

DADOS PESSOAIS COMO OBJETO MEDIATO DE NEGÓCIOS JURÍDICOS ONEROSOS

Pela Dra. Maria Benedita Carneiro da Frada Cunha Pinto(*)

SUMÁRIO:

1. Introdução. **2. Dados pessoais: objeto mediato de negócios jurídicos onerosos.** **2.1.** Pagamento com dados pessoais (contraprestação). **2.2.** Dados pessoais como objeto mediato do negócio. **2.3.** Requisitos do objeto negocial. **3. Admissibilidade do objeto.** **3.1.** Tendência legislativa. **3.2.** Consentimento nos termos do Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados. **3.3.** Consentimento nos termos do Código Civil. **3.3.1.** Dados pessoais e direitos de personalidade. **3.3.2.** Consentimento como limitação voluntária de direitos de personalidade. **4. Problemas subsequentes.** **4.1.** Efeitos da revogação do consentimento e a responsabilidade civil (por factos lícitos). **4.2.** O que acontece ao contrato pago com dados pessoais perante a retirada do consentimento pelo titular dos dados? **4.3.** Será que a revogação do consentimento implica a invalidade dos negócios jurídicos subsequentes? **5. Conclusão. Bibliografia citada. Jurisprudência citada. Websites citados.**

Resumo

Cada vez mais são celebrados negócios jurídicos com dados pessoais como objeto mediato do negócio. Especialmente quando o fornecimento de produtos, conteúdos ou serviços é ‘pago’ com dados pessoais (contraprestação). Este artigo averigua a eventual admissibilidade deste modelo de negócios, à luz do ordenamento jurídico português, por causa do seu objeto. Em particular, estuda o consentimento enquanto limitação voluntária de direitos de personalidade e fundamento de licitude do negócio. Tem como desafio perceber se faz sentido aplicar o Direito Civil clássico ao fornecimento de produtos, conteúdos

(*) Advogada e Mestre em Direito pela Universidade Católica Portuguesa — Porto. Email: <beneditacfunhapinto@gmail.com>, <mbcp-61605p@adv.ou.pt>.

ou serviços a troca de dados pessoais. Ademais, procura formular perguntas e apresentar possíveis soluções para problemas relativos aos efeitos contratuais deste modelo de negócio, partindo do pressuposto da sua admissibilidade.

Palavras-chave: Dados pessoais, contraprestação, consentimento, negócios jurídicos onerosos, objeto mediato.

Abstract

Legal transactions are increasingly celebrated with personal data as the mediate object of the business. Especially when the supply of products, content or services is ‘paid’ for with personal data (counter-performance). This article investigates the possible admissibility of this business model, in the light of the Portuguese jurisdiction, because of its object. In particular, it studies the consent as a voluntary limitation of personality rights and legal basis of the contract. Its challenge is to understand whether it makes sense to apply classical Civil Law to the provision of products, content or services in exchange for personal data. Moreover, it seeks to formulate questions and present possible solutions to problems related to the contractual effects of this business model, based on the assumption of its admissibility.

Keywords: Personal data, counter-performance, consent, onerous contracts, mediate object.

Siglas e abreviaturas

- Ac.** Acórdão
- Art(s).** Artigo(s)
- B2B** *Business-to-Business*
- B2C** *Business-to-Consumer*
- CC** Código Civil
- cf.** confronto
- cons.** considerando
- CRP** Constituição da República Portuguesa
- Dir.** Diretiva
- DL** Decreto-lei
- EDPB** European Data Protection Board
- EM** Estado(s) Membro(s)
- ob. cit.** obra citada
- p./pp.** página(s)
- proc.** processo
- rel.** relator

- RGPD** Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados
STJ Supremo Tribunal de Justiça
TFUE Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia
TJUE Tribunal de Justiça da União Europeia
UE União Europeia
v.g. *verbi gratia*, por exemplo.
Vol. volume

1. Introdução

O fornecimento de produtos, conteúdos ou serviços a troco de dados pessoais — sobre o que incide este trabalho — já é uma realidade existente. Não raras vezes o pagamento é feito com dados pessoais ao invés de uma prestação pecuniária.

É frequente que a recolha de dados pessoais seja condição exigida para que um determinado comprador possa usufruir de um bem, conteúdo ou serviço, ainda que os dados pessoais não sejam necessários para a execução do contrato. Embora muitos destes negócios se apresentem como ‘gratuitos’, não o são. Aliás, a sua apresentação como ‘gratuitos’ tem a intenção de facilitar a recolha de dados pessoais junto do seu titular. Esta realidade acontece maioritariamente em ambiente digital. Pense-se, por exemplo, na criação de uma conta numa rede social como o *Facebook* ou o *Instagram* em que o titular de dados disponibiliza os seus dados pessoais e os mesmos são utilizados para outras finalidades que não a execução do contrato (sobretudo publicitárias). Geralmente na internet são apresentadas plataformas para as quais os seus utilizadores têm apenas uma vaga noção — ou mesmo nenhuma — dos dados pessoais que são recolhidos, do que é feito após a sua recolha, inclusive se são transferidos ou mesmo vendidos a terceiros⁽¹⁾. Esta realidade deve-se ao facto de os dados pessoais terem um valor económico dificilmente dimensionável pelo titular dos dados, constituindo uma verdadeira fonte de rendimento para as empresas.

O negócio jurídico é, por excelência, a manifestação da autonomia da vontade. A autonomia privada, nomeadamente a autonomia contratual reflete os atos de vontade das partes. No entanto, a utilização de dados pes-

(1) Neste sentido veja-se CARRIÈRE-SWALLOW/HAKSAR (2019, p. 30).

soais como objeto mediato de negócios jurídicos onerosos levanta algumas dificuldades de compatibilização entre o Direito da Proteção de Dados e o Direito dos Contratos⁽²⁾. Serão válidos negócios com dados pessoais como contraprestação à luz do ordenamento jurídico português? Haverá limites à autonomia das partes quando estas decidem celebrar um negócio jurídico com dados pessoais como contraprestação? Nas páginas que se seguem procuramos perceber em que medida a legislação admite dados pessoais como objeto mediato de negócios jurídicos onerosos uma vez que, na maioria dos casos, as empresas utilizam os dados pessoais para outras finalidades que não a execução do contrato.

Começamos por uma análise conceptual do tema, recorrendo a conceitos e classificações clássicas do Direito Civil. Em seguida, estudamos a questão da licitude nos termos do RGPD⁽³⁾ e sobre a perspectiva civilística do CC. Em particular — e adiantando desde já algumas conclusões — abordamos em detalhe o consentimento, enquanto fundamento de licitude para este modelo de negócio. O objetivo é claro: averiguar de que forma a legislação vigente acolhe ou não este tipo de negócios, que já são prática comum.

Poderíamos, pois, ficar por aqui, não fosse conveniente averiguar algumas questões perante a possível admissibilidade de dados pessoais como objeto mediato de negócios jurídicos, designadamente: existe uma obrigação de indemnizar a contraparte pelos danos resultantes da retirada do consentimento? O que acontece ao contrato perante a revogação do consentimento do titular de dados? A revogação do consentimento implica a invalidade dos negócios jurídicos subsequentes?

Muito embora, no imediato, pensemos neste tipo de negócios e os seus efeitos no domínio das relações de consumo⁽⁴⁾, como se perceberá, a questão é mais abrangente, podendo ocorrer ou ter implicações tanto no âmbito

(2) No mesmo sentido NARCISO (2019, p. 131, ss.) e WENDEHORST (2017, pp. 14-18).

(3) Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de Abril de 2016 (Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados).

(4) Possivelmente, pelo facto de qualquer cidadão comum, enquanto consumidor, estar mais familiarizado com esta realidade por via das plataformas que subscreve, sites e outros conteúdos e serviços digitais a que acede diariamente. Por outro lado, não esqueçamos as recentes alterações legislativas no âmbito do direito do consumo. Mais precisamente as Dir. (UE): a) 2019/770 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de maio de 2019, sobre certos aspetos relativos aos contratos de fornecimento de conteúdos e serviços digitais, e; b) 2019/771 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de maio de 2019, relativa a certos aspetos dos contratos de compra e venda de bens que altera o Regulamento (UE), 2017/2394 e a Dir. 2009/22/CE e que revoga a Dir. 1999/44/CE. Entretanto estas Dir. foram transpostas para o ordenamento português pelo DL 84/2021, de 18 de Outubro. Estas Dir. foram alvo de grande discussão e divulgação.

das relações negociais B2C como B2B⁽⁵⁾. Além do mais, a doutrina tem dirigido a atenção exclusivamente para o estudo dos dados pessoais como contrapartida no âmbito dos contratos de fornecimento de conteúdos e serviços digitais⁽⁶⁾. Ambicionamos apresentar um estudo mais vasto, que supomos ser de atribuir a este modelo de negócio. Pretendemos abranger casos menos vulgares como a compra e venda de um produto a troco de dados pessoais — v.g. o caso da *Data Pro Quo* (a primeira máquina de venda automática cujos produtos são pagos com dados pessoais)⁽⁷⁾ ou da *Shiru Café* (a compra e venda de café a troco de dados pessoais)⁽⁸⁾.

Sem prescindir e não obstante os dados pessoais (relativos a pessoa singular identificada ou identificável)⁽⁹⁾ como os dados não pessoais (incluindo dados técnicos, financeiros, industriais e científicos)⁽¹⁰⁾ serem de particular relevância neste domínio, optámos por tratar o presente tema apenas sobre a perspetiva dos dados pessoais⁽¹¹⁾, atenta a complexidade do tema e as limitações de espaço.

Neste trabalho não desejamos desenvolver um estudo sobre proteção de dados pessoais, apesar de se tornar inevitável a sua referência. O que se pretende é fazer uma análise do ponto de vista do Direito dos Contratos, sobretudo perceber se faz sentido aplicar o Direito clássico a novos modelos de negócio associados à ascensão da Economia de Dados (*Data Economy*)⁽¹²⁾.

(5) Este tipo de negócios também se pode colocar nas relações entre particulares. No entanto, estas relações não serão objeto da nossa análise.

(6) Entre muitos exemplos: redes sociais como o *Twitter* ou o *Snapchat*, contratos de *download* de aplicações gratuitas como o *Google Maps*, o *Spotify* ou a *Dropbox*, ou contratos de utilização de websites como o *Youtube*.

(7) Cf. Shackleton, part of Accenture Interactive, “Data Pro Quo — The first vending machine where you pay with data”, 06/05/2021. <<https://www.adsoftheworld.com/campaigns/data-pro-quo>>, consult. em 1/04/2022. Markteer, “E se pague um chocolate com os seus dados pessoais em vez de dinheiro?”, 7/05/2021. <<https://marketeer.sapo.pt/e-se-pagasse-um-chocolate-com-os-seus-dados-pessoais-em-vez-de-dinheiro/>>, consult. em 1/04/2022.

(8) Shiru Café powered by Enrission, Inc., <<https://global.shirucafe.com/student.php>>, consult. em 1/04/2022.

(9) Art. 4.º/1 do RGPD.

(10) Além destes, também os dados anonimizados são considerados não pessoais uma vez que lhes foram retiradas as informações que os ligavam a uma pessoa singular identificável.

(11) Embora a atenção da doutrina e jurisprudência esteja mais voltada para o estudo dos dados pessoais, não se pode negar a relevância dos dados não pessoais no âmbito da economia de dados, nomeadamente no contexto *B2B*.

(12) Os dados pessoais são o novo “petróleo” (CARRIÈRE-SWALLOW/HAKSAR, 2019, p. 1). A este propósito veja-se ainda WIEDEMANN (2020, pp. 1168-1181). O autor, a propósito da análise de um caso relativo à coleta de dados pessoais “*On-Facebook*” e “*Off-Facebook*”, menciona que os dados pessoais têm um valor económico e que é difícil compatibilizar a Dir. 2019/770 com o RGPD.

2. Dados pessoais: objeto mediato de negócios jurídicos onerosos

2.1. Pagamento com dados pessoais (contraprestação)

Este trabalho apenas versa sobre negócios jurídicos com dados pessoais como forma de pagamento. Logo, estudamos os negócios cujo pagamento com dados pessoais é uma condição⁽¹³⁾ para o acesso ao produto, conteúdo ou serviço. Melhor dizendo, dados pessoais que funcionam como contraprestação⁽¹⁴⁾ são dados pessoais que são utilizados para outros fins, que não a execução do contrato e/ou o cumprimento da lei, mas sim que funcionam como uma verdadeira contrapartida ou compensação⁽¹⁵⁾ do credor.

Como referido, o titular dos dados nem sempre tem consciência de que está a dar os seus dados pessoais como contraprestação, muito menos que os seus dados pessoais representam um valor económico⁽¹⁶⁾. Estes

⁽¹³⁾ Em sentido não técnico (270.º do CC), mas em sentido corrente apenas para uma melhor compreensão do leitor. Na nossa perspetiva o ‘pagamento com dados pessoais’ não se enquadra no art. 270.º do CC. Entendemos que uma contraprestação não deve acumular a função de evento futuro e incerto de que dependem os efeitos do negócio. Ademais, se pensarmos num negócio convencional em dinheiro, o pagamento em dinheiro também não é considerado uma condição do negócio, mas, sim, uma contraprestação negocial.

⁽¹⁴⁾ A doutrina estrangeira usa a expressão ‘*data as counter-performance*’. Embora sejam escassos os textos sobre a matéria, a doutrina portuguesa adota a expressão ‘dados como contraprestação’, fruto da tradução literal — v.g. entre outros, NARCISO (2019, pp. 129-147). Neste sentido, por uma questão de uniformização e harmonização com os demais textos académicos, optámos na maioria das vezes por esta tradução. Em todo o caso, sem querer confundir o leitor, esclareça-se o seguinte: na língua inglesa ‘*counter-performance*’ significa contraprestação bem como contrapartida. Já a língua portuguesa distingue ‘*contraprestação*’ de ‘*contrapartida*’. A primeira remete-nos para a ação e a segunda para aquilo que se recebe na ação de contraprestação. Com rigor, dados pessoais são a contrapartida (objeto mediato) e o pagamento com os mesmos é a contraprestação.

⁽¹⁵⁾ Em sentido não técnico.

⁽¹⁶⁾ Cada vez mais as informações dos utilizadores têm um valor económico. A entrada em vigor do RGPD tornou “*mais difícil a recolha lícita de dados pessoais, tendo isso aumentado o valor económico dos dados pessoais enquanto asset*” (DUARTE/GUSEINOV, 2019, p. 107). Pode até perguntar-se: será que quanto mais finalidades servirem, maior será o valor dos dados pessoais? Serão mais valiosos aqueles dados pessoais que se incluem na categoria de dados pessoais sensíveis (9.º do RGPD)? Podemos dizer que o seu valor corresponde à receita gerada pela empresa que os processa? Sobre o tema, NAVARRO, *et al.* (2017, pp. 266, ss.) referem que o cálculo do valor dos dados pessoais é difícil de averiguar e depende tanto do titular como do terceiro que terá acesso aos mesmos. Entendem que o valor dos dados pessoais pode ser concreto (dependendo do contexto, nomeadamente das circunstâncias em que são recolhidos e tratados, dos seus sujeitos, do tempo de tratamento e do local) ou abstrato (depende do valor monetário dos dados pessoais, abstratamente considerados, no mercado tendo em conta uma série de metodologias de cálculo). Estes autores propõem uma série de metodologias de cálculo. Quanto ao valor abstrato apresenta as seguintes metodologias: 1. O valor económico dos dados pessoais pode ser avaliado a partir dos resultados financeiros da empresa cujo modelo de

negócios tornam-se um forte atrativo para o potencial contratante, pelo facto de serem vulgarmente anunciados como ‘gratuitos’. Não só porque a alusão ao termo ‘gratuito’ exclui o pagamento de um preço, como também porque esta palavra está frequentemente associada à ‘facilidade’ e ‘celeridade’ na obtenção de um conteúdo ou serviço — o que é gratuito é fácil de obter. Mesmo aqueles que noutras condições não ponderariam celebrar determinado negócio consideram celebrá-lo.

É discutível se estes negócios devem ser classificados como onerosos ou gratuitos. Esta problemática tem vindo a ser particularmente debatida no âmbito dos contratos de consumo relativos a conteúdos e serviços digitais. Ainda que sem pretensões de exaustividade refira-se que, de acordo com os mais recentes textos sobre a matéria, a maioria da doutrina tem vindo a entender ser razoável o tratamento destes contratos como onerosos. Entre outros autores⁽¹⁷⁾, leia-se MADALENA NARCISO: “(...) *classificar dados como contraprestação vai determinar a classificação do contrato subjacente como um contrato a título oneroso e não a título gratuito*”⁽¹⁸⁾.

negócio se centra essencialmente nos dados pessoais; 2. O valor económico dos dados pessoais pode ser calculado em função do valor de mercado dos dados pessoais, em função dos usos e das finalidades para as quais os dados pessoais vão ser tratados; 3. O valor económico dos dados pessoais pode ser calculado em função do risco associado ao tratamento dos dados pessoais em causa e às consequências de uma falta de segurança dos mesmos; 4. O valor económico dos dados pessoais pode ser avaliado a partir da própria percepção que o titular tem sobre os seus dados pessoais e a forma como este lhes dá maior ou menor relevância.

⁽¹⁷⁾ BARBOSA (2020, p.1842) aborda o tema da qualificação dos negócios cujo “*pagamento do preço é equiparado (...) à cedência de dados pessoais ao profissional prestador do serviço. (...) A questão que se impõe é saber se os dados pessoais podem ser encarados como uma nova moeda para estes efeitos*”. Para uma abordagem introdutória sobre o tema: LOHSSE, *et al.* (2020, pp. 9-21). Em sentido análogo, embora exclusivamente em sede de contratos de consumo, BEDIR (2018, pp. 13-20).

⁽¹⁸⁾ Cf. NARCISO (2019, p. 136): “(...) *classificar dados como contraprestação vai determinar a classificação do contrato subjacente como um contrato a título oneroso e não a título gratuito. De acordo com Pais de Vasconcelos, um contrato oneroso implica um sistema de contrapartidas, sendo que (...) a contrapartida é o respetivo da outra prestação e é estipulada como o seu contravalor (...)*”. Esta classificação, por sua vez, influencia o regime jurídico aplicável: *por exemplo, por força do Artigo 939.º do Código Civil, o regime do contrato de compra e venda aplica-se mutatis mutandis a outros contratos onerosos pelos quais se alienem bens, desde que tal regime seja conforme com a natureza desse contrato. Por outro lado, se dados não forem reconhecidos como uma contrapartida contratual, então temos um contrato gratuito, ‘em cujo conteúdo se estipula uma atribuição patrimonial unilateral. O regime da doação representa os traços gerais do regime aplicável a contratos gratuitos*”. Em sentido contrário, leia-se METZGER (2017, p. 3). O autor entende por serviço ‘gratuito’ aquele que não implica um custo monetário ainda que o utilizador esteja ciente de que os dados pessoais funcionarão como contraprestação. Este autor refere que as declarações do prestador de serviços devem ser avaliadas segundo juízos de boa fé e com base no que o homem médio razoavelmente compreenderia. Mais refere que, na Alemanha, o utilizador médio está convencido de que são ‘gratuitos’ os bens ou serviços que processam dados pessoais para outras finalidades que não a execução do contrato ou o cumprimento da lei e que são condição *sine qua non* para o acesso ao bem ou serviço.

Conforme também explica JORGE MORAIS CARVALHO⁽¹⁹⁾, o fornecimento de um bem, conteúdo ou serviço em que os dados pessoais funcionam como contraprestação não se confunde com a oferta (gratuita) de bens ou serviços ao consumidor. O autor sublinha a necessidade do tratamento destes contratos como onerosos — posição que acompanhamos.

Não iremos tratar aqui de dados pessoais enquanto mercadoria (produto) — não é esse o nosso âmbito. Não tratamos da venda de dados pessoais, mas apenas do pagamento com os mesmos. Bem sabemos que é comum a confusão entre dados pessoais como contraprestação e dados pessoais como mercadoria. Encontram-se frequentemente expressões a propósito de negócios cujo pagamento é feito com dados pessoais como ‘serviços oferecidos com base na venda de dados pessoais’ (ou expressões similares) e que induzem o leitor em erro.

Ao sublinharmos a substancial diferença entre dados pessoais como produto base e dados pessoais como uma contrapartida, não rejeitamos ainda assim a existência de uma exploração económica no segundo caso, uma vez que estes dados pessoais vão servir inúmeras utilidades para o credor (v.g. entre outras, a utilização de dados pessoais para fins publicitários, treinar algoritmos ou para auxiliar no desenvolvimento de novos produtos) ou mesmo ser objeto de negócios jurídicos subsequentes.

Mais ainda: ao classificarmos os dados pessoais deste modelo de negócio como contraprestação não queremos com isto dizer que o pagamento com dados pessoais não possa representar uma perda na esfera do devedor — porque pode. Frequentemente estará em causa uma perda de privacidade na esfera jurídica do devedor e um ganho patrimonial na esfera jurídica do credor.

2.2. Dados pessoais como objeto mediato do negócio

O art. 280.º do CC (“*Requisitos do Objeto Negocial*”) refere-se ao objeto negocial em sentido amplo⁽²⁰⁾. Por sua vez, o objeto negocial pode

⁽¹⁹⁾ Cf. CARVALHO (2021, p. 62).

⁽²⁰⁾ Abrangendo, em sentido complexo, as duas modalidades de objeto negocial: mediato e imediato. Ainda a este propósito leia-se SOUSA E SILVA (2018, pp. 28-32). Além de explicar a distinção entre objeto mediato e imediato, o autor esclarece a diferença entre ‘coisa’ e ‘objeto jurídico’: “(...) conceitos que formam círculos concêntricos de raio diferente. As coisas (conceito menos abrangente) serão os objetos jurídicos transacionáveis. O objeto jurídico (conceito intermédio) é, como vimos, uma parcela da realidade sobre a qual podem recair direitos ou deveres”.

ser entendido enquanto *a*) objeto imediato (também chamado ‘conteúdo’ ou ‘objeto em sentido jurídico’) e *b*) objeto mediato (‘objeto *stricto sensu*’ ou ‘objeto em sentido material’)⁽²¹⁾. O primeiro corresponde ao conjunto de efeitos jurídicos que o negócio visa produzir (direitos e obrigações). Já o segundo corresponde ao *quid*, à realidade ou, mesmo, ao bem sobre o qual recaem os efeitos do negócio. Assim, um negócio jurídico tem por objeto imediato os direitos e obrigações subjacentes aos interesses subjetivos que incidem sobre certo(s) objeto(s) mediato(s)⁽²²⁾. De forma simples, no caso da compra e venda de um livro, o objeto imediato corresponde aos direitos de crédito e de propriedade, aos quais se ligam, respetivamente, a obrigação de entrega do livro e a obrigação de pagar o preço. Quanto ao objeto mediato, identificamos o livro e o dinheiro.

Seguindo esta lógica de raciocínio, pensemos numa empresa de *software* que disponibiliza uma aplicação de gestão de tarefas e projetos a troco de dados pessoais dos seus utilizadores (v.g. email, idade, género e localização). No caso concreto, os dados pessoais usados para outras finalidades que não a execução do serviço digital correspondem ao objeto mediato na medida em que neste cenário também é sobre esta realidade que incidirá o conteúdo negocial.

Nestes termos e para efeitos deste texto, entendemos que o alcance do conceito de objeto mediato cobre aquele objeto (neste caso, os dados pessoais) que, ainda que não esteja relacionado com o fim mais óbvio e que se diria principal, está relacionado com um fim ulterior diferente do principal e que constitui uma realidade sobre a qual incidem os efeitos do negócio.

2.3. Requisitos do objeto negocial

O negócio jurídico só desempenha a sua função na medida em que for válido. As condições de validade dos negócios jurídicos são:

(21) MOTA PINTO, *et al.* (2020, p. 553, ss.) preferem usar os termos “*imediato*” e “*mediato*” ou “*conteúdo*” e “*objeto stricto sensu*”. CARVALHO FERNANDES (2010b, p. 159, ss.) apresenta as três formas de designação do objeto negocial, usando maioritariamente “*objeto em sentido jurídico*” e “*objeto em sentido material*”. DIAS MARQUES (1973, p. 64, ss.) adota a terminologia “*conteúdo*” e “*objeto stricto sensu*”. Por sua vez, MENEZES CORDEIRO (2014, p. 537, ss.) opta por “*conteúdo*” e “*objeto*” (*stricto sensu*). ANDRADE (1992, p. 327, ss.) opta por “*imediato*” e “*mediato*” ou “*conteúdo*” e “*objeto stricto sensu*”. ALMEIDA COSTA (2006, pp. 151-153) e HÖRSTER/SILVA (2019, pp. 184-190): usam “*imediato*” e “*mediato*”.

(22) Sinalizando-se, assim, de forma inequívoca, que o negócio jurídico pode ter mais do que um objeto mediato.

- a) a capacidade das partes,
- b) a inexistência de anomalias na declaração de vontade (v.g. vícios), e
- c) a idoneidade do objeto.

Discute-se a idoneidade dos dados pessoais com a função de contra-prestação. Para o efeito, é necessário ver preenchidos os requisitos do objeto negocial⁽²³⁾ (art. 280.º do CC):

- a) possibilidade legal e não contrariedade à lei (licitude),
- b) possibilidade física,
- c) determinabilidade, e
- d) não contrariedade à ordem pública e ausência de ofensa aos bons costumes⁽²⁴⁾.

Estes requisitos têm que estar verificados, quer quanto à análise do objeto imediato, quer mediato. Sempre que se verificarem o objeto diz-se idóneo. Caso contrário, é nulo o negócio quando o objeto não é realizável. Resta saber se o objeto mediato do modelo de negócio em análise é ou não inidóneo e, por conseguinte, se a validade do negócio fica ou não afetada.

Ora, o objeto é legalmente impossível se for contrário à lei ou se a lei erguer um obstáculo de tal forma insuperável que o torne inviável. Quanto a este requisito (licitude) teremos adiante (ponto 3) a oportunidade de o analisar em detalhe.

A possibilidade física assenta numa lógica de que “*o que não pode ser prestado, não pode ser devido*”⁽²⁵⁾ e “*deve ser aferida tendo em conta*

⁽²³⁾ Muito embora o art. 280.º tenha como título “*Requisitos do objeto negocial*”, em boa verdade este artigo apresenta as consequências da falta de idoneidade do objeto. Portanto, uma formulação dos requisitos pela negativa. Só analisando o artigo *a contrario* se retiram os mencionados requisitos. Nesta linha, veja-se CARVALHO FERNANDES (2010b., p. 159, ss.).

⁽²⁴⁾ Embora o resultado da análise acabe por ser o mesmo, a doutrina autonomiza os requisitos de forma diferente. CARVALHO FERNANDES (2010b, p. 159, ss.) enuncia três requisitos: a) licitude, b) possibilidade e c) determinabilidade. MOTA PINTO, *et al.* (2020, p. 331, ss.) e DIAS MARQUES (1973, p. 65, ss.): identificam quatro requisitos: a) possibilidade legal e não contrariedade à lei (licitude), b) possibilidade física, c) determinabilidade e d) não contrariedade à ordem pública e ausência de ofensa aos bons costumes. MENEZES CORDEIRO (2014, p. 541, ss.) separa os requisitos em seis grupos: a) licitude e conformidade legal, b) possibilidade, c) determinabilidade, d) fraude à lei, e) bons costumes e f) ordem pública.

⁽²⁵⁾ Cf. MENEZES CORDEIRO (2014, p. 544).

a situação concreta em que se apresenta e não de forma abstrata e apriorística”(26). Assim, o objeto em estudo é suscetível de ser inidóneo, por exemplo, na situação de uma empresa que presta um serviço a troco do email *Gmail* de um utilizador que não tem conta *Gmail* criada. Tudo dependerá da situação concreta.

O objeto tem ainda que ser determinado ou determinável. Para estar verificado este pressuposto, é preciso estar identificado o tipo de dados pessoais que será alvo de tratamento. Não é determinado, nem determinável, aquele negócio que designa o seu objeto na sua generalidade, de uma forma vaga — v.g. a identificação, apenas, de dados pessoais sem os especificar. Ainda assim, tal facto não invalida que um objeto, apesar de indeterminado, surja determinável, se da vontade das partes ou da lei resultarem critérios para determinar o objeto em momento posterior ao da celebração do negócio.

Por fim, dispõe o art. 280.º/2 que “é nulo o negócio jurídico contrário à ordem pública ou ofensivo aos bons costumes”. Resta averiguar se este modelo de negócio pode ser contrário à ordem pública (interna) e aos bons costumes por causa do seu objeto. Geralmente, o recurso a estas duas figuras pelo legislador serve o propósito de demarcação da autonomia privada. Apesar de serem figuras distintas, tratamos delas em conjunto dada a existência de uma sobreposição entre elas(27). Tratam-se de conceitos indeterminados(28) cuja densificação dependerá de uma análise casuística. O carácter indeterminado destes conceitos reside precisamente na ideia de que o legislador confia ao juiz esta tarefa de densificação(29). Neste contexto, julgamos que a não contrariedade à ordem pública e aos bons costumes está, de alguma forma, associada a um juízo de proporcionalidade. A título ilustrativo, cremos que será contrário à ordem pública e aos bons costumes a venda de uma garrafa de água a troco de dados pessoais sensíveis de saúde, apesar do consentimento prestado para o efeito. Não que, no nosso sistema jurídico, opere um regime de limitação da autonomia pri-

(26) Cf. FERNANDES/PROENÇA (2014, p. 691).

(27) Cf. CARNEIRO DA FRADA (2008, p. 260): embora distintas, estas figuras estão frequentemente associadas, apresentam “zonas de sobreposição” e “a linha de fronteira entre ambas é fluida”.

(28) Tanto que CARNEIRO DA FRADA (2008, pp. 255-267), na sua explicação sobre os mencionados conceitos, esclarece que a doutrina sobre a matéria é “confusa” e “intrincada”. Não obstante, o autor acaba por recorrer também a raciocínios concêntricos e a expressões pouco técnicas como “uma coloração mais”, “apresenta-se antes como lugar geométrico de”, “com estas notas de” como forma de explicar os conceitos indeterminados. Contudo, não negamos esta inevitabilidade expositiva dada a natureza destes conceitos.

(29) CARNEIRO DA FRADA (2008, p. 256) refere ainda que a ‘ordem pública’ é um conceito residual, se não, mesmo, “última ratio no processo da realização do Direito”.

vada baseado na exigência de uma proporcionalidade das prestações⁽³⁰⁾. No entanto, tendo em conta a natureza do objeto merecedor do estatuto de direito de personalidade conjugado com a lógica de proporcionalidade em que assenta o RGPD⁽³¹⁾, somos levados a crer que, nos negócios com dados pessoais como contraprestação, sim, a autonomia privada está limitada. Quando este tipo de negócios assenta numa manifesta desproporcionalidade das prestações, ofende a ordem pública e os bons costumes⁽³²⁾. Só sob este ponto de vista se revela sustentável a admissibilidade de negócios como o que aqui expomos.

Do até aqui exposto e excluindo a averiguação do requisito da licitude do objeto que será alvo da nossa atenção nas páginas que se seguem, podemos concluir que, quanto aos restantes requisitos, o objeto mediato em análise é em abstrato passível de ser idóneo, a menos que certos aspetos relativos a um caso concreto concorram para a sua inidoneidade e consequente nulidade do negócio.

3. Admissibilidade do objeto

3.1. Tendência legislativa

A venda de um produto ou a prestação de um conteúdo ou serviço a troco de dados pessoais já é prática comum, embora seja discutível a sua admissibilidade porque *“de um ponto de vista jurídico — tanto legislativo como doutrinário — não é pacífico ou claro que dados possam funcionar como contraprestação contratual”*⁽³³⁾. Mas julgamos que a tendência legislativa vai no sentido de acolher esta realidade⁽³⁴⁾. O esforço legislativo com vista a cobrir novas formas de negócio é de difícil realização e

⁽³⁰⁾ Assim, as partes são livres de celebrar um contrato de compra e venda de uma garrafa de água por 1.000€.

⁽³¹⁾ Cf. cons. 4 do RGPD: *“O tratamento dos dados pessoais deverá ser concebido para servir as pessoas. O direito à proteção de dados pessoais não é absoluto; deve ser considerado em relação à sua função na sociedade e ser equilibrado com outros direitos fundamentais, em conformidade com o princípio da proporcionalidade”*.

⁽³²⁾ Julgamos que este será o — ou, pelo menos, um dos — limite(s) imposto(s) pela ordem pública e pelos bons costumes.

⁽³³⁾ Cf. NARCISO (2019, p. 133).

⁽³⁴⁾ Nas palavras de NARCISO (2019, p. 130): *“A doutrina europeia diverge sobre o assunto, apesar de, recentemente, existir uma transição notória no sentido da adoção desta perspetiva”*.

levanta alguns problemas de compatibilização com o regime da proteção de dados pessoais⁽³⁵⁾. Afinal, tem de existir uma harmonia legislativa. Pelo que esta harmonia e compatibilização carece de aperfeiçoamento. Julgamos que ainda há muito trabalho por fazer.

Repare-se, por exemplo, na Dir. 2019/770 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20.05.2019, sobre certos aspetos relativos aos contratos de consumo de fornecimento de conteúdos e serviços digitais, recentemente transposta para o nosso ordenamento jurídico pelo DL 84/2021, de 18 de Outubro⁽³⁶⁾. Esta Dir. do Direito do Consumo menciona o pagamento com dados pessoais [arts. 3.º/1 e cons. 24 e 25 da Dir. 2019/770 e 3.º/3/b) do DL 84/2021].

Uma das críticas que podemos tecer a esta Dir. e ao posterior DL de transposição é o facto de apenas protegerem os consumidores de conteúdos e serviços digitais em caso de falta de fornecimento ou de conformidade. Conclui-se que o legislador deixou de fora do âmbito da proteção destes diplomas os consumidores de bens corpóreos⁽³⁷⁾ — v.g. casos como o da empresa *Data Pro Quo*.

Embora possamos tecer inúmeras críticas ao DL⁽³⁸⁾, a verdade é que tem havido, pelo menos, um esforço legislativo de harmonização com o regime europeu sobre a proteção de dados pessoais, que acaba por abrir portas para o acolhimento deste tipo de negócios. Um aspeto curioso, que nos leva a pensar que a pouco e pouco vão sendo dados pequenos passos no sentido de abranger este modelo de negócio, é o facto de o conceito de ‘preço’ ter sofrido modificações. Conforme disposto na Dir. 2019/770, “preço” significa: “o dinheiro ou uma representação digital do valor que é devido pelos conteúdos ou serviços digitais

⁽³⁵⁾ Sobre a difícil compatibilização entre o regime da Dir. 2019/770 e o RGPD leia-se ALVES (2019).

⁽³⁶⁾ Para sermos mais precisos, a Dir. 2019/770, corresponde ao Capítulo III do DL 84/2021.

⁽³⁷⁾ Entenda-se os bens corpóreos incluindo aqueles que estão interligados a conteúdos e serviços digitais (dos quais dependem para desempenhar as suas funções). V.g. a compra e venda de bens ‘inteligentes’ como um telemóvel inteligente que tem a aplicação de câmara pré-instalada. Isto porque a Dir. 2019/771 tem como âmbito objetivo de aplicação os contratos de fornecimento de bens corpóreos interligados ou não a conteúdos e serviços digitais. Já a Dir. 2019/770 é direcionada para a aquisição separada de serviços e conteúdos digitais. Assim sendo, parece-nos que a proteção conferida aos consumidores que pagam com dados pessoais abrange tão só aqueles consumidores que adquirem separadamente serviços e/ou conteúdos digitais, ainda que sejam para emparelhar a um bem de *IoT*. No mesmo sentido: “Esta estrutura sugere que dispositivos de *IoT* pré-instalados com conteúdos digitais não beneficiam da proteção da Dir. 2019/770 que se aplica ao conteúdo digital” (EFRONI, 2022, p. 282).

⁽³⁸⁾ A respeito dos muitos desafios que se colocam no âmbito do DL 84/2021, pode ler-se, entre outros, PASSINHAS (2021) e, ainda, SOUSA E SILVA/CUNHA PINTO (2022).

fornecidos”. Note-se que também o conceito de consumidor sofreu alterações no ordenamento jurídico português [art. 2.º/g) DL 84/2021] — o que não era expectável⁽³⁹⁾. O conceito de consumidor⁽⁴⁰⁾ deixou de fazer menção às pessoas coletivas⁽⁴¹⁾, cingindo-se a pessoas singulares. Julgamos que esta opção do DL 84/2021 não se deveu a uma transcrição servil do disposto na Dir. Somos levados a concluir que o legislador teve a real intenção de excluir as pessoas coletivas do seu âmbito de aplicação com o intuito de aproximar o conceito de consumidor ao de titular de dados pessoais.

Alerte-se que a CNPD⁽⁴²⁾, no seu parecer sobre o projeto de DL de transposição da Dir. 2019/770, sublinhou que a menção do legislador europeu visou exclusivamente assegurar que o consumidor que facultar dados pessoais para usufruir de um conteúdo ou serviço digital passa a estar protegido por um conjunto de direitos, caso ocorra o não fornecimento dos mesmos ou falta de conformidade uma vez que é inegável que este modelo de negócio já é prática corrente⁽⁴³⁾. Seguindo esta lógica, houve o reconhecimento da sua existência, mas não da sua admissibilidade.

Apesar de tratarmos de um mercado não especificamente regulado, autores como TASTAN⁽⁴⁴⁾ entendem que esta Dir. veio abrir a “*caixa de pandora*” para a discussão da admissibilidade deste modelo de negócio — o que parece inevitável, dado o avanço tecnológico acompanhado da crescente disponibilização e circulação de dados pessoais⁽⁴⁵⁾.

⁽³⁹⁾ Cf. CARVALHO (2019, pp. 70 e ss).

⁽⁴⁰⁾ A propósito do conceito de ‘consumidor’ refira-se que na literatura estrangeira sobre o tema ‘dados pessoais como contraprestação’ é frequente a adoção da designação: “*non-paying consumer*” por oposição a “*paying consumer*”. Um exemplo, entre muitos, veja-se: NARCISO (2017).

⁽⁴¹⁾ Elucidamos para o facto da nova Dir 2019/770 ter dado margem para os EM abrangerem as pessoas coletivas no conceito de ‘consumidor’, a seu exclusivo critério (ao contrário do que estava anteriormente consagrado).

⁽⁴²⁾ Cf. CNPD (2021b, pp. 2-4).

⁽⁴³⁾ O mesmo esclarece DREXL (2018, pp. 63-64).

⁽⁴⁴⁾ Cf. TASTAN (2021, p. 6).

⁽⁴⁵⁾ Neste contexto leia-se também DRECHSLER (2018, pp. 44-45). Aqui são traçadas algumas críticas à admissibilidade dos dados pessoais como contraprestação contratual. Em particular a autora menciona a incompatibilidade entre o RGPD e a então Proposta de Dir. 2019/770. Para esta autora, o legislador europeu foi demasiado ambicioso. Antes de fazer menção aos negócios com dados pessoais como contraprestação deveriam ter sido resolvidos os problemas relativos à proteção de dados e de compatibilização com o RGPD.

3.2. Consentimento nos termos do Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados

É sabido que todo o processamento de dados pessoais só é admissível quando verificada uma das bases de licitude de tratamento (art. 6.º ou no art. 9.º/2 do RGPD). Uma delas é precisamente o consentimento, de que aqui falaremos.

É ponto assente que, a admitir este modelo de negócio, o mesmo só poderá ser lícito através do consentimento do titular dos dados [art. 6.º/1/a) do RGPD]. Este é o entendimento da maioria da doutrina⁽⁴⁶⁾ — e que subscrevemos. No mesmo sentido veja-se ainda o parecer da CNPD⁽⁴⁷⁾ a propósito da proposta de lei que aprova a Lei das Comunicações Eletrónicas⁽⁴⁸⁾. No seu ponto 24, a CNPD esclarece que o fornecimento de dados pessoais como remuneração de um serviço corresponde a “*operações sobre dados não necessários à execução do contrato*” e, para legitimar tais operações, a base de licitude “*seria o consentimento*”. Da leitura do cons. 24 da Dir. 2019/770 extraímos também a mesma conclusão.

Cumprе então analisar os requisitos do consentimento válido [art. 4.º/11, 6.º/1/a), 9.º/2/a) e 7.º do RGPD]. Nos termos do RGPD, o consentimento traduz-se numa manifestação de vontade específica, inequívoca, informada e livre do titular de dados (art. 4.º/11 do RGPD) com vista a assegurar que o mesmo está ciente do consentimento prestado e do seu alcance. Se estes requisitos não estiverem verificados, o consentimento não será juridicamente relevante, não será válido.

O caráter específico reflete-se num consentimento que serve destinatários identificados e finalidades específicas⁽⁴⁹⁾. Em rigor, este requisito

⁽⁴⁶⁾ Entre muitos, METZGER (2020, pp. 25-45), ainda que apenas a propósito da Dir. 2019/770. Veja-se ainda, NARCISO (2019, p. 145, ss.), ALVES (2019, p. 40) e VERSACI (2018, p. 387, ss.). A título de curiosidade leia-se WIEDEMANN (2020, pp. 1168-1181) sublinhando a existência de certos casos em que é difícil definir a fronteira entre dados pessoais como contraprestação (e que, portanto, é necessário um consentimento, nos termos do art. 6.º/1/a) RGPD) e dados pessoais necessários para a execução do contrato (art. 6.º/1/b) RGPD).

⁽⁴⁷⁾ Cf. CNPD (2021a).

⁽⁴⁸⁾ Mais especificamente a Lei n.º 16/2022, de 16 de Agosto, que transpõe as Diretivas 98/84/CE, 2002/77/CE e (UE) 2018/1972, alterando as Leis n.º 41/2004, de 18 de Agosto, e 99/2009, de 4 de Setembro, e os Decretos-Leis n.ºs 151-A/2000, de 20 de Julho, e 24/2014, de 14 de Fevereiro, e revogando a Lei n.º 5/2004, de 10 de Fevereiro, e a Portaria n.º 791/98, de 22 de Setembro.

⁽⁴⁹⁾ O Ac. do TJUE C-40/17, (EU:C:2018:1039), *Fashion ID*, de 19-12-2018 aborda de forma exaustiva o conceito de ‘finalidade’ da utilização dos dados pessoais: “*Existe uma variedade semelhante de pontos de vista relativamente ao problema de saber quem tem a obrigação de informação (...) e a respeito do quê exatamente*”; cf. BOLOGNINI, et al. (2016, pp. 211 e 215) explica que devemos ter “*un consenso per ogni finalità*”.

depende da observância do princípio da finalidade e do princípio de minimização dos dados⁽⁵⁰⁾. Ou seja, a cada dado corresponde uma finalidade concreta. Queremos com isto dizer que as finalidades para as quais os dados pessoais vão ser processados têm que ser reveladas junto do titular. À partida não pode haver reserva de determinação nem de determinabilidade futura⁽⁵¹⁾. Tudo numa lógica de que o fornecedor não está autorizado a fazer um tratamento de dados pessoais além do tratamento especificamente consentido⁽⁵²⁾. Por isto, segundo as orientações do EDPB⁽⁵³⁾ devem ser solicitados tantos consentimentos quantos os responsáveis e as finalidades (consentimento granular). Exemplificando: uma aplicação de edição de fotografias pretende tratar dados pessoais como o e-mail e dados pessoais de localização para fins de publicidade comportamental e partilhar esses mesmos dados pessoais com um parceiro comercial. Para o efeito a aplicação deveria solicitar um consentimento granular, separando os consentimentos para estas duas finalidades específicas. Se assim é, coloca-se agora o problema da aplicabilidade prática deste requisito (especificidade) nestes moldes (granularidade) quando a prestação de um conteúdo ou serviço seja pago com dados pessoais (exigência para aceder ao conteúdo ou serviço). Neste ponto, voltemos ao exemplo da aplicação de fotografias, mas que, agora, funciona a troco daqueles mesmos dados pessoais que servirão aquelas mesmas finalidades. Ora, caso a aplicação venha a usar os dados pessoais para mais do que uma finalidade, geralmente a aceitação de todas as finalidades de tratamento é condição para que o utilizador possa aceder ao conteúdo, produto ou serviço — o acesso implica uma aceitação das finalidades em bloco. Normalmente neste modelo de negócio não é dada a possibilidade ao titular de, por exemplo, aceitar o tratamento de dados pessoais para fins de publicidade comportamental e não aceitar relativamente à partilha com parceiros comerciais, sem que isso implique a recusa do acesso à aplicação. Talvez estejamos na presença de um requisito do RGPD sujeito a orientações demasiado exigentes e de difícil aplicabilidade prática a casos como o que aqui estudamos.

Em segundo lugar, o consentimento tem que ser dado por meio de um “*ato positivo inequívoco*”⁽⁵⁴⁾. O consentimento tem que se manifestar

⁽⁵⁰⁾ Cf. arts. 5.º/1/b) e c) e 13.º/2/a) do RGPD. O RGPD assenta numa série de princípios.

⁽⁵¹⁾ Salvo casos excecionais em que a finalidade futura seja compatível com a finalidade para que os dados pessoais foram recolhidos inicialmente.

⁽⁵²⁾ O mesmo se aplica aos terceiros abrangidos pelo consentimento prestado.

⁽⁵³⁾ Cf. EDPB (2020, pp. 15-16).

⁽⁵⁴⁾ É nossa opção fazer referência ao caráter “*inequívoco*” como requisito geral do consentimento, ao invés de “*explícito*”. Julgamos que esta é a opção que melhor se aproxima da letra da lei uti-

através de um comportamento concludente sobre a vontade do titular⁽⁵⁵⁾. Seja através de autorização escrita, através de meios eletrônicos ou, mesmo, através de uma declaração oral. E pode observar forma expressa ou tácita. Note-se que, de acordo com o RGPD, a forma escrita não é o único meio de obter um consentimento inequívoco (art. 4.º/11 e cons. 32 RGPD)⁽⁵⁶⁾. Contudo, é claro que, na ausência de forma escrita, será mais difícil para o responsável provar que todas as condições aplicáveis ao consentimento válido foram satisfeitas⁽⁵⁷⁾. Isto porque, segundo o art. 7.º/1 do RGPD, “o responsável pelo tratamento deve poder demonstrar que o titular dos dados deu o seu consentimento para o tratamento dos seus dados pessoais”.

O caráter inequívoco do consentimento aliado ao caráter informado serve como garantia de que o credor transmitiu a devida informação ao titular, este estava informado e fez uma escolha consciente, o que nem

lizada pela versão em inglês do RGPD e que pensamos ser a intenção do legislador. Na nossa perspectiva, a versão em português dos arts. 4.º/11 («“Consentimento” do titular dos dados, uma manifestação de vontade, livre, específica, informada e explícita»), 6.º/1/a (“O titular dos dados tiver dado o seu consentimento”) e 9.º/2/a (“Se o titular dos dados tiver dado o seu consentimento explícito”) leva o leitor erradamente a crer que o consentimento deve ser sempre explícito. O confronto entre o art. 9.º/2/a) e o art. 4.º/11 obrigar-nos-ia a concluir que o art. 9.º apresentaria uma redundância e não uma exigência adicional, uma vez que o art. 4.º/11 estabelece que o consentimento tem que ser sempre explícito para ser válido. Contudo, verificamos pela versão em inglês que o legislador europeu pretendeu distinguir “inequívoco” (unambiguous) de “explícito” (explicit) consoante o tipo de dados pessoais que estejam em causa. São conceitos próximos, mas diferentes. Na versão em inglês, o art. 4.º/11 utiliza o conceito de “unambiguous indication”. Por sua vez, o artigo 6.º/1/a), “consent” apenas. Por último, o art. 9.º/2/a), “explicit consent”. Pelo que, na versão em inglês existe uma verdadeira distinção entre o consentimento para efeitos do art. 6.º/1/a) e do art. 9.º/2/a). A mesma distinção está vertida, pelo menos, na versão alemã, francesa, italiana e espanhola. Perspetiva também acompanhada por KUNER, *et al.* (2020, p. 185). Este autor refere que “unambiguous” é diferente de “explicit”. Portanto, em regra, o consentimento apenas precisa de ser claramente manifestado, refletindo um comportamento concludente da manifestação de vontade do titular. E só nos casos em que estão envolvidas categorias especiais de dados pessoais, terá que ser explícito. O último, pressupõe que a inequívoca manifestação de vontade seja assente numa manifestação separada/autónoma. Na mesma linha ZARSKY (2017, p. 1012) refere que o consentimento só tem que ser explícito caso estejamos perante o tratamento de categorias especiais de dados pessoais; podem ver-se ainda breves notas neste sentido apresentadas por MENEZES CORDEIRO (2021, p. 92).

⁽⁵⁵⁾ Sobre a noção de consentimento inequívoco leia-se KUNER, *et al.* (2020, p. 184). Já, não deve ser deduzido o consentimento do silêncio do titular de dados, bem como não deve ser considerado válido um formulário de consentimento que apresente opções pré-validadas. Neste sentido BOLOGNINI, *et al.* (2016, p. 211).

⁽⁵⁶⁾ Cf. Cons. 32 e 42 do RGPD; veja-se: EDPB (2020, p. 21), deixa claro que o consentimento não tem que observar forma escrita. Em sentido semelhante, MENEZES CORDEIRO (2021, p. 92).

⁽⁵⁷⁾ Cf. Art. 7.º do RGPD; Sobre o ónus da prova: BOLOGNINI, *et al.* (2016, p. 224). O ónus da prova está intimamente relacionado com o princípio da responsabilidade (“accountability”) expresso nos arts. 5.º/2, 24.º e 30.º do RGPD.

sempre acontece. Em primeiro lugar, estas informações devem apresentar-se de forma clara, acessível e completa (arts 5.º/1/e), 12.º e 13.º do RGPD)⁽⁵⁸⁾. Designadamente, o titular tem que estar informado sobre a identidade do responsável pelo tratamento de dados pessoais⁽⁵⁹⁾, sobre o tempo de conservação dos dados pessoais⁽⁶⁰⁾, os seus direitos⁽⁶¹⁾, a eventual possibilidade de terceiros terem acesso aos dados pessoais⁽⁶²⁾, o tipo de dados pessoais em causa⁽⁶³⁾, bem como as finalidades para que serão tratados. O dever de informar o titular de dados relativamente aos seus direitos abrange também o dever de informar que o consentimento pode ser retirado a qualquer momento sem que o titular tenha que apresentar qualquer motivo justificativo para o efeito (arts. 7.º/3 e 13.º/2 do RGPD).

A este propósito destacamos a decisão Italiana do *Consiglio di Stato* n.º 2631, de 29.03.2021⁽⁶⁴⁾, pelo seu interesse, pertinência e atualidade. A questão debatida estava em saber se a descrição do serviço do *Facebook* como ‘gratuito’ constituía ou não uma prática comercial enganosa. O registo na rede social não pode ser feito sem a coleta e tratamento de dados pessoais do utilizador, nos quais assenta, precisamente, o modelo de negócio da gigante rede social⁽⁶⁵⁾. No âmbito deste processo ficou decidido que os seus utilizadores estão a pagar o serviço com os seus dados pessoais, pelo que os seus serviços não são considerados ‘gratuitos’. Segundo o *Consiglio di Stato*, o *Facebook* tem vindo a adotar práticas comerciais enganosas para com os seus utilizadores⁽⁶⁶⁾, pelo que esta empresa foi condenada a pagar uma sanção pecuniária bem como a corrigir os seus termos⁽⁶⁷⁾. Constatamos, portanto, que a veracidade da informação é

⁽⁵⁸⁾ O ideal é que estas informações estejam permanentemente disponíveis, antes e depois de o titular dar o seu consentimento, de acordo com a forma como o consentimento foi prestado. Caso o consentimento tenha sido dado sob a forma escrita, as informações devem estar disponíveis por escrito (por exemplo, informações disponíveis num *website*, enviadas por email, ficheiro, documento em papel ou vertido na cópia do próprio contrato/termos e condições).

⁽⁵⁹⁾ Cf. art. 13.º/1/a) do RGPD.

⁽⁶⁰⁾ Cf. art. 13.º/2/a) do RGPD.

⁽⁶¹⁾ Cf. Capítulo III, arts. 12.º-23.º RGPD, em particular, o art. 13.º/2/b), c), d) RGPD.

⁽⁶²⁾ Cf. art. 13.º/1/e) e f) do RGPD.

⁽⁶³⁾ Cf. art. 13.º/1/c) do RGPD.

⁽⁶⁴⁾ Cf. Ac. do Consiglio di Stato, proc. n.º 02631/2021REG.PROV.COLL, de 29-03-2021 (rel. Stefano Toschei).

⁽⁶⁵⁾ Especificamente, por meio das receitas de publicidade direcionada.

⁽⁶⁶⁾ Violando o RGPD, bem como a Dir. 2005/29/CE, referente às práticas comerciais desleais, no caso do utilizador também ser um consumidor (goza de uma dupla proteção).

⁽⁶⁷⁾ Curiosamente, o *Facebook* argumenta que o utilizador médio não é levado ao engano pela descrição do serviço como ‘gratuito’ uma vez que o utilizador do *Facebook* está consciente de que o *Facebook* angaria receitas por meio do processamento de dados pessoais para fins de publicidade dire-

um elemento a ter em consideração, em especial, no que respeita à recolha de dados pessoais como forma de pagamento de um bem, conteúdo ou serviço. Apesar de poder parecer uma constatação óbvia, para muitas empresas não o é. Nomeadamente, este requisito é levemente ultrapassado por empresas que atuam em ambiente digital e cujos termos do serviço não refletem a configuração do site e a verdade material subjacente ao tratamento de dados pessoais que é realmente feito pelo vendedor ou prestador de serviços. Nesta medida, é recomendável que as empresas revejam periodicamente a configuração dos seus sites ou aplicações e os seus termos e condições de maneira a que os utilizadores estejam corretamente informados⁽⁶⁸⁾.

Por último, o consentimento tem que ser livre e a liberdade pressupõe a possibilidade de escolha por parte do titular dos dados⁽⁶⁹⁾. Aliás, o cons. 42 do RGPD refere mesmo o facto de ter que existir uma “*escolha verdadeira*”⁽⁷⁰⁾. Existem várias formas de condicionar a sua liberdade⁽⁷¹⁾ — v.g. porque foi prestado sob coação ou, mesmo, se o consentimento configurar, eventualmente, um negócio usurário por estar subordinado ao tratamento de dados pessoais que, embora não sendo necessários para a execução do contrato, aparecem como tal (art. 7.º/4 do RGPD). Esta liberdade tem que estar refletida tanto no ato de prestar como no ato de revogar o consentimento. Em suma, só existe liberdade quando o ato de prestar, recusar ou retirar o consentimento não venha a produzir consequências negativas para o titular de dados⁽⁷²⁾.

No que respeita ao direito de revogar o consentimento, existe um outro direito a ele, por vezes, associado: o direito de portabilidade dos dados pessoais do titular. O exercício do direito de revogar o consentimento pode ter lugar na sequência do exercício do direito de portabilidade

cionada, de tal forma que experimenta e beneficia desses mesmos anúncios personalizados. O entendimento sobre a perceção do homem médio perante este tipo de negócio varia de país para país.

⁽⁶⁸⁾ A veracidade, lealdade e transparência das informações têm vindo a revelar-se uma constante preocupação para o legislador nacional e europeu — v.g. arts. 8.º/z) do DL 57/2008, de 26.03.2008 (sobre práticas comerciais desleais), 4.º, 5.º e 33.º do DL 24/2014, de 14.02.2014 (relativo aos contratos celebrados à distância e fora do estabelecimento comercial) e 21.º/c) do DL 7/2004, de 07.01.2004 (que regula o comércio eletrónico).

⁽⁶⁹⁾ Entre muitos, veja-se BOLOGNINI, *et. al.* (2016, p. 211): “*senza condizionamenti o vincoli*”; e KUNER, *et al.* (2020, p. 351).

⁽⁷⁰⁾ Embora esta tenha sido a expressão utilizada pelo RGPD, julgamos que o mais correto teria sido que a versão portuguesa tivesse usado a expressão ‘*verdadeira escolha*’ em vez de “*escolha verdadeira*”. A primeira remete-nos para uma escolha efetiva, para o ato de escolher, um ato genuíno, livre e voluntário. Já a segunda remete-nos para a veracidade dos factos escolhidos, é centrada no que se escolhe (remete-nos para um Verdadeiro ou Falso).

⁽⁷¹⁾ Com maior detalhe leia-se: MENEZES CORDEIRO (2021, p. 90).

⁽⁷²⁾ Para mais informações, cf. EDPB (2020, pp. 1-39).

dos dados pessoais (art. 20.º e cons. 30 do RGPD)⁽⁷³⁾. Este último desdobra-se em dois direitos⁽⁷⁴⁾: *a*) o direito de o titular receber um conjunto⁽⁷⁵⁾ de dados pessoais e/ou *b*) o direito de o titular ver um conjunto dos seus dados pessoais serem transmitidos de um responsável pelo tratamento para outro responsável⁽⁷⁶⁾. Portanto, o exercício deste direito pode resultar numa revogação do consentimento anteriormente prestado a um responsável e num consentimento dado a um novo responsável pelo tratamento dos dados pessoais.

No modelo de negócio em estudo, se o devedor não aceita pagar com dados pessoais, não acede ao bem, conteúdo ou serviço. Os dados pessoais são a contrapartida e, portanto, funcionam como uma condição de acesso ao bem, conteúdo ou serviço, contrariando o disposto no art. 7.º/4 do RGPD. Daqui resulta que o titular tem que fazer uma séria ponderação entre os efeitos negativos desta forma de pagamento e a importância que dá ao bem, conteúdo ou serviço em concreto antes de contratar. O art. 7.º/4 do RGPD é bastante exigente. E as opiniões dividem-se quanto a saber se o requisito do consentimento livre (art. 7.º/4 do RGPD) é passível de ser cumprido ou se entra em contradição com o modelo de negócio que temos vindo a analisar. Será justificado questionar: a legislação estará, neste caso, a erguer um obstáculo de tal forma insuperável que torne o objeto inviável? Autores como WENDEHORST⁽⁷⁷⁾ são da opinião que o art. 7.º/4 do RGPD não exclui negócios assentes em dados pessoais como contrapartida⁽⁷⁸⁾. Porém, a questão não é simples. De facto, quando é necessário o

(73) Fazemos a ressalva de que o direito à portabilidade dos dados pessoais só é aplicável se o tratamento se basear numa necessidade para a execução do contrato ou no consentimento (o que é o caso dos negócios com dados pessoais como contraprestação) e cumulativamente se o tratamento for realizado por meios automatizados.

(74) Para uma explicação clara sobre o direito de portabilidade atente-se as orientações do Grupo de Trabalho do Artigo 29.º para a Proteção de Dados (2017, pp. 1-23).

(75) Por conjunto de dados pessoais entenda-se *a*) “Dados fornecidos pelo titular dos dados de forma ativa e consciente” (v.g. endereço postal, nome de utilizador, idade, etc.) e *b*) “Dados observados fornecidos pelo titular dos dados” em virtude da utilização do serviço ou do dispositivo (v.g. o histórico das pesquisas realizadas por uma pessoa, *likes*, fotografias descarregadas, *posts*, dados pessoais de tráfego e dados pessoais de localização, até mesmo aqueles que sejam recolhidos com recurso a meios de deteção de comportamentos como a utilização do rato, do teclado ou mesmo *touch screen*). Tudo isto segundo as indicações do Grupo de Trabalho do Artigo 29.º para a Proteção de Dados (2017, pp. 11-12).

(76) “A principal justificação para um direito de portabilidade sobre dados pessoais é a de permitir ao titular dos dados uma mudança de prestador de serviço que opere em ambiente digital sem que esse mesmo prestador o possa manter numa situação de lock-in, por força do seu controlo sobre os dados pessoais do titular” (DUARTE & GUSEINOV, 2019, p. 109).

(77) Cf. WENDEHORST (2017, p. 37).

(78) Este autor aborda apenas o tema a propósito da prestação de conteúdos e serviços digitais

consentimento para o tratamento de dados pessoais como contrapartida de um bem, conteúdo ou serviço, aquele fornecimento estará sempre condicionado a esse consentimento, sendo duvidosa a liberdade daquela autorização para o tratamento de dados pessoais. É nossa opinião que uma forma de contornar este problema, seria possibilitar ao devedor uma alternativa de pagamento. Ou melhor, que seja dada a possibilidade ao devedor de escolher pagar com dados pessoais ou com uma prestação pecuniária⁽⁷⁹⁾. Parece-nos que, só assim, o acesso ao bem, conteúdo ou serviço não estaria condicionado ao pagamento com dados pessoais.

Considerando alguns dos problemas de concretização prática aqui elencados e tendo em conta que o preenchimento do sentido de cada requisito assenta fundamentalmente nos considerandos e instrumentos de *soft law*⁽⁸⁰⁾ que, por vezes, ampliam o sentido com que cada requisito é interpretado⁽⁸¹⁾ tornando a sua verificação extremamente exigente: parece-nos que poderia ser justificável uma certa flexibilidade na análise dos requisitos do consentimento neste tipo de negócio quando as finalidades consentidas respeitem a fins de organização empresarial da própria empresa fornecedora de produtos ou serviços — v.g. no caso de uma empresa que utilizará os dados pessoais para o desenvolvimento de um estudo de mercado. Ainda que com dúvidas, também julgamos que, no futuro, mais do que para uma solução exigente de verificação do consentimento, as atenções deveriam estar mais voltadas para a obrigação de informar os titulares dos dados, conjugada com a séria aposta na adoção de medidas de segurança adequadas e na implementação de mecanismos de vigilância e fiscalizações regulares que, quando não fossem cumpridos, gerariam *culpa in vigilando*.

Em síntese: os requisitos de validade do consentimento levantam grandes dificuldades práticas⁽⁸²⁾. Como se compreende, quando falamos de dados pessoais como contraprestação esta dificuldade aumenta.

para consumo a troco de dados pessoais; Veja-se ainda METZGER (2017, p. 5). Ambos entendem que o art. 7.º/4 é flexível não excluindo a admissibilidade de negócios a troco de dados pessoais.

⁽⁷⁹⁾ Em dinheiro, ou mesmo em criptomoedas (v.g. bitcoin ou ethereum). Em sentido semelhante, mas apenas propósito dos contratos de consumo de conteúdos e serviços digitais: “Article 7(4) GDPR does not entirely preclude the business model addressed in the DCD, but where the consumer does not have a reasonable alternative (e.g. Facebook) businesses must offer also a pay-model” (WENDEHORST, 2017, p. 37). Também, SCHMIDT-KESSEL (2020, pp. 129-163).

⁽⁸⁰⁾ Nomeadamente, emitidos pelo Grupo de Trabalho 29 e o EDPB.

⁽⁸¹⁾ Cf. MENEZES CORDEIRO (2019b, pp. 175-200).

⁽⁸²⁾ Principalmente, quando pensamos em *Big Data*. ZARSKY (2017, pp. 1004 e 1011) refere mesmo a existência de uma incompatibilidade entre o GDPR e a era dos *Big Data*. Entende que o princípio da minimização do tratamento é limitador do sucesso das iniciativas de Big Data, inclusive prejudicando a sua utilidade.

3.3. Consentimento nos termos do Código Civil

3.3.1. Dados pessoais e direitos de personalidade

Não só no RGPD vemos tutelado o indivíduo, enquanto titular de dados pessoais. Basta para tanto pensar que o direito à proteção de dados pessoais e à privacidade são direitos fundamentais previstos nos arts. 16.º do TFUE, 7.º e 8.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, bem como nos arts. 26.º e 35.º da CRP.

Já no âmbito civil, não poderíamos deixar de fazer menção aos direitos de personalidade, enquanto instituto que tutela a eficácia civil de certos direitos fundamentais (cf. arts. 70.º, ss. do CC)⁽⁸³⁾. O direito à proteção de dados pessoais constitui, precisamente, uma manifestação da tutela dos direitos de personalidade. Desde logo, garante o respeito pela vida privada, pela não discriminação e pelo livre desenvolvimento da personalidade. Resta saber se a característica da não patrimonialidade dos direitos de personalidade, assim como o carácter intransmissível e irrenunciável, podem constituir motivo impeditivo da admissão dos dados pessoais como contraprestação.

Na nossa perspetiva, admitir um modelo de negócio no qual os dados pessoais assumem a forma de contrapartida não colide com a natureza intransmissível e irrenunciável dos direitos de personalidade⁽⁸⁴⁾. Aquele que consente o pagamento com dados pessoais, e por inerência, o seu acesso a outrem, não está a ceder o uso exclusivo desses dados pessoais ao prestador de serviços. Repare-se que, no caso concreto, o titular dos dados não perde o direito a utilizar aqueles dados pessoais. Não existe uma trans-

⁽⁸³⁾ MOTA PINTO, *et. al.* (2020, p. 211) refere ainda: “[o] Código Civil não disciplinou exaustivamente os direitos de personalidade. Para além do regime geral dos arts. 70.º e 71.º (bem como do art. 81.º, de que falaremos no ponto 3.3.2), limitou-se a prever alguns direitos de personalidade que poderiam suscitar particulares problemas”.

⁽⁸⁴⁾ No mesmo sentido, leia-se VERSACI (2018, pp. 374-386). O autor — ainda que abordando apenas os negócios celebrados em ambiente digital a troco de dados pessoais — entende que a exploração económica do direito à proteção de dados pessoais, que tem “*status*” de direito fundamental de personalidade, não deve ser considerada uma renúncia ao mesmo direito. Mais defende que o regime europeu de proteção de dados pessoais não é incompatível com uma abordagem dos dados pessoais orientada para o mercado; Ademais: “*Fará, no entanto, sentido pensar que os dados pessoais são bens com valor transacionável, aquilo que na linguagem anglo-saxónica vem conhecido por commodity. A isto não obsta o facto de os dados pessoais fazerem parte integrante de um direito de personalidade, por natureza intransmissível, inalienável e irrenunciável.*” (BARBOSA, 2020, p. 1843); Veja-se também FERREIRA DIAS (2019, p. 21): “*A intransmissibilidade e a irrenunciabilidade dos direitos de personalidade não prejudicam a possibilidade de os seus titulares os restringirem, nomeadamente, pela via negocial. É nesse sentido que vai o art. 81.º, n.º 1 quando admite a possibilidade de «limitação voluntária» dos direitos de personalidade, desde que conforme aos princípios da ordem pública*”.

missão exclusiva, bem como não se pode falar numa renúncia a direitos de personalidade⁽⁸⁵⁾. Cremos que o fornecimento de dados pessoais a troco de um produto, conteúdo ou serviço pode comportar antes uma limitação do direito à proteção de dados e à privacidade pelo seu titular (art. 81.º do CC). Para uma compreensão mais clara, atentemos a distinção feita por PAIS DE VASCONCELOS⁽⁸⁶⁾ entre titularidade, legitimidade originária e legitimidade adquirida. Acompanhando esta distinção, só há um titular do direito de personalidade. Este terá, à partida, também a legitimidade originária para dispor do direito de que é titular. Já a legitimidade de outrem (além do seu titular) será uma legitimidade adquirida para tratar os dados pessoais⁽⁸⁷⁾ (mediante consentimento do titular). Este tem uma legitimidade para agir sobre “*bens de personalidade*” alheios “*sem que com isso chegue a dominá-los*”⁽⁸⁸⁾. Aliás, os dados pessoais são replicáveis, duplicáveis, permitindo a sua utilização por mais do que uma pessoa (singular ou coletiva) ao mesmo tempo. Talvez seja por essa razão que o titular de dados não sente necessariamente uma perda imediata, sob a forma de uma perda de privacidade, no momento em que fornece os seus dados pessoais a outrem. Torna-se ainda mais compreensível que rejeitemos a existência de uma renúncia a um direito de personalidade quando atentamos a lógica em que assenta o RGPD. Em concreto, este diploma não funciona numa lógica de proibição do tratamento de dados pessoais. Assenta numa noção de processamento de dados pessoais de acordo com as suas bases de licitude e com a possibilidade do controlo dos dados pessoais por parte do seu titular. A possibilidade de acesso, apagamento, portabilidade, e de revogabilidade do consentimento (arts. 15.º, 17.º, 20.º e 7.º/3 do RGPD, respetivamente) são a expressão disso mesmo. Portanto, permanece sempre na esfera jurídica do titular dos dados esta dimensão do direito à proteção dos dados pessoais na forma do controlo individual do titular.

⁽⁸⁵⁾ No mesmo sentido atente-se ainda CAPELO DE SOUSA (1995, pp. 402-407): “(...) são insuscetíveis de serem transmitidos deste para outro sujeito jurídico. (...) Com efeito, os bens jurídicos da personalidade humana física e moral constituem o ser do seu titular, pelo que são inerentes, inseparáveis e necessários à pessoa do seu titular e circunscrevem os respetivos poderes jurídicos. Assim, tais poderes não podem ser cedidos, alienados, onerados ou subrogados a favor de outrem, pois, dada aquela inseparabilidade, qualquer negócio a esse respeito seria contrário à ordem pública nos termos do art. 280.º, n.º 2, do Código Civil”.; Também VERSACI, (2018, pp. 390-391) defende que o fornecimento de dados pessoais como contraprestação não configura uma situação de renúncia ao direito à proteção de dados pessoais.

⁽⁸⁶⁾ Cf. PAIS DE VASCONCELOS (2012, pp. 72-111).

⁽⁸⁷⁾ Esta legitimidade adquirida tem que ser sempre específica, relativa a um ato em concreto, ao invés de geral e abstrata.

⁽⁸⁸⁾ Cf. PAIS DE VASCONCELOS (2012, p. 108).

Quanto ao carácter não patrimonial importa esclarecer que os direitos de personalidade, em si, não deixam de ter conteúdo não patrimonial (pessoal)⁽⁸⁹⁾ pelo facto de estarem envolvidos neste tipo de negócios. Apesar de serem direitos não patrimoniais podem ser objeto de negócios com consequências patrimoniais⁽⁹⁰⁾. Repare-se que o ganho patrimonial para o credor não é necessariamente uma perda patrimonial para o titular dos dados, porque a perda de privacidade não tem um correspondente pecuniário.

Assim, o direito à proteção de dados pessoais não se transmite, é pessoal e, ainda que o uso dos dados pessoais seja consentido a terceiros, não se transfere definitivamente e não passa a constituir um direito patrimonial pelo facto de estar envolvido no modelo de negócio em estudo.

3.3.2. Consentimento como limitação voluntária de direitos de personalidade

Posto isto, a questão em que nos determos neste ponto prende-se com saber de que forma o CC admite a limitação dos direitos de personalidade. A harmonia entre o RGPD e o CC começa com o paralelismo entre o titular que presta o consentimento nos termos do RGPD e aquele titular que é mencionado no CC⁽⁹¹⁾: titular de dados e o titular de direitos de personalidade (titular dos direitos à proteção de dados pessoais e privacidade)⁽⁹²⁾. O RGPD define titular de dados, por via do art. 4.º/1, como

⁽⁸⁹⁾ Cf. CAPELO DE SOUSA (1995, pp. 615-619).

⁽⁹⁰⁾ Aliás, MENEZES CORDEIRO (2007, p. 106) distingue direitos de personalidade *a)* não patrimoniais em sentido forte, *b)* não patrimoniais em sentido fraco e *c)* patrimoniais. Segundo o autor, nas duas primeiras categorias, os direitos de personalidade não podem ser permutados por uma prestação pecuniária. Os primeiros não são suscetíveis de surgir como “*objeto de negócios*”. Já os segundos, em certos casos e dentro de certas regras, podem surgir como “*objeto de negócios*” ainda que, nas palavras deste autor, os negócios sejam “*patrimoniais ou com algum alcance patrimonial*” — v.g. os direitos à saúde ou à integridade física, nos casos do consentimento do paciente que autoriza a utilização de um fármaco *off-label* dentro dos limites da experimentação humana. Já a terceira categoria corresponde aos direitos que são negociáveis no mercado a troco de uma prestação monetária — v.g. “*nome, imagem e fruto da actividade intelectual*”. Julgamos ser na segunda categoria que se insere o direito à proteção de dados pessoais.

⁽⁹¹⁾ Esclareça-se que muito embora a redação do art. 81.º — que abordaremos especificamente nesta secção 3.3.2. — não refira expressamente a palavra ‘titular’/‘titular de direitos de personalidade’ este é o termo usado noutros arts. da mesma secção II do CC referente aos Direitos de Personalidade (arts. 70.º, ss.), bem como se trata do termo de eleição utilizado pela doutrina e jurisprudência relativamente à matéria no âmbito do Direito Civil.

⁽⁹²⁾ Cf. PAIS DE VASCONCELOS (2012, p. 72).

aquela “*pessoa identificada ou identificável*” a quem os dados pessoais se referem. Já os arts. 70.º, ss. do CC não definem titular de direitos de personalidade. A simetria está refletida no conceito de ‘titularidade’⁽⁹³⁾ sendo que os diplomas usam o mesmo termo jurídico.

Por outro lado, a aproximação também é clara se atentarmos a definição de “*consentimento*”⁽⁹⁴⁾ utilizada no RGPD. Não deixa de ser curioso que o “*consentimento*” seja definido enquanto “*manifestação de vontade*” — o que nos remete, de imediato, para o campo dos negócios jurídicos⁽⁹⁵⁾. O CC admite a celebração de contratos de direitos de personalidade (art. 81.º do CC)⁽⁹⁶⁾ ainda que seja num regime de negociabilidade limitada. A limitação dos direitos de personalidade tem que ser voluntária, dependendo, pois, da prévia autorização do seu titular, quer seja por acordo ou através de uma declaração unilateral no sentido de limitar algum(ns) direito(s). Passemos, então, à análise comparativa entre os requisitos do consentimento nos termos do CC e o consentimento disposto no RGPD.

Nas palavras de CAPELO DE SOUSA⁽⁹⁷⁾, uma autorização com vista à limitação de direitos de personalidade tem que ser “*perfeitamente declarada*”. Daqui resulta o seu carácter inequívoco. Em paralelo com o RGPD, vigora o princípio da liberdade de forma (arts. 217.º e 219.º do CC) da declaração de consentimento.

A maioria da doutrina⁽⁹⁸⁾ chama a atenção para o facto de o consentimento ter que apresentar um carácter específico, entenda-se de âmbito deli-

⁽⁹³⁾ Segundo PAIS DE VASCONCELOS (2012, p. 72, ss.) a titularidade “*consiste apenas no nomen atribuído à imputação de uma posição a um sujeito, no âmbito de determinada situação jurídica. Uma pessoa é titular de uma situação jurídica quando é o sujeito da situação jurídica na qual se integra essa posição, independentemente de esta ser activa ou passiva. Ser titular é o mesmo que ser sujeito numa situação jurídica, ou ocupar uma posição jurídica. Ser titular é ter título jurídico*”.

⁽⁹⁴⁾ Cf. 4.º/11 do RGPD.

⁽⁹⁵⁾ Em sentido semelhante, MENEZES CORDEIRO (2021, p. 90): “*Ao apresentar o consentimento como uma manifestação de vontade, o legislador reconduz este conceito ao universo dos negócios jurídicos, afastando-o dos atos jurídicos stricto sensu. Ao imputar esta classificação, o consentimento só poderá encontrar-se sujeito à dogmática civil e a todos os seus desenvolvimentos, bem como aos artigos do Código Civil relativos ao negócio jurídico*”. Para mais referências sobre a natureza do consentimento: MENEZES CORDEIRO (2019a, p. 41).

⁽⁹⁶⁾ Sobre o tema da celebração de contratos de direitos de personalidade leia-se BOUSQUET (2009). Pense-se, por exemplo, que se tem por admissível, dentro de certos limites, uma limitação voluntária do direito à integridade física como o consentimento para intervenções médicas — exemplo retirado da obra de NETO (2013, p. 77).

⁽⁹⁷⁾ Cf. CAPELO DE SOUSA (1995, p. 407).

⁽⁹⁸⁾ Por exemplo, PAIS DE VASCONCELOS (2012, pp. 101-110) escreve no sentido de que a legitimidade adquirida tem que ser sempre específica, relativa a um ato em concreto, a um objeto em concreto, a uma pessoa concreta e a um tempo concreto, ao invés de ser geral e abstrata.

mitado e concreto. Assim como previsto no RGPD, segundo o CC não podemos ter um consentimento ilimitado, sem especificar a finalidade e o tempo pelo qual o direito é disposto pelo seu titular. Tudo assenta na ideia de que o titular pode dispor do seu direito na medida da extensão exata da autorização que é concedida, sob pena de invalidade. Também aqui é vedada a abrangência a acontecimentos futuros associados a uma imprevisibilidade do objeto da limitação voluntária.

CAPELO DE SOUSA⁽⁹⁹⁾ menciona ainda que a limitação voluntária de direitos de personalidade tem que ser “*formada esclarecida e livremente*”. Requisitos que entram em concordância com o caráter informado e livre do consentimento já anteriormente mencionados e vertidos no RGPD. Estes são os requisitos elencados pela doutrina dominante relativos à interpretação do conceito de “limitação voluntária” do art. 81.º/1 do CC.

Mas há mais: ainda a propósito do caráter livre do consentimento, repare-se que o legislador português, já desde 1966, reconhece que esta liberdade depende da livre revogabilidade do consentimento pelo titular dos direitos de personalidade⁽¹⁰⁰⁾. Deste modo, o art. 81.º/2 do CC prevê expressamente: “*A limitação voluntária, quando legal, é sempre revogável*”. Mais uma vez, trata-se de uma revogação unilateral, a todo o tempo, sem que o titular tenha que apresentar qualquer motivo justificativo nem aviso prévio para o efeito⁽¹⁰¹⁾.

Por último, o CC estabelece um requisito adicional que tem que estar verificado, sob pena de o consentimento relativo à limitação de direitos de personalidade ser nulo: a limitação dos direitos de personalidade está sujeita aos limites da ordem pública (art. 81.º/1 do CC) e dos bons costu-

⁽⁹⁹⁾ Cf. CAPELO DE SOUSA (1995, p. 407).

⁽¹⁰⁰⁾ Veja-se com maior detalhe o ponto 4.1 deste trabalho. Leia-se também CAPELO DE SOUSA (1995, p. 409).

⁽¹⁰¹⁾ Em sentido idêntico, veja-se a anotação ao art. 81.º do CC de FERNANDES/PROENÇA (2014, p. 203). Repare-se ainda que este direito de livre revogação tem algumas parecenças com o ‘Direito ao arrependimento’ ou ‘Direito de livre resolução’ (por previsão legal) e o direito de ‘*Termination for Convenience*’ (cláusula geralmente estabelecida contratualmente). O ‘Direito ao arrependimento’ é um direito atribuído por lei a uma das partes, vulgarmente conhecido no âmbito do direito do consumo, nomeadamente previsto no art. 10.º DL 24/2014, de 14 de Fevereiro. Por sua vez, as cláusulas de ‘*Termination for Convenience*’ (revogação unilateral imotivada) são frequentemente encontradas nos contratos quando as partes pretendem prever o direito de desvinculação de uma das partes sem que esta tenha de apresentar motivo justificativo. Ainda assim, o direito de revogação disposto no art. 81.º/2 do CC distingue-se destas figuras na medida em que não tem que ser exercido num determinado prazo. Exemplificando, por comparação, o ‘Direito ao arrependimento’ tem que ser exercido no prazo de 14 dias a contar do dia da celebração do contrato ou do dia em que o consumidor adquira a posse física do bem, nos termos do art. 10.º/1 do DL 24/2014. Relativamente às cláusulas de ‘*Termination for Convenience*’ também é frequente que as partes estipulem um prazo de aviso prévio para o efeito.

mes (arts. 340.º/2 e 334.º do CC)^(102/103). Sobre este requisito já tivemos oportunidade de tecer algumas considerações (ponto 2.3) a propósito da exigência feita também pelo art. 280.º do CC.

Em suma: verifica-se uma afinidade entre regimes de onde se extrai que um negócio jurídico oneroso que assenta em dados pessoais como contraprestação é um negócio cuja verificação depende do consentimento para o tratamento daqueles dados pessoais que constituem o seu objeto mediato.

4. Problemas subsequentes

4.1. Efeitos da revogação do consentimento e a responsabilidade civil (por factos lícitos)

Não poderemos analisar os efeitos da revogação do consentimento sem fazermos previamente uma análise comparativa conceptual entre os arts. 7.º/3 e 13.º/2/b) do RGPD e o art. 81.º/2 do CC.

O CC optou pela palavra “*revogável*”. Já o RGPD menciona, antes, que o titular pode “*retirar*” o seu consentimento. Percebemos que não são usadas expressões iguais. Mas não parece que as diferenças na letra da lei tenham objetivos diferentes. Existe pelo menos proximidade de conceitos, que faz com que se unam num mesmo resultado — deixar de existir o objeto mediato de determinado negócio jurídico. O que se refletirá no apagamento dos dados pessoais⁽¹⁰⁴⁾ ou na simples abstenção da sua utilização para outras finalidades que não a execução do contrato ou cumprimento da lei por parte do terceiro, outrora autorizado para o efeito.

⁽¹⁰²⁾ Segundo CAPELO DE SOUSA (1995, p. 530) e de acordo com a doutrina dominante, apesar da norma só fazer referência à ordem pública, devem ser considerados também os limites impostos pelos bons costumes nos termos dos arts. 340.º/2 e 334.º do CC na medida em que os bons costumes representam um critério do abuso do direito.

⁽¹⁰³⁾ Cf. Ac. do Tribunal da Relação de Lisboa, proc. 8777/21.3T8LSB-7, de 14-09-2021, (rel. Luís Filipe Pires de Sousa), ainda que a propósito da limitação do direito à imagem, o Ac. explica bem quais os limites à autonomia privada impostos pela lei civil: “*O consentimento para utilização da fotografia pode ser dado tacitamente, é revogável a todo o tempo (cf. art. 81.º, n.º 2, do Código Civil), estando sujeito aos limites impostos pela ordem pública (art. 81.º, n.º 1), aos bons costumes (art. 340.º, n.º 2) e à necessidade de resultar de uma vontade livre e esclarecida*”.

⁽¹⁰⁴⁾ Isto no caso de os dados pessoais utilizados como forma de pagamento não serem simultaneamente necessários no âmbito de outras bases de licitude como a execução do contrato ou o cumprimento da lei.

A retirada do consentimento configura uma revogação unilateral imotivada sem efeitos retroativos (art. 7.º/3 do RGPD). Como explicam SOUSA PINHEIRO, *et al.*⁽¹⁰⁵⁾: “(...) a retirada do consentimento não compromete a licitude do tratamento efectuado com base na sua prévia prestação”. Neste ponto, o art. 81.º do CC segue a mesma lógica. A revogação do consentimento não produz efeitos sobre os atos que até àquele momento foram praticados com aquela autorização⁽¹⁰⁶⁾.

Impõe-se-nos, agora, outra questão: será que um titular pode renunciar à livre revogação do consentimento? Podem as partes estabelecer uma cláusula contratual com tal teor? A resposta deve ser negativa. Por um lado, tanto os arts. 7.º/3 e 13.º/2/b) do RGPD como o art. 81.º/2 do CC são normas imperativas, não podendo, à partida, ser afastadas por vontade das partes. Em última instância, o consentimento seria nulo por não estar cumprido o requisito da livre revogabilidade⁽¹⁰⁷⁾. Por outro lado, a existência de uma cláusula de renúncia ao direito de revogar o consentimento implicaria a renúncia a um meio de defesa, atribuído por lei, em face das atuações consentidas, ficando o titular numa posição jurídica não tutelada — aspeto de extrema relevância tendo em conta a teleologia das normas em estudo. Não esqueçamos que o legislador só aceitou a negociabilidade de direitos de personalidade com a condição desta mesma negociabilidade estar limitada pela permanente possibilidade de revogação da autorização concedida de forma a “*proteger interesses que se sobrepõem à autonomia privada*”⁽¹⁰⁸⁾. Isto é: as limitações à autonomia privada quanto à negociação de direitos de personalidade exprimem-se precisamente pela possibilidade de reversão da situação gerada. Admitindo-se — por mera hipótese de raciocínio — a situação prática aqui colocada: a última decisão passaria a estar nas mãos do terceiro autorizado, ficando o consentimento a poder ser extinto unicamente de acordo com a vontade daquele autorizado — o que configuraria uma cláusula desprovida de qualquer justa proporção contratual⁽¹⁰⁹⁾.

Aqui chegados, destacamos outra problemática em torno do art. 81.º/2 do CC. Este artigo estabelece a revogabilidade a todo o tempo, ainda que

⁽¹⁰⁵⁾ Cf. SOUSA PINHEIRO, *et al.* (2018, p. 229).

⁽¹⁰⁶⁾ No mesmo sentido, PAIS DE VASCONCELOS (2012, pp. 206-208).

⁽¹⁰⁷⁾ Poderemos dizer que se trata de um sub-requisito, na medida em que é uma manifestação do requisito da liberdade do consentimento.

⁽¹⁰⁸⁾ Cf. FERNANDES/PROENÇA (2014, p. 201, ss.).

⁽¹⁰⁹⁾ Estes são os argumentos por nós destacados. Para um estudo mais aprofundado sobre a renúncia ao direito de revogação leia-se: PAIS DE VASCONCELOS (2012, pp. 211 e 206-220). Este autor refere ainda que uma situação de renúncia à livre revogabilidade por parte do autorizante consubstanciaria uma situação de colisão com a ordem pública.

com a obrigação de indemnização pelos danos causados à outra parte. Trata-se de uma indemnização por factos lícitos⁽¹¹⁰⁾, na medida em que, nos termos da lei, reserva-se ao titular o direito de revogar o consentimento. Portanto, será questionável se os arts. 7.º/3 e 4 do RGPD (liberdade do consentimento)⁽¹¹¹⁾ entram em tensão com a consequência estabelecida no art. 81.º/2 do CC. Há responsabilidade civil pelos danos causados ao autorizado com a mencionada revogação? Trata-se, de facto, de uma dificuldade de compatibilização do CC com o RGPD. Para os casos de tensão entre o Direito da UE e o direito nacional, relembramos o princípio do primado do Direito da UE⁽¹¹²⁾ bem como o art. 2.º/2 do TFUE sobre os efeitos de preemção do direito unificado da UE sobre as leis nacionais de um Estado. Em caso de conflito entre o Direito da UE e o direito nacional, os EM têm o dever de aplicar a norma da EU e desaplicar o direito nacional. Mais ainda: a competência dos EM para legislar internamente só se mantém desde que não coloque em causa a efetividade e os objetivos delineados pelo Direito da UE. Na nossa modesta opinião, julgamos defensável dizer-se que não há lugar a uma indemnização por danos da expectativa da contraparte causados pela retirada do consentimento. O art. 81.º/2 in fine do CC conflitua e contraria os objetivos do art. 7.º/3 e 4 do RGPD. Logo, ainda que com algumas dúvidas, não será desprovido de sentido entender que, segundo o princípio do primado, a parte final do art. 81.º/2, no que se refere ao direito a uma indemnização, será apenas aplicável a negócios sobre (outros) direitos de personalidade, com exclusão dos negócios sobre dados pessoais.

⁽¹¹⁰⁾ Caso venhamos a constatar que aquele que revoga o consentimento para tratamento dos dados pessoais tem a obrigação de indemnizar a contraparte, pensamos que esta só poderá existir por via da responsabilidade pela confiança. Isto porque o objetivo do art. 81.º/2 é garantir a reposição da situação que existiria, não fosse o estabelecimento da limitação do direito de personalidade. Portanto, julgamos que a responsabilidade por factos lícitos estabelecida no art. 81.º/2 encontra enquadramento numa lógica de responsabilidade pela confiança — terceira via da responsabilidade (diferente da responsabilidade obrigacional e da delitual). Confiança no “*contraente fidel*” na não revogação do consentimento. Não estamos no âmbito da responsabilidade contratual nem extracontratual porque sendo consequência de uma regra de revogabilidade unilateral a todo o tempo não tem qualquer correspondência com um incumprimento, ou violação de direitos, interesses ou um abuso do direito.

⁽¹¹¹⁾ Entenda-se: sem consequências negativas para o titular dos dados na medida em que “*O consentimento deve ser tão fácil de retirar quanto de dar*” (art. 7.º/3 do RGPD).

⁽¹¹²⁾ Cf. Ac. do TJUE, proc. 6/64, de 15-07-1964, *Flamino Costa contra E.N.E.L.* Para uma explicação clara deste princípio: OLIVEIRA PAIS (2012, p. 39, ss.).

4.2. O que acontece ao contrato pago com dados pessoais perante a retirada do consentimento pelo titular dos dados?

Quanto à utilização dos dados para outros fins que não a execução do contrato, não há dúvida: a retirada do consentimento veda a possibilidade da utilização dos dados pessoais para o efeito. Agora, quanto às consequências contratuais, poder-se-á discutir o que acontece ao contrato pago com dados pessoais perante a retirada do consentimento pelo titular dos dados.

De facto, aquando da elaboração da Dir. 2019/770, o legislador teve a oportunidade de regular as consequências contratuais da retirada do consentimento — pelo menos dentro do seu âmbito de aplicação⁽¹¹³⁾ — mas não o fez⁽¹¹⁴⁾. Possivelmente, o legislador quis intencionalmente que esta matéria ficasse à consideração das leis nacionais de cada EM. Ou, então, este problema terá simplesmente escapado ao leque de possibilidades equacionadas pelo legislador ou ainda, terá pensado, eventualmente, que o problema não deveria ficar consagrado num diploma com um âmbito tão específico e limitado a contratos de fornecimento de conteúdos e serviços digitais com os consumidores. Seja como for, atrevemo-nos a apresentar problemas e possíveis construções que, ainda que colocadas em termos dubitativos, poderão ser plausíveis.

Será que o consentimento é condição de eficácia do negócio de tal forma que a sua retirada acarreta a extinção automática do contrato por insubsistência da relação contratual? De facto, se, por mera hipótese de raciocínio, admitíssemos que a retirada do consentimento consubstancia um acontecimento futuro e incerto (art. 270.º do CC), perante a sua retirada, o contrato extinguir-se-ia automaticamente. Contudo, não cremos que assim seja. Julgamos que o consentimento não é uma condição em sentido técnico, mas, antes, um requisito legal [arts. 6.º/1/a) do RGPD e 81.º do CC]. Tanto que, uma vez retirado, aquele que continuar a utilizar os dados pessoais comete um ilícito. Ademais, admitir uma extinção automática do contrato poderia gerar atos de aproveitamento. O titular poderia aproveitar-se desta faculdade de retirar o consentimento para por termo ao contrato, como se de um mecanismo de revogação unilateral imotivada do contrato se tratasse (*termination for convenience*). Queremos com isto

⁽¹¹³⁾ Âmbito B2C, exclusivamente direcionado para o fornecimento de conteúdos e serviços digitais.

⁽¹¹⁴⁾ Cf. KULL (2020, p. 38, ss.). A autora menciona que esta matéria foi deixada pelo legislador europeu à consideração das leis de cada EM.

dizer que, ainda que o contrato de fornecimento de um produto, conteúdo ou serviço não fosse resolúvel a qualquer momento, o titular dos dados encontraria aqui uma ‘válvula de escape’, sabendo que lhe bastaria retirar o consentimento para conseguir, assim, sem mais, por termo ao contrato de imediato. O que se tornaria problemático. Concretamente nas relações de consumo, até mesmo contraditório com um dos grandes objetivos traçados pelas Dir. 2019/770 e 2019/771: privilegiar soluções de manutenção do contrato ao invés da sua extinção.

Questão diferente é saber se o titular, ao revogar o consentimento, estará também a revogar unilateralmente o contrato. Isto pensando que existe uma indissociabilidade entre aquilo que é a contraprestação do contrato e o consentimento para o tratamento de dados pessoais para fins externos à execução do contrato. Julgamos que não é sustentável responder afirmativamente a esta questão. Observe-se que a revogação unilateral é um desvio ao princípio geral *pacta sunt servanda* (art. 406.º do CC) que tem apenas lugar em casos pontuais quando consagrado na lei ou por estipulação contratual das partes. Por isto, ainda que dúvidas subsistam, a revogação do consentimento não consubstancia simultaneamente um ato de revogação unilateral, pois a revogação unilateral do contrato só será admissível se as partes assim o tiverem estipulado.

Pode discutir-se, ainda, se a revogação do consentimento cria na outra parte o exercício de um direito potestativo de resolução⁽¹¹⁵⁾. Mais: será exigível que a contraparte cumpra a sua prestação perante a retirada do consentimento pelo titular dos dados? Para responder a esta questão tomámos como ponto de partida o art. 428.º do CC. Ora, à luz desta exceção do não cumprimento, se o titular dos dados deixa de efetuar a sua prestação⁽¹¹⁶⁾ — pagamento com dados pessoais — o fornecedor reserva-se o direito de optar por recusar prestar o conteúdo ou serviço. Mas repare-se que a aplicação do art. 428.º poderá não ser a mais adequada visa suspender a prestação com o objetivo de pressionar ao cumprimento e não extingui-la.

(115) Enquanto direito potestativo de alcance extintivo. Apesar de a resolução estar tipicamente associada, no CC, à justa causa subjetiva e objetiva, também é reconhecida enquanto direito potestativo no exercício de um poder discricionário (v.g. art. 927.º do CC). Este esclarecimento deve-se ao facto de entendermos que a retirada do consentimento não constitui um incumprimento contratual mas corresponde ao exercício de um direito que é concedido ao titular por previsão legal.

(116) Legítima e legalmente, uma vez que a retirada do consentimento é um direito que assiste ao titular. Por esta razão, excluímos desta equação a resposta ao problema assente nos arts. 798.ºss do CC, visto que se tratam de arts. direcionados para a responsabilidade por factos ilícitos, nomeadamente assente na culpa. Aproveitamos para justificar também a exclusão dos arts. 790.º a 797.º do CC visto que estes dizem respeito à impossibilidade da prestação — o que também não se verifica.

Pensamos que deve ser considerada a hipótese de o credor poder deixar de prestar o conteúdo ou serviço com justa causa, atendendo à natureza sinagmática do contrato. Dada a indissociabilidade do consentimento com aquilo que são as prestações contratuais, a prestação do credor perde o seu fundamento e, por consequência, pode ser defensável um direito potestativo de resolução. Este pode ser um enquadramento para os casos em que os dados pessoais ainda não cumpriram o seu propósito. Isto porque, nas situações em que os dados pessoais já serviram a(s) finalidade(s) para que foram recolhidos, já não encontramos fundamento para a recusa de prestar o conteúdo ou serviço nem para o exercício de um direito potestativo de resolução — v.g. o caso de uma empresa de *software* que, além dos dados pessoais necessários para executar o contrato, recolhe dados pessoais para treinar algoritmos. No momento em que o titular revoga o seu consentimento os dados pessoais já tinham sido usados para aquele efeito. Portanto, poder-se-á dizer que, ainda que o consentimento tenha sido retirado posteriormente à celebração do contrato, o pagamento, de facto, foi feito se os dados pessoais já serviram o seu propósito — casos em que a revogação do consentimento parece não afetar a subsistência da relação contratual. Contudo, temos a noção de que, na prática, será difícil determinar e provar quando é que os dados pessoais já serviram ou não o seu propósito. Por outro lado, admitir esta tese acabaria por funcionar no que respeita a contratos de fornecimento de conteúdos e serviços que consubstanciam prestações duradouras, mas já não parece satisfatória quando falamos de prestações instantâneas, em particular se pensarmos na compra e venda de um bem perecível ou consumível em que o vendedor parece ficar numa situação desprotegida (arts. 203.º e 208.º do CC) — v.g. a venda de um chocolate a troco de dados pessoais em que o mesmo já foi consumido na altura da revogação.

4.3. Será que a revogação do consentimento implica a invalidade dos negócios jurídicos subsequentes?

Até ao momento, analisámos em detalhe este modelo de negócio no âmbito da primeira linha da cadeia de legitimação do uso. A presente análise não ficaria, porém, completa sem uma nova etapa: os negócios subsequentes da cadeia negocial. Cenários em que os dados pessoais vão ser transmitidos a terceiros⁽¹¹⁷⁾. Ou seja, são transmitidos a sujeitos diferentes

(117) Terceiro em relação ao primeiro negócio celebrado ente o titular dos dados e a contraparte.

do responsável que coletou diretamente os dados pessoais junto do titular *a*) no âmbito de um segundo negócio também ele de dados pessoais como contrapartida (v.g. o caso da compra de vacinas pelo Estado de Israel à farmacêutica *Pfizer* a troco de dados pessoais de saúde dos seus cidadãos⁽¹¹⁸⁾; ou a frequente subscrição da versão base, aparentemente ‘gratuita’, dos serviços *Cloud* fornecidos pela *Dropbox* a pequenas e médias empresas que ali inserem dados pessoais dos seus clientes e que a *Dropbox* usa para outras finalidades que não a execução do contrato ou o cumprimento da lei⁽¹¹⁹⁾ ou *b*) no âmbito de um segundo negócio em que os dados pessoais funcionam como produto base (v.g. empresas como a *FloHealth* que transmitem dados pessoais sensíveis dos seus utilizadores ao *Facebook* e *Google* para efeitos de publicidade comportamental⁽¹²⁰⁾; ou os conhecidos enriquecedores de dados — *Data Enrichers* — que vendem dados pessoais a outras empresas com vista a enriquecer as bases de dados pessoais destas últimas).

Abstemo-nos de apreciar a licitude destes negócios subsequentes quando os dados pessoais sejam transacionados como produto. Concentrar-nos-emos, tão só, em averiguar em que medida a retirada do consentimento, subjacente à primeira linha da cadeia negocial, afeta a validade dos negócios subsequentes (efeito dominó). Justificar-se-á a proteção do terceiro contratante de boa fé integrado na mesma cadeia de transmissões e que veja a sua posição afetada? Colherá uma aplicação analógica do art. 291.º do CC?

Respondemos negativamente a esta questão. Há uma natureza substancialmente diferente entre o consentimento e o registo. Um como requisito de licitude e outro com um fim marcadamente publicitário⁽¹²¹⁾. Em segundo lugar, o art. 291.º do CC parece estar nitidamente mais voltado para a regulação de situações que envolvam bens corpóreos e não bens incorpóreos. Em terceiro lugar, a aplicação analógica deste artigo contra-

(118) RTP Notícias, por SOARES, MARIANA RIBEIRO, «"Acordo obscuro". Israel vai fornecer dados médicos à farmacêutica Pfizer em troca de vacinas», 19/01/2021. <https://www.rtp.pt/noticias/mundo/acordo-obscuro-israel-vai-fornecer-dados-medicos-a-farmaceutica-pfizer-em-troca-de-vacinas_n1290510>, consult. em 01/05/2022.

(119) Exemplo mencionado por FRIES (2020, pp. 253-261).

(120) Elite Pars, Law Firm News, “Flo Health Improper Data Usage”, 25/10/2021. <<https://elitpars.com/flo-health-improper-data-usage/>>. consult em 26/08/2022; FTC — Federal Trade Commission, Business Blog, “Location, health, and other sensitive information: FTC committed to fully enforcing the law against illegal use and sharing of highly sensitive data”, 11/07/2022. <<https://www.ftc.gov/business-guidance/blog/2022/07/location-health-other-sensitive-information-ftc-committed-fully-enforcing-law-against-illegal-use>>. Consult. em 26/08/2022.

(121) Sobre a fé pública registal veja-se CARVALHO FERNANDES (2010a, p. 128).

riaria os termos do art. 7.º/3 do RGPD: o tratamento por um terceiro só pode ser válido na medida da extensão do consentimento e até ao momento em que o mesmo durar. Depois, o legislador pensou neste artigo para ser usado de forma excecional. Tanto que fez questão de delimitar de forma rigorosa o seu âmbito de aplicação tendo de ser observados um número considerável de requisitos⁽¹²²⁾. Justamente para não ser alvo de uma aplicação analógica, muito menos no que respeita a direitos de personalidade. E é neste sentido que dispõe o Ac. do STJ, de 08-01-2015⁽¹²³⁾, ao deixar claro que o art. 291.º do CC é insuscetível de aplicação analógica. No cenário em estudo, não faria sentido que prevalecesse a segurança nas transações face ao direito do titular de poder ter o controlo sobre os seus dados pessoais. Tanto aquele que nunca deu o seu consentimento, bem como aquele que o revoga posteriormente tem a legítima expectativa de que a sua escolha opere efetivamente, nunca imaginando que pudesse prevalecer uma proteção de terceiros e que os seus dados pessoais fossem usados pelo fornecedor e/ou terceiros subsequentes à primeira cadeia de legitimação do uso.

Do exposto, extrai-se que a validade de negócios subsequentes — dados pessoais endossáveis a terceiros — estará balizada pelo consentimento dado no primeiro negócio jurídico. A revogação implica, em princípio, a invalidade do(s) negócio(s) subsequente(s).

5. Conclusão

De todo o exposto extraímos como principais as seguintes conclusões:

- A. Os dados pessoais são suscetíveis de serem admissíveis, enquanto objeto mediato de negócios jurídicos, funcionando como contraprestação.
- B. A admissibilidade de negócios jurídicos com dados pessoais como objeto mediato depende do consentimento do titular com a

⁽¹²²⁾ Sobre o art. 291.º: VIEIRA (2016, p. 270, ss.).

⁽¹²³⁾ Cf. Ac. do STJ, proc. 129/11.0TCGMR.G1.S1, de 08-01-2015 (rel. João Trindade). Outro acórdão semelhante, mas muitos mais existem, veja-se: Ac. do STJ, proc. 04B3891, de 09-12-2004 (rel. Custódio Montes). Veja-se também FERNANDES/PROENÇA (2014, p. 725).

observância de todos os requisitos exigíveis pela legislação aplicável.

- C. O sistema não prevê a obrigação de indemnizar a contraparte pelos danos causados com a retirada do consentimento pelo titular dos dados, ficando a primeira numa situação desprotegida.
- D. A revogação do consentimento pode acarretar a extinção do contrato.
- E. A revogação do consentimento tem por consequência a queda dos negócios seguintes fundados na permissão inicial de utilização dos dados pessoais.

Em linhas finais, procurámos expor algumas ideias, comparar regimes, questionar e enquadrar um tema sobre cuja análise, reflexão e estudo pouco se tem escrito. Foi nossa preocupação sustentar uma narrativa coerente e clara, ainda que existam questões por responder e outras que possivelmente se sucedam a esta exposição. Estamos convictos de que este trabalho contribui para a problematização de questões relevantes capazes de desafiar a comunidade científica.

Bibliografia citada

- ALVES, MARIA DE ALMEIDA, “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*, Vol. 5, 2, 2019, pp. 34-42.
- ANDRADE, MANUEL A. DOMINGUES DE (1992), *Teoria Geral da Relação Jurídica, Facto Jurídico, Em Especial o Negócio Jurídico*, Vol. II, Coimbra: Editorial Almedina.
- BARBOSA, MAFALDA MIRANDA, “Negócios onerosos e gratuitos: uma reflexão a propósito dos novos fenómenos de gratuitidade”, *Revista de Direito Comercial*, 2020, pp.1809-1852.
- BEDIR, CEMRE (2018), *Data as Counter-Performance: Yet another point where digital content contracts and the GDPR conflict*, Thesis, Advanced LLM in European & International Business Law, Leiden University.
- BOUSQUET, JOANA BIONE (2009), *Contratos de Direitos de Personalidade*, Tese de Mestrado em Direito — ciências jurídicas, sob a orientação da Prof. Doutor José de Oliveira Ascensão. Lisboa, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.
- BOLOGNINI, LUCA/PELINO, ENRICO/BISTOLFI, CAMILLA (2016), *Il Regolamento Privacy Europeo, Commentário alla Nuova Disciplina sulla Protezione dei Dati Personali*, Milão: Editorial Giuffrè Editore.

- CARRIÈR-SWALLOW, YAN/HAKSAR, VIKRAM, “The Economics and Implications of Data — An Integrated Perspective”, *International Monetary Fund, Strategy Policy and Review Department*, N.º 19/16, 2019.
- CARVALHO, JORGE MORAIS (2021), *Manual de Direito do Consumo*, 7.ª ed., Coimbra: Editorial Almedina.
- _____, “Venda de Bens de Consumo e Fornecimento de Conteúdos e Serviços Digitais — As Diretivas 2019/771 e 2019/770 e o seu Impacto no Direito Português”, *RED — Revista Eletrónica de Direito*, 2019, pp. 63-87.
- CNPD — COMISSÃO NACIONAL DE PROTEÇÃO DE DADOS, *Parecer/2021/53, sobre Proposta de Lei 83/XIV/2.ª (GOV) que aprova a Lei das Comunicações Eletrónicas*. Lisboa, 2021. (a)
- _____, *Parecer/2021/100, de 22-07-2021, sobre Proposta de Decreto-Lei n.º 1049/XXII/2021, que regula os direitos do consumidor na compra e venda de bens, conteúdos ou serviços digitais*. Lisboa, 2021. (b)
- CORDEIRO, A. BARRETO MENEZES (coord.) (2021), *Comentário ao Regulamento Geral de Proteção de Dados e à Lei n.º 58/2019*, Coimbra: Editorial Almedina.
- _____, (2019) — “O Consentimento do Titular dos Dados no RGPD”, in *FinTech II Novos Estudos sobre Tecnologia Financeira* — CORDEIRO, A. BARRETO MENEZES/OLIVEIRA, ANA PERESTRELO/DUARTE, DIOGO PEREIRA (coord.), Coimbra: Editorial Almedina. (a)
- _____, “A Interpretação dos Regulamentos Europeus e das Correspondentes Leis de Execução: O Caso Paradigmático do RGPD e da Lei n.º 58/2019”, *Revista de Direito e Tecnologia*, V. 1, n.º 2, 2019, pp. 175-200. (b)
- CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES (2014), *Tratado de Direito Civil II, Parte Geral, Negócio Jurídico*, 4.ª ed., Coimbra: Editorial Almedina.
- _____, (2007), *Tratado de Direito Civil Português, Parte Geral*, Tomo I, 3.ª ed., Coimbra: Editorial Almedina.
- COSTA, MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA (2006), *Direito da Obrigações*, 10.ª ed., Coimbra: Editorial Almedina.
- DREXL, JOSEF, “Data Access and Control in the Era of Connected Devices”, *Study on behalf of the European Consumer Organisation BEUC*, 2018, pp. 1-168.
- DIAS, CARLOS FERREIRA (2019), *A Privacidade na era da Internet das Coisas Direitos de Personalidade e Proteção de Dados*, Tese de mestrado em Direito — ciências jurídico-civilísticas, sob a orientação da Prof. Doutora Maria Raquel Guimarães. Porto, Faculdade de Direito da Universidade do Porto.
- DRECHSLER, LAURA, “Data As Counter-Performance: A New Way Forward Or A Step Back For The Fundamental Right Of Data Protection?”, in *Datenschutz & LegalTech/ Data Protection & LegalTech: Digitale Ausgabe zum Tagungsband des 21. Internationalen Rechtsinformatik Symposions IRIS2018*, Vrije Universiteit Brussel, 2018, pp. 35-43.
- DUARTE, DIOGO PEREIRA/GUSEINOV, ALEXANDRA (2019), “O Direito de Portabilidade de Dados Pessoais”, in *FinTech II Novos estudos sobre tecnologia financeira*, Coimbra, Editorial Almedina.
- EDPB — EUROPEAN DATA PROTECTION BOARD, *Diretrizes 05/2020 relativas ao consentimento na aceção do Regulamento 2016/679*, Versão 1.1. Bruxelas, 2020.

- EFRONI, ZOHAR, “Location Data as Contractual Counter-Performance: A Consumer Perspective on Recent EU Legislation”, in *Smart Urban Mobility. MPI Studies on Intellectual Property and Competition Law*, Vol 29. Springer, Berlin, Heidelberg, 2020, pp. 257-283.
- FERNANDES, LUÍS A. CARVALHO (2010) — *Lições de Direitos Reais*, 6.ª ed. (reimpressão), Lisboa: Editorial Quid Juris. (a)
- _____, (2010) — *Teoria Geral do Direito Civil II, Fontes, Conteúdo e Garantia da Relação Jurídica*, Vol. II, 5.ª ed., Lisboa: Editorial Universidade Católica Editora. (b)
- FERNANDES, LUÍS CARVALHO/PROENÇA, JOSÉ BRANDÃO (coord.) (2014), *Comentário ao Código Civil, Parte Geral*, Lisboa: Editorial Universidade Católica Editora.
- FRADA, MANUEL A. CARNEIRO DA, “A Ordem Pública no Domínio dos Contratos”, *Studia Iuridica*, 91, Ad Honorem — 3, *Boletim da Faculdade de Direito*, Universidade de Coimbra, Editorial: Coimbra Editora, 2008, p. 255-267.
- FRIES, MARTIN (2020), “Data as Counter-Performance in B2B Contracts”, in *Data as Counter-Performance — Contract Law 2.0?*, col. “The Deutsche Nationalbibliothek”, 1.ª ed., Germany: Editorial Nomos Verlagsgesellschaft, Hart Publishing.
- GT ART. 29.º — GRUPO DE TRABALHO DO ARTIGO 29.º PARA A PROTEÇÃO DE DADOS, *Orientações relativas ao consentimento na aceção do Regulamento (UE) 2016/679*, adotadas em 28 de novembro de 2017. Bruxelas, 2018.
- _____, *Orientações sobre o direito à portabilidade dos dados*, 16/PT, WP 242 rev.01, adotadas em 13 de dezembro de 2016, com a última redação revista e adotada em 5 de abril de 2017. Bruxelas, 2017.
- HÖRSTER, HEINRICH EWALD/SILVA, EVA SÓNIA MOREIRA DA (2019), *A Parte Geral do Código Civil Português*, 2.ª ed., Coimbra: Editorial Almedina.
- KUNER, CHRISTOPHER/BYGRAVE, LEE A./DOCKSEY, CHRISTOPHER/DRESHLER, LAURA (2020), *The EU General Data Protection Regulation (GDPR), A Commentary*, New York: Editorial Oxford.
- KULL, IRENE, “Withdrawal from the Consent to Process Personal Data Provided as Counter-Performance: Contractual Consequences”, *Juridiskā zinātne / Law, Faculty of Law*, University of Tartu, 13, 2020, pp. 33-49.
- LOHSSE, SEBASTIAN/SCHULZE, REINER/STAUDENMAYER, DIRK (eds.) (2020), Data as Counter-Performance — Contract Law 2.0? An Introduction, in *Data as Counter-Performance — Contract Law 2.0?*, col. “The Deutsche Nationalbibliothek”, 1.ª ed., Germany: Editorial Nomos Verlagsgesellschaft, Hart Publishing.
- MARQUES, J. DIAS (1973), *Noções Elementares de Direito Civil*, 5.ª ed., Lisboa: Editorial Centro de Estudos de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.
- METZGER, AXEL, “Data as Counter-Performance — What Rights and Duties do Parties Have?”, *Jipitec*, 8, 2017, pp. 2-8.
- _____, “A Market Model for Personal Data: State of Play under the New Directive on Digital Content and Digital Services” in *Data as Counter-Performance — Contract Law 2.0?*, col. “The Deutsche Nationalbibliothek”, 1.ª ed., Germany: Editorial Nomos Verlagsgesellschaft, Hart Publishing.
- NARCISO, MADALENA, “Consumer Expectations in Digital Content Contracts — An Empirical Study”, *Tilburg Private Law Working Papers Series*, 1, 2017, pp. 1-29.

- _____, “Dados Pessoais como Contraprestação in Contratos de Consumo — Breve Reflexão”, *Anuário da Nova Consumer Lab, Yearbook of the Nova Consumer Lab*, Ano 1, 2019, pp. 129-148.
- NAVARRO, SUSANA NAVAS/LÓPEZ, CARLOS GÓRRIZ/CLAVIJO, SANDRA CAMACHO/GUILLÉN, SANTIAGO ROBERT/MARQUÈS, MARIANA CASTELLSI/BORGE, IVÁN MATEO (2017), *Inteligencia Artificial, Tecnología, Derecho, Derecho Y TIC's*, Valencia, Tirant Lo Blanch.
- NETO, ABÍLIO (2013), *Código Civil Anotado*, 18.^a ed., Lisboa: Editorial Ediforum — Edições Jurídicas.
- PAIS, SOFIA OLIVEIRA (coord.) (2012), *Princípios de Direito da União Europeia*, 2.^a ed., Coimbra: Editorial Almedina.
- PASSINHAS, SANDRA, “O novo Regime de Compra e Venda de Bens de Consumo — exegese no novo regime legal”, *Revista de Direito Comercial*, 2021, pp. 1463-1528.
- PINHEIRO, ALEXANDRE DE SOUSA (coord.)/COELHO, CRISTINA PIMENTA/DUARTE, TATIANA/GONÇALVES, CARLOS JORGE/GONÇALVES, CATARINA PINA (2018) — *Comentário ao Regulamento Geral de Proteção de Dados*, Coimbra: Editorial Almedina.
- PINTO, CARLOS ALBERTO DA MOTA/MONTEIRO, ANTÓNIO PINTO/PINTO, PAULO MOTA (2020), *Teoria Geral do Direito Civil*, 5.^a ed., Coimbra: Editorial Gestlegal.
- SCHMIDT-KESSEL, MARTIN (2020), “Right to Withdraw Consent to Data Processing — The Effect on the Contract”, in *Data as Counter-Performance — Contract Law 2.0?*, col. “The Deutsche Nationalbibliothek”, 1.^a ed., Germany: Editorial Nomos Verlagsgesellschaft, Hart Publishing.
- SILVA, NUNO SOUSA E/PINTO, BENEDITA CUNHA (2022), “Internet das Coisas (IoT): alguns desafios jurídicos”, in *Estudos de Direito do Consumo — AAFDL Editora (no prelo)*.
- SILVA, NUNO SOUSA E (2018), *Os Atos de Aproveitamento de Imateriais: Concorrência Desleal e Propriedade Intelectual*, Tese de Doutoramento em Direito, sob a orientação da Prof. Doutora Sofia Pais. Porto, Escola do Porto da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa.
- SOUSA, RABINDRANATH V. A. CAPELO (1995), *O Direito Geral de Personalidade*, Coimbra: Editorial Coimbra Editora.
- TASTAN, FURKAN GÜVEN (2021), *The (im)possibility of personal data as an object of contracts: An analysis of the GDPR and the Digital Content Directive*, Master’s Degree Programme Law and Technology, under the supervision of Nadezhda Purtova. Tilburg, Tilburg University.
- VASCONCELOS, PEDRO LEITÃO PAIS DE (2012), *A Autorização*, Tese de Doutoramento em Direito. Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra: Editorial Coimbra Editora.
- VERSACI, GIUSEPPE, “Personal Data and Contract Law: Challenges and Concerns about the Economic Exploitation of the Right to Data Protection”, *European Review of Contract Law*, 14, 2018, pp. 374-392.
- VIEIRA, JOSÉ ALBERTO (2016), *Direitos Reais*, Coimbra: Editorial Almedina.
- WIEDEMANN, KLAUS, “A Matter of Choice: The German Federal Supreme Court’s Interim Decision in the Abuse-of-Dominance Proceedings Bundeskartellamt v. Facebook (Case KVR 69/19)”, *Springerlink, IIC — International Review of Intellectual Property and Competition Law*, 51, 2020, pp. 1168-1181.

- WENDEHORST, CHRISTIANE, “The Proposed Digital Content Directive and its Implications for the Data Economy”, *XXXII Nordic Conference on Legal Informatics*, Universität Wien, 2017.
- ZARSKY, TAL. Z., “Incompatible: The GDPR in the Age of Big Data”, *Seton Hall Law Review*, University of Haifa — Faculty of Law, Vol. 47, 4(2), 2017, pp. 995-1020.

Jurisprudência citada

- Ac. do Tribunal da Relação de Lisboa, processo 8777/21.3T8LSB-7, de 14-09-2021, (Relator: Luís Filipe Pires de Sousa), disponível em <<http://www.gde.mj.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497ecc/0e71bdbb89eaa24a8025876000400276?OpenDocument>>.
- Ac. do STJ, proc. n.º 129/11.0TCGMR.G1.S1, de 08-01-2015 (Relator: João Trindade), disponível em <<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814fe590e765f02909580257dc8003e9214?OpenDocument>>.
- Ac. do STJ, proc. n.º 04B3891, de 09-12-2004 (Relator: Custódio Montes), disponível em <<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/55a7cf1693f749f280256f9d0044f1ee?OpenDocument>>.
- Ac. do Consiglio di Stato, proc. n.º 02631/2021REG.PROV.COLL, de 29-03-2021 (Relator: Stefano Toschei), disponível em <[https://www.giustizia-amministrativa.it/portale/pages/istituzionale/visualizza/?nodeRef=&schema=cds&nrg=202001825&nomeFile=202102631_11.html&subDir=Provvedimenti](https://www.giustizia-amministrativa.it/portale/pages/istituzionale/visualizza/?nodeRef=&schema=cds&nrg=202001825&nom eFile=202102631_11.html&subDir=Provvedimenti)>.
- Ac. do TJUE C-40/17, (EU:C:2018:1039), Fashion ID GmbH & Co. KG contra Verbraucherzentrale NRW eV, de 19-12 — 2018, disponível em <<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=209357&pageIndex=0&doclang=PT&mode=req&dir=&occ=first&part=1>>.

Websites citados

- Markteer, “E se pagasse um chocolate com os seus dados pessoais em vez de dinheiro?”, 07/05/2021. <<https://marketeer.sapo.pt/e-se-pagasse-um-chocolate-com-os-seus-dados-pessoais-em-vez-de-dinheiro/>>, consult. em 1/Abr/2022.
- Dicionário Priberam, <<https://dicionario.priberam.org/>>, consult. em 1/Abr/2022.
- Elite Pars, Law Firm News, “Flo Health Improper Data Usage”, 25/10/2021. <<https://elitepars.com/flo-health-improper-data-usage/>>. consult. em 26/Ag/2022.
- FTC — Federal Trade Commission, Business Blog, “Location, health, and other sensitive information: FTC committed to fully enforcing the law against illegal use and sharing of highly sensitive data”, 11/07/2022. <<https://www.ftc.gov/business-guidance/blog/2022/07/location-health-other-sensitive-information-ftc-committed-fully-enforcing-law-against-illegal-use>>. consult. em 26/Ag/2022.

RTP Notícias, por Soares, Mariana Ribeiro, «“Acordo obscuro”. Israel vai fornecer dados médicos à farmacêutica Pfizer em troca de vacinas», 19/Jan/2021. <https://www.rtp.pt/noticias/mundo/acordo-obscuro-israel-vai-fornecer-dados-medicos-a-farmaceutica-pfizer-em-troca-de-vacinas_n1290510>, consult. em 01/Abr/2022.

Shackleton, part of Accenture Interactive, “Data Pro Quo — The first vending machine where you pay with data”, 06/05/2021. <<https://www.shackletongroup.com/en/works/accenture-data-pro-quo>>, consult. em 1/Abr/2022.

Shiru Café powered by Enrission, Inc., <<https://global.shirucafe.com/student.php>>, consult. em 1/Abr/2022.