde podem surgir disputas, considerando o número de intervenientes geralmente presentes quando o titular pretende a migração dos seus dados¹³². Para o litígio entre responsável pelo tratamento e titular de dados ser submetido à arbitragem é pressuposto que ambos estejam vinculados por esta; situação mais complexa será a abrangência de um terceiro que, com base art. 20.º/4 do RGPD, recorra à arbitragem, procurando o ressarcimento dos danos sofridos¹³³.

¹³⁰ Por todos: MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *Protecção de dados*, cit., pp. 5-6. Defendendo uma posição minoritária e assumindo uma interpretação ampla dos sujeitos com legitimidade para propor a responsabilidade, englobando também pessoas coletivas: BARRETO MENEZES CORDEIRO, *Direito*, cit., pp. 388-391.

¹³¹ Perante o *carve out*, de certas disposições, nas convenções de arbitragem: JACQUES DE WERRA, *The Expanding Significance of Arbitration for Patent Licensing Disputes: From Post-Termination Disputes to Pre-Licensing FRAND Disputes*, ASA Bulletin 32 (2014) 4, p. 694; JACQUES DE WERRA, *Alternative Dispute Resolution for Trademark Disputes*, in Irene Calboli/Jane C. Ginsburg (coord.). *The Cambridge Handbook of International and Comparative Trademark Law*, Cambridge University Press, 2020, p. 151.

¹³² JACQUES DE WERRA, *Using Arbitration*, cit., pp. 197, 200, salientando que o art. 20.º/4 intensifica essa litigiosidade, porquanto envolve terceiros.

¹³³ JACQUES DE WERRA, *Using Arbitration*, cit., p. 203. Referindo que, perante este preceito, podem gerar-se disputas sobre propriedade intelectual, com estreita relação com o RGPD: JACQUES DE WERRA, *From Intellectual Property (Data-Related) Disputes to Data Disputes: Towards the Creation*

6.4. Arbitragem de litígios de dados nos serviços de intermediação em linha?

Outro tipo de situações que podem desencadear disputas sobre dados pessoais têm como pano de fundo o Regulamento (UE) 2019/1150, relativo à promoção da equidade e da transparência para os utilizadores profissionais de serviços de intermediação em linha. A extensão de disputas possíveis excede os litígios sobre dados, sem prejuízo da sua enorme relevância atribuída pelo Regulamento. Por um lado, o considerando 33 faz menção expressa da “capacidade de aceder a dados, incluindo dados pessoais, e de os utilizar pode permitir uma importante criação de valor no âmbito da economia das plataformas em linha, tanto em termos gerais como para os utilizadores profissionais e os serviços de intermediação em linha envolvidos”. O art. 9.º, de epígrafe (Acesso aos dados), impõe aos prestadores de serviços de intermediação em linha que “devem incluir nas suas cláusulas contratuais gerais uma descrição do acesso técnico e contratual, ou da sua ausência, por parte dos utilizadores profissionais a quaisquer dados pessoais ou outros tipos de dados”, especificando, no n.º 2, os deveres de informação a cargo dos prestadores de serviço. Segundo Jacques de Werra, pode esperar-se que, num “mundo empresarial orientado pelos dados”, surjam disputas sobre o seu acesso e utilização¹³⁴.

Por um lado, o Regulamento (UE) 2019/1150, fazendo expressa menção à mediação (art. 12.º e 13.º) e a mecanismos judiciais (art. 14.º) não faz à arbitragem. Trata-se de uma opção legislativa cujos contornos não são claros, atendendo à inexistência de elementos históricos indicativos¹³⁵. Por outro, nada no Regulamento parece obstar a que se recorra à arbitragem como meio de resolução alternativa de litígios, considerando que não existe entendimento expresso a excluir a sua aplicação. No considerando 49 é referido que a Comissão deverá avaliar o Regulamento periodicamente e monitorizar os efeitos sobre a economia das plataformas em linha, referindo que essa avaliação “deverá incluir os efeitos sobre os utilizadores profissionais que possam resultar da utilização generalizada de cláusulas relativas à escolha do direito aplicável e à eleição do foro competente constantes das cláusulas contratuais gerais determinadas unilateralmente pelo prestador de serviços de intermediação em linha”. Parece-nos que a referência a “cláusulas relativas à escolha do direito aplicável e à eleição do foro” inclui os mecanismos de resolução alternativa de litígios, como a arbitragem¹³⁶.

of a Global Dispute Resolution Ecosystem for Data Disputes in the Digital Era, in *Resolving IP Disputes*. Graz: NWV Verlag, 2018, pp. 91-93.

¹³⁴ JACQUES DE WERRA, *Using Arbitration*, cit., p. 208.

¹³⁵ JACQUES DE WERRA, *Using Arbitration*, cit., p. 213.

¹³⁶ JACQUES DE WERRA, *Using Arbitration*, cit., p. 214; JACQUES DE WERRA, *From Intellectual Property*, cit., p. 105.

§7. O direito aplicável ao mérito da causa no litígio sobre dados pessoais

I. Aqui chegados, importa compreender qual o direito aplicável ao mérito da causa diante de uma disputa sobre dados pessoais. Antevimos que o tribunal arbitral está vinculado ao RGPD como Direito material uniforme, não sendo possível afastar as suas normas com base na escolha de lei (autonomia conflitual) ou através da incorporação de regras jurídicas (referência material)¹³⁷. Vimos também que na aplicação do RGPD os árbitros deverão respeitar a autonomia e a especialidade do Direito material uniforme, esforçando-se por favorecer a uniformidade internacional de interpretações.

O RGPD prevalece por força própria sobre outros instrumentos comunitários, impondo-se como ato legislativo da UE aos árbitros. Significa que este não é imposto pelo Direito de Conflitos da arbitragem voluntária do estado do foro (por exemplo, art. 52.º/1 LAV), mas pela vinculação às diretrizes comunitárias. Contudo, nada impede que as partes designem o RGPD como lei aplicável. Somos de crer que a remissão expressa para o RGPD pode reconduzir à aplicação da lei local de execução nacional competente, verificados os respetivos elementos de conexão (*v.g.*, lugar onde ocorreu o tratamento de dados)¹³⁸. Por outro lado, é questionável se as partes podem remeter para as regras do RGPD, independentemente da sua vigência em determinada ordem jurídica, considerando que tal poderia entrar em conflito com outra legislação aplicável em matéria de dados pessoais e com as respetivas leis locais de proteção de dados.

Esta conclusão não prejudica a aplicação do Direito de Conflitos da arbitragem voluntária, quando tal não contrarie as diretrizes aplicáveis nos termos do RGPD, já que a maioria das legislações estabelece um âmbito de aplicação no espaço que inclui a regulação das arbitragens realizadas em território nacional (art. 61.º LAV)¹³⁹. Por outro lado, em rigor, a questão da extensão da aplicação do Direito Comunitário pelos tribunais arbitrais só se coloca perante arbitragens internacionais, e não domésticas, já que nestas últimas o Direito Comunitário é aplicado como Direito estadual. A questão coloca-se apenas quanto ao grau de vinculação e à margem de livre apreciação do tribunal arbitral: quanto mais a relação controvertida se inserir no espaço comunitário, maior será o grau de vinculação dos árbitros ao RGPD.

¹³⁷ Por todos, considerando o já referido: PEDRO MIGUEL ASENSIO, *The Rome I and Rome II Regulations*, cit., pp. 233-234.

¹³⁸ Referindo que, na falta de escolha da lei aplicável, deve ser aplicada a lei local de proteção de dados, como resulta do caso *Elliot Associates v. Korea*: JIE HUANG/ DAN XIE, *Data*, cit., p. 173.

¹³⁹ Trata-se da designada “regra da territorialidade”: ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado da Arbitragem*, cit., p. 557.

Se a situação for a inversa, o tribunal arbitral passa a ter uma maior margem de apreciação da diretriz comunitária. Defendemos que, existindo essa margem de apreciação, dever-se-á acatar a pretensão de aplicabilidade do RGPD, mesmo que o mérito da causa não esteja submetido à lei de um Estado-Membro, se, em virtude do seu âmbito de aplicação, este for aplicável. Essa pretensão não será absoluta, mas apenas parcial, se a arbitragem possuir contacto com Estados terceiros¹⁴⁰. Se tal não for acatado pelo tribunal arbitral certamente existirá fundamento para anulação da sentença por violação da ordem pública internacional¹⁴¹.

II. Perante disputas que envolvam a aplicação do RGPD e de outra lei a título de *lex contractus* (quer as partes tenham escolhido certa lei, ou incorporarem as suas disposições no contrato), suscita-se a questão da aplicação de regras distintas quanto a diversos e autonomizáveis aspetos da relação material (*dépeçage*)¹⁴². Será bastante provável que esta questão se coloque em duas situações: (i) perante disputas sobre a portabilidade de dados, considerando, como vimos, que pode suscitar-se a violação de direitos contratuais (inclusivamente de terceiros à relação), muitos deles regulados pelo Direito da Propriedade Intelectual; (ii) nos casos em que responsável e sub-

¹⁴⁰ Apesar do RGPD, através do princípio da extraterritorialidade, se impor a países terceiros como Direito material uniforme, imunizando-o contra o DIP de Estados terceiros, tal não poderá impedir a existência de uma margem de apreciação do tribunal do arbitral, porquanto a relação material controvertida pode ou não se inserir inteiramente no espaço comunitário.

¹⁴¹ Conforme vimos, o RGPD possui um cariz imperativo e não pode ser derogado: MARKUS BURIANSKI/BETTINA BRAUN, *DSGVO und internationale Schiedsverfahren*, cit, p. 1097-1098. Não trataremos do problema do reconhecimento de sentenças arbitrais por violação da ordem pública, nem da anulação da sentença arbitral com base na violação da ordem pública. Sobre a segunda questão em relação ao Direito Comunitário: ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *Da ordem pública no processo arbitral*, in Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Lebre de Freitas, Vol. II, Coimbra Editora, 2013, p. 635.

¹⁴² Admitindo o *dépeçage* na arbitragem transnacional: ALEXANDER J. BELOHLÁVEK, *Application of Law in Arbitration, Ex Aequo et Bono and Amiable Compositeur*, in orders of Procedural and Substantive Law in Arbitral Proceedings (Civil versus Common Law Perspectives), Czech (& Central European) Yearbook of Arbitration (2013) 3, pp. 34 e ss; LINO DIAMVUTU, *O favor Arbitrandum: ensaio de uma teorização*, Dissertação de Doutoramento apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2019, p. 91; LINDA SILBERMAN/FRANCO FERRARI, *Getting to the Law Applicable to the Merits in International Arbitration and the Consequences of Getting it Wrong*, in Conflict of Laws in International Commercial Arbitration (coord. Franco Ferrari, Stefan Kröll), JurisNet, 2019, p. 387. Perante o direito português, defendendo que o art. 52.º/1 da LAV abre as portas à aplicação de várias leis: CATARINA MONTEIRO PIRES/RUI PEREIRA DIAS, *Arbitragem internacional e autonomia privada: primeiras reflexões*, in Arbitragem comercial: estudos comemorativos dos 30 anos do Centro de Arbitragem Comercial da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa, Almedina, 2019, p. 250; DÁRIO MOURA VICENTE, *Artigo 52.º – Regras de direito aplicáveis ao fundo da causa*, in Lei da Arbitragem Voluntária Anotada, 4ª ed, Almedina, 2019, p. 163.

contratante, regulando as suas obrigações nos termos do RGPD, disponham sobre aspetos puramente contratuais da relação estabelecida. Perante estas situações o RGPD tem apenas um âmbito de aplicação parcial, na medida em que as suas normas suscitam aplicação quanto a alguns segmentos da relação material.

Pode ainda questionar-se a relevância autónoma das normas do RGPD. A questão diz respeito à eventual aplicação pelos árbitros de normas do RGPD que não integram as regras de Direito escolhidas pelas partes ou, na sua omissão, o Direito que os árbitros consideram ser primariamente aplicável. Como se antevê pelo raciocínio que traçámos, somos de crer que os árbitros tenham em consideração as disposições do RGPD no plano da sua relevância autónoma, independentemente da mediação de uma ordem jurídica estadual. Considerando a vinculação dos árbitros ao RGPD, na omissão de escolha pelas partes o tribunal terá de determinar a lei competente segundo o princípio da conexão mais estreita (art. 52.º/2 LAV), devendo analisar-se se, em concreto, a relação material controvertida se insere total ou apenas parcialmente no espaço comunitário¹⁴³. É importante considerar que na determinação da lei competente não podem ser tomados em consideração direitos não-estaduais¹⁴⁴, o que, no nosso caso, impede a escolha de uma lei local de proteção de dados estrangeira.

Perante os tribunais da arbitragem transnacional a questão será mais complexa, já que estes não possuem uma *lex fori* (um Direito estadual que se apresente *a priori* como exclusivamente competente para definir o seu estatuto) e estão em contacto com uma pluralidade de ordens jurídicas¹⁴⁵. Nestas situações será necessária uma análise mais rigorosa sobre a inserção da relação material controvertida no

¹⁴³ LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional Privado – Vol. II – Direito de Conflitos – Parte Especial*, 4ª ed. refundida, 2015, pp. 724-725. À semelhança do que acontece com o § 1051, 2 ZPO e com o art. 187.º/1, 2ª parte da Lei Suíça de DIP, o critério adotado na LAV é de feição localizadora e não material, o que pode contribuir para uma maior segurança jurídica no quadro da operação de determinação da lei aplicável: RUI PEREIRA DIAS, *Direito aplicável à convenção de arbitragem e ao mérito*, in *Arbitragem Internacional Lusófona – Vol. I* (coord. Rui Pereira Dias/Catarina Monteiro Pires), Almedina, 2020, p. 188.

¹⁴⁴ LUÍS PINHEIRO, *Direito Internacional Privado – Vol. II*, cit., pp. 724-725.

¹⁴⁵ LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Direito aplicável ao mérito da causa na arbitragem transnacional*, ROA 63 (2003) 2-3, pp. 163 e ss. Constitui opinião hoje largamente dominante na jurisprudência e doutrina que os tribunais da arbitragem transnacional não possuem uma *lex fori* semelhante à dos tribunais comuns, não estando, igualmente, submetidos a um particular sistema de DIP: LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Contrato de Empreendimento Comum (Joint Venture) em Direito Internacional Privado*, Almedina, 2003, pp. 572 e ss; LUÍS PINHEIRO, *Direito Internacional Privado – Vol. II*, cit., p. 709; ANDRÉ ALMEIDA MARTINS, *Fixação das Regras Processuais e Exercício da Função Arbitral na Arbitragem Voluntária – Poderes de Conformação, Processo Equitativo e sua Concretização no Plano da Produção de Prova*, Almedina, 2022, pp. 75 e ss.

espaço comunitário e a extensão com que o tribunal arbitral ainda possui margem de apreciação quanto à aplicação do RGPD¹⁴⁶.

§8. Conclusões: *quo vadis* para a arbitragem de litígios sobre dados pessoais?

I. A possibilidade de submeter um litígio sobre dados pessoais à arbitragem corresponde a um assunto só recentemente estudado, não existindo, atualmente, uma abordagem sistemática sobre os seus vários eixos problemáticos. O que nestas linhas ficou escrito corresponde apenas a uma primeira visão sobre o problema, visando enunciar as principais questões com que a arbitragem de litígios sobre dados pessoais se depara.

Gostaríamos de assinalar duas notas: uma prática e uma científica. Começando pelas considerações práticas, a submissão à arbitragem de litígios sobre dados pessoais permite atribuir ao titular de dados a possibilidade de recorrer a um tribunal arbitral para resolver o seu litígio, algo muito importante para *promover a arbitragem e consagrar soluções equilibradas aos interesses em jogo*. Do ponto de vista científico, é de salientar que a arbitragem de dados pessoais desafia toda a dogmatização. A imposição aos árbitros do RGPD enquanto Direito material uniforme, decorrente da vinculação dos árbitros ao Direito Comunitário e às diretrizes comunitárias, contraria o dogmatismo tradicional, apenas encontrando paralelo de raciocínio com a aplicação do Direito da Concorrência pelos árbitros. O facto de o âmbito de aplicação do RGPD surgir muito amplo, em virtude dos elementos de conexão expressos no art. 3.º – o que, em algumas situações, pode não assegurar a existência de uma ligação significativa com a União na determinação do Direito aplicável – torna estas arbitragens algo rebeldes, porquanto dependentes do caso concreto e, por sua vez, da aplicabilidade absoluta ou parcial do RGPD.

II. A arbitragem de litígios sobre dados pessoais é a expressão do mais atual *favor arbitrandum*, visando o desenvolvimento de um eficiente sistema de resolução de litígios, a redução da pendência de processos nos tribunais judiciais e a facilitação dos fluxos de dados na UE.

¹⁴⁶ Referindo que (i) a possibilidade de existirem diretrizes contraditórias que provenham de diferentes Estados e (ii) o facto de a arbitragem transnacional não conhecer o seu fundamento jurídico num ordenamento estadual, confere aos árbitros uma margem de apreciação, sobre essas diretrizes, incompatível com uma vinculação absoluta a um determinado Estado (perante o nosso caso, o RGPD): LUÍS PINHEIRO, *A determinação do estatuto*, cit., p. 256.