



UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

Dados pessoais como objeto mediato de negócios jurídicos onerosos

Maria Benedita Carneiro da Frada da Cunha Pinto

Mestrado em Direito

Faculdade de Direito | Escola do Porto

2022



UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

Dados pessoais como objeto mediato de negócios jurídicos onerosos

Maria Benedita Carneiro da Frada da Cunha Pinto

Orientador: Professora Doutora Ana Afonso

Mestrado em Direito

Faculdade de Direito | Escola do Porto

2022

Ao Avô Manuel,
que admiro com saudade.

Agradecimentos

Agradeço à Exma. Sr.^a Professora Doutora Ana Afonso pela disponibilidade e por ter acreditado sempre nas minhas ideias, fruto do espírito exploratório e de uma intuição jurídica que sinto como vocação.

Agradeço aos meus Pais, Irmãos e Amigos por me acompanharem sempre nas minhas inquietudes.

Agradeço ainda à PTCS – Pinheiro Torres, Cabral, Sousa e Silva, na pessoa dos seus sócios e advogados, bem como a todos os colegas de profissão com quem tenho trabalhado, pela confiança, estímulo constante e por me permitirem realizar o meu trabalho com independência e a liberdade criativa que tanto prezo.

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). A presente dissertação 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 ou serviços a troco 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). The present dissertation 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.

Índice

1 - Introdução	2
2 - Dados pessoais: objeto mediato de negócios jurídicos onerosos	4
2.1 - Pagamento com dados pessoais (contraprestação)	4
2.2 - Dados pessoais como objeto mediato do negócio	6
2.3 - Requisitos do objeto negocial	7
3 - Admissibilidade do objeto	10
3.1 - Tendência legislativa	10
3.2 - Consentimento nos termos do Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados	12
3.3 - Consentimento nos termos do Código Civil	18
3.3.1 - Dados pessoais e direitos de personalidade	18
3.3.2 - Consentimento como limitação voluntária de direitos de personalidade	20
4 - Problemas subsequentes	23
4.1 - Efeitos da revogação do consentimento e a responsabilidade civil (por factos lícitos)	23
4.2 - O que acontece ao contrato pago com dados pessoais perante a retirada do consentimento pelo titular dos dados?	25
4.3 - Será que a revogação do consentimento implica a invalidade dos negócios jurídicos subsequentes?	28
5 - Conclusão	30
Bibliografia citada	31
Jurisprudência citada	36
Websites citados	37

Siglas e abreviaturas

Ac. – Acórdão

Art(s). – Artigo(s)

B2B – *Business-to-Business*

B2C – *Business-to-Consumer*

CC – Código Civil

cfr. – confronto

cons. – considerando

CRP – Constituição da República Portuguesa

DP – dados pessoais

Dir. - Diretiva

DL – Decreto-lei

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 DP – sobre o que incide esta dissertação – já é uma realidade existente. Não raras vezes o pagamento é feito com DP ao invés de uma prestação pecuniária. Diríamos mesmo que a celebração de negócios jurídicos utilizando DP como objeto mediato é cada vez mais uma tendência.

É frequente que a recolha de DP seja condição exigida para que um determinado comprador possa usufruir de um bem, conteúdo ou serviço, ainda que os DP 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 DP 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 DP 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 DP que são coletados, do que é feito após a sua recolha, inclusive se são transferidos ou mesmo vendidos a terceiros¹. Esta realidade deve-se ao facto de os DP terem um valor económico dificilmente dimensionável pelo titular dos dados, constituindo uma verdadeira fonte de rendimento para as empresas.

É sabido que 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. Pois bem, a utilização de DP como objeto mediato de negócios jurídicos onerosos levanta algumas dificuldades de compatibilização entre o Direito da Proteção de Dados e o Direito dos Contratos². Serão válidos negócios com DP como contraprestação à luz do ordenamento jurídico português? Haverá limites à autonomia das partes quando estas decidem celebrar um negócio jurídico com DP como contraprestação? Nas páginas que se seguem procuramos perceber em que medida a legislação admite DP como objeto mediato de negócios jurídicos onerosos uma vez que, na maioria dos casos, as empresas utilizam os DP para outras finalidades que não a execução do contrato.

Começamos por uma análise conceptual do tema, recorrendo a conceitos e classificações clássicas, unanimemente aceites e utilizados pela doutrina e jurisprudência no âmbito do Direito

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

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

Civil. Em seguida, estudamos a questão da licitude nos termos do RGPD³ e sobre a perspetiva 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 DP 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? E será que 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 consumo⁴, como se perceberá, a questão é mais abrangente, podendo ocorrer ou ter implicações tanto no âmbito das relações negociais B2C como B2B⁵. Além do mais, a doutrina tem dirigido a atenção exclusivamente para o estudo dos DP como contrapartida no âmbito dos contratos de fornecimento de conteúdos e serviços digitais⁶. 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 DP – v.g. o caso da *Data Pro Quo* (a primeira máquina de venda automática cujos produtos são pagos com DP)⁷ ou da *Shiru Café* (a compra e venda de café a troco de DP)⁸.

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 e talvez por isso se tenham tornado do conhecimento geral.

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 Cfr. 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 pagasse 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.

Sem prescindir e não obstante os DP (relativos a pessoa singular identificada ou identificável⁹) como os dados não pessoais (incluindo dados técnicos, financeiros, industriais e científicos¹⁰) serem de particular relevância neste domínio, optámos por tratar o presente tema apenas sobre a perspetiva dos DP¹¹, atenta a complexidade do tema e as limitações de espaço.

Pela presente tese não desejamos desenvolver um estudo sobre proteção de DP, apesar de se tornar inevitável a sua referência enquanto disciplina complementar do Direito dos Contratos. 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.

Nestes termos, é nossa proposta responder – ou pelo menos tentar responder – a uma série de perguntas sobre matérias que julgamos desafiantes, manifestamente atuais e de grande interesse prático tanto para as empresas¹³ como para os titulares dos dados, com o compromisso de uma análise jurisprudencial e bibliográfica rigorosa e o esforço sério de podermos contribuir para o avanço científico.

2 - Dados pessoais: objeto mediato de negócios jurídicos onerosos

2.1 - Pagamento com dados pessoais (contraprestação)

Esta dissertação apenas versa sobre negócios jurídicos com DP como forma de pagamento. Logo, estudamos os negócios cujo pagamento com DP é uma condição para o acesso ao produto, conteúdo ou serviço. Melhor dizendo, DP que funcionam como contraprestação¹⁴ são DP que são utilizados para outros fins, que não a execução do contrato

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 DP, não se pode negar a relevância dos dados não pessoais no âmbito da economia de dados, nomeadamente no contexto *B2B*.

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

13 Cfr. Art. 4.º/18 RGPD: «“*Empresa*”, uma pessoa singular ou coletiva que, independentemente da sua forma jurídica, exerce uma atividade económica, incluindo as sociedades ou associações que exercem regularmente uma atividade económica».

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

e/ou o cumprimento da lei, mas sim que funcionam como uma verdadeira contrapartida ou compensação¹⁵ do credor.

Como referido, o titular dos dados nem sempre tem consciência de que está a dar os seus DP como contraprestação, muito menos que os seus DP representam um preço com valor económico¹⁶. Estes 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 – tudo o que é gratuito é fácil de obter. Mesmo aqueles que noutras condições não ponderariam celebrar determinado negócio consideram celebrá-lo.

Embora seja discutível se estes negócios devem ser classificados enquanto onerosos ou gratuitos, não temos como pretensão abrir uma discussão sobre a ‘gratuidade’ *versus* ‘onerosidade’ deste modelo de negócio – tal abordagem daria uma outra dissertação. Apenas pretendemos deixar justificadamente clara a nossa posição, assim como chamar o leitor para uma reflexão do conceito de ‘objeto mediato de negócios jurídicos onerosos’ como um todo. É nossa convicção que são onerosos aqueles negócios cujos DP funcionam como contraprestação – seguindo assim as regras competentes. Esta é a posição que julgamos defensável e que está de acordo com os mais recentes textos sobre a matéria¹⁷.

para a ação e a segunda para aquilo que se recebe na ação de contraprestação. Com rigor, DP 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 DP? Serão mais valiosos aqueles DP que se incluem na categoria de DP 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. (2017pp. 266ss) referem que o cálculo do valor dos DP é difícil de averiguar e depende tanto do titular como do terceiro que terá acesso aos mesmos. Entendem que o valor dos DP 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 DP, 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 DP pode ser avaliado a partir dos resultados financeiros da empresa cujo modelo de negócio se centra essencialmente nos DP; 2. O valor económico dos DP pode ser calculado em função do valor de mercado dos DP, em função dos usos e das finalidades para as quais os DP vão ser tratados; 3. O valor económico dos DP pode ser calculado em função do risco associado ao tratamento dos DP em causa e às consequências de uma falta de segurança dos mesmos; 4. O valor económico dos DP pode ser avaliado a partir da própria perceção que o titular tem sobre os seus DP e a forma como este lhes dá maior ou menor relevância.

17 Veja-se 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

Ainda numa ótica conceptual e de delimitação negativa do âmbito de aplicação deste tema, cumpre realçar o facto de não visarmos DP enquanto mercadoria (produto) – não é esse o nosso âmbito¹⁸. Não tratamos da venda de DP, mas do pagamento com os mesmos. Bem sabemos que é comum a confusão entre DP como contraprestação e DP como mercadoria. Encontram-se frequentemente expressões a propósito de negócios cujo pagamento é feito com DP 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 DP como produto base e DP como uma contrapartida, não rejeitamos ainda assim a existência de uma exploração económica no segundo caso, uma vez que estes DP vão servir inúmeras utilidades para o credor (v.g. entre outras, a utilização de DP 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 DP deste modelo de negócio como contraprestação não queremos com isto dizer que o pagamento com DP não possa representar uma perda na esfera do devedor – porque pode. Como se perceberá, pode resultar, mais propriamente, numa perda de privacidade na esfera jurídica do devedor e num ganho patrimonial na esfera jurídica do credor.

2.2 - Dados pessoais como objeto mediato do negócio

Aqui chegados, cumpre justificar a qualificação dos DP enquanto objeto mediato deste modelo de negócio. O artigo 280.º do CC (“*Requisitos do Objeto Negocial*”) refere-se ao objeto

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’. 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). Ainda, CARVALHO (2021, p. 62) entende que o fornecimento de um bem, conteúdo ou serviço para consumo em que os DP funcionam como contraprestação não se confunde com a oferta (gratuita) de bens ou serviços ao consumidor. Pelo que chama a atenção para a necessidade de tratar estes contratos como onerosos. Em sentido contrário, damos a conhecer a tese de METZGER (2017, p. 3). Este autor entende por serviço ‘gratuito’ aquele que não implica um custo monetário ainda que o utilizador esteja ciente de que os DP 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 DP 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.

18 Embora já fora do âmbito desta dissertação, a título de curiosidade, parece-nos que poderá ser desafiante o estudo da eventual admissibilidade dos negócios com DP como produto base, que julgamos serem tendencialmente não admissíveis.

negocial em sentido amplo¹⁹. Por sua vez, o objeto negocial pode 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’)²⁰. 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)²¹. De forma simples, no caso da compra e venda de um livro, o objeto imediato corresponde à obrigação de entrega do livro e à obrigação de pagar o preço²². 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 DP dos seus utilizadores (v.g. email, idade, género e DP de localização). No caso concreto, os DP 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 DP) 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: a) a capacidade das partes, b) a inexistência de anomalias na declaração de vontade (v.g. vícios) e c) a idoneidade do objeto.

19 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*”.

20 MOTA PINTO et al. (2020, pp. 553ss) preferem usar os termos “*imediato*” e “*mediato*” ou “*conteúdo*” e “*objeto stricto sensu*”. CARVALHO FERNANDES (2010b, pp. 159ss) apresenta as três formas de designação do objeto negocial, usando maioritariamente “*objeto em sentido jurídico*” e “*objeto em sentido material*”. DIAS MARQUES (1973, pp. 64ss) adota a terminologia “*conteúdo*” e “*objeto stricto sensu*”. Por sua vez, MENEZES CORDEIRO (2014, pp. 537ss) opta por “*conteúdo*” e “*objeto*” (*stricto sensu*). ANDRADE (1992, pp. 327ss) 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*”.

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

22 Obrigações, respetivamente, ligadas ao direito de crédito e ao direito de propriedade.

Neste ponto, trataremos apenas da idoneidade do objeto mediato, especificamente, da idoneidade dos DP com a função de contraprestação. Para o efeito, é necessário ver preenchidos os requisitos do objeto negocial²³ (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 costumes²⁴. 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 analisar em detalhe o eventual acolhimento deste objeto mediato nos termos da legislação aplicável.

Por seu turno e de forma simples, a possibilidade física assenta numa lógica de que “*o que não pode ser prestado, não pode ser devido*”²⁵. A possibilidade física “*deve ser aferida tendo em conta 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 DP 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 DP sem os especificar. Ainda assim, tal facto não invalida que um negócio, apesar de indeterminado, surja determinável, se das partes

23 Muito embora o artigo 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., pp. 159ss).

24 Embora o resultado da análise acabe por ser o mesmo, a doutrina autonomiza os requisitos de forma diferente. CARVALHO FERNANDES (2010b, p. 159ss) enuncia três requisitos: a) licitude, b) possibilidade e c) determinabilidade. MOTA PINTO et al. (2020, pp. 331ss) e DIAS MARQUES (1973, pp. 65ss): 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, pp. 541ss) 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 Cfr. MENEZES CORDEIRO (2014, p. 544).

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

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 (interna²⁷) 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 elas²⁸. Tratam-se de conceitos indeterminados²⁹ cuja densificação dependerá de uma análise casuística. O caráter indeterminado destes conceitos reside precisamente na ideia de que o legislador confia ao juiz esta tarefa de densificação³⁰. 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 DP de saúde, apesar do consentimento prestado para o efeito. Não que, no nosso sistema jurídico, opere um regime de limitação da autonomia privada baseado na exigência de uma proporcionalidade das prestações³¹. 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 RGPD³², somos levados a crer que, nos negócios com DP 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 costumes³³. 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

27 Por contraposição à ordem pública internacional (art. 22.º do CC).

28 Cfr. 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 fluída*”.

29 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.

30 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*”.

31 V.g. as partes são livres de celebrar um contrato de compra e venda de uma garrafa de água por 1.000€.

32 Cfr. 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*”.

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

requisitos, o objeto mediato em análise é passível de ser idóneo, a menos que certos pormenores relativos a um caso concreto concorram para a sua inidoneidade e conseqüente 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 DP 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”*³⁴. Mas julgamos que a tendência legislativa vai no sentido de acolher esta realidade³⁵. O esforço legislativo com vista a cobrir novas formas de negócio é de difícil realização e levanta alguns problemas de compatibilização com o regime da proteção de DP³⁶. Afinal, tem que 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 Outubro³⁷. Esta Dir. menciona o pagamento com DP (arts. 3.º/1 e cons. 24 e 25 da Dir. 2019/770 e 3.º/3/b) do DL 84/2021). Elucidamos para o facto de esta tese não ser especificamente sobre Direito do Consumo nem sobre conteúdos e serviços digitais. Não obstante, é inegável que grande parte dos negócios pagos com DP ocorra nesta sede. E talvez, por essa razão, a Dir. 2019/770 tenha sido pioneira na referência a negócios como o que aqui estamos a analisar.

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

34 Cfr. NARCISO (2019, p. 133).

35 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 perspectiva”*.

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

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

proteção destes diplomas os consumidores de bens corpóreos³⁸ – v.g. casos como o da empresa *Data Pro Quo*.

Embora possamos tecer inúmeras críticas ao DL³⁹, a verdade é que tem havido, pelo menos, um esforço legislativo de harmonização com o regime europeu sobre a proteção de DP, 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 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 expectável⁴⁰. O conceito de consumidor⁴¹ deixou de fazer menção às pessoas coletivas⁴², 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 CNPD⁴³, 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 faculta DP 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 corrente⁴⁴. Seguindo esta lógica, houve o acolhimento da sua existência, mas não da sua admissibilidade.

38 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 DP 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*” [tradução nossa] (EFRONI, 2022, p. 282).

39 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).

40 Cfr. CARVALHO (2019, pp. 70 e ss).

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

42 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).

43 Cfr. CNPD (2021b, pp. 2-4).

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

Apesar de tratarmos de um mercado não especificamente regulado, autores como TASTAN⁴⁵ entendem que esta Dir. veio abrir a “*caixa de pandora*”⁴⁶ para a discussão da admissibilidade deste modelo de negócio – caminho que parece inevitável, sem retorno, dado o avanço tecnológico acompanhado da crescente disponibilização e circulação de DP⁴⁷. Estamos convictos que será uma questão de tempo.

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

O legislador europeu absteve-se de declarar expressamente a proibição da celebração de negócios jurídicos cuja contraprestação são DP. É sabido que todo o processamento de DP 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 doutrina⁴⁸ – e que subscrevemos. No mesmo sentido veja-se ainda o parecer da CNPD⁴⁹ a propósito da proposta de lei que aprova a Lei das Comunicações Eletrónicas. No seu ponto 24, a CNPD esclarece que o fornecimento de DP como remuneração de um serviço corresponde a “*operações sobre dados não necessários à execução do contrato*” e, para legitimar tais operações, “*seria o consentimento*”. Ainda, da leitura atenta do cons. 24 da Dir. 2019/770, já acima referida, extraímos também a mesma conclusão.

Aqui chegados, ainda que sem pretensões de exaustividade, cumpre 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

45 Cfr. TASTAN (2021, p. 6).

46 Na expressão deste autor abriu-se “*the Pandora’s Box*” com a admissibilidade deste tipo de negócios no âmbito dos contratos de consumo e que, por sua vez, vem acompanhada de uma vasta gama de limitações no que respeita à sua compatibilidade com o regime da proteção de DP.

47 Neste contexto leia-se também DRECHSLER (2018, pp. 44-45). Aqui são traçadas algumas críticas à admissibilidade dos DP 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 DP como contraprestação deveriam ter sido resolvidos os problemas relativos à proteção de dados e de compatibilização com o RGPD.

48 Entre muitos, METZGER (2020, pp. 25-45), ainda que apenas a propósito da Dir. 2019/770. Veja-se ainda, NARCISO (2019, p. 145ss), ALVES (2019, p. 40) e VERSACI (2018, pp. 387ss). 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 DP como contraprestação (e que, portanto, é necessário um consentimento, nos termos do art. 6.º/1/a) RGPD) e DP necessários para a execução do contrato (art. 6.º/1/b) RGPD).

49 Cfr. CNPD (2021a).

do consentimento prestado e do seu alcance. Se estes requisitos não estiverem verificados, o consentimento não será juridicamente relevante, não será válido.

Já o caráter específico reflete-se num consentimento que serve destinatários identificados e finalidades específicas⁵⁰. Em rigor, este requisito depende da observância do princípio da finalidade e do princípio de minimização dos dados⁵¹. Ou seja, a cada dado corresponde um responsável e uma finalidade concreta. Queremos com isto dizer que as finalidades para as quais os DP vão ser processados têm que ser reveladas junto do titular. À partida não pode haver reserva de determinação nem de determinabilidade futura⁵². Tudo numa lógica de que o fornecedor não está autorizado a fazer um tratamento de DP além do tratamento especificamente consentido⁵³. Por isto, segundo as orientações do EDPB⁵⁴ devem ser solicitados tantos consentimentos quantos os responsáveis e as finalidades (consentimento granular). Exemplificando: uma aplicação de edição de fotografias pretende tratar DP como o e-mail e DP de localização para fins de publicidade comportamental e partilhar esses mesmos DP 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 DP (exigência para o aceder ao conteúdo ou serviço). Neste ponto, voltemos ao exemplo da aplicação de fotografias, mas que, agora, funciona a troco daqueles mesmos DP que servirão aquelas mesmas finalidades. Ora, caso a aplicação venha a usar os DP 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 DP para fins de publicidade comportamental e não aceitar relativamente à partilha com parceiros comerciais, sem que isso implique a recusa

50 O Ac. do TJUE C-40/17, (EU:C:2018:1039), *Fashion ID GmbH & Co. KG contra Verbraucherzentrale NRW eV*, de 19 -12 - 2018 aborda de forma exaustiva o conceito de ‘finalidade’ da utilização dos DP: “*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*”; Cfr. BOLOGNINI et al. (2016, pp. 211 e 215) explica que devemos ter “*un consenso per ogni finalità*”.

51 Cfr. Arts. 5.º/1/b) e c) e 13.º/2/a) do RGPD. O RGPD assenta numa série de princípios. Pelo que, os seus artigos refletem a concretização dos mesmos.

52 Salvo casos excecionais em que a finalidade futura seja compatível com a finalidade para que os DP foram recolhidos inicialmente.

53 O mesmo se aplica aos terceiros abrangidos pelo consentimento prestado.

54 Cfr. EDPB (2020, pp. 15-16).

do acesso à aplicação. Talvez estejamos na presença de um requisito 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*”⁵⁵. O consentimento tem que se manifestar através de um comportamento concludente sobre a vontade do titular⁵⁶. Seja através de autorização escrita, através de meios eletrónicos 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)⁵⁷. 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 satisfeitas⁵⁸. 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 sempre acontece. Em primeiro lugar, estas informações devem

55 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 utilizada pela versão em inglês do RGPD e que pensamos ser a intenção do legislador. Na nossa perspetiva, 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 artigo 9.º/2/a) e o artigo 4.º/11 obrigar-nos-ia a concluir que o artigo 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 DP 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 artigo 6.º/1/a) e do artigo 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 DP, 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 DP; podem ver-se ainda breves notas neste sentido apresentadas por MENEZES CORDEIRO (2021, pp. 92).

56 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).

57 Cfr. 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).

58 Cfr. 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.

apresentar-se de forma clara, acessível e completa (arts 5.º/1/e), 12.º e 13.º do RGPD)⁵⁹. Designadamente, o titular tem que estar informado sobre a identidade do responsável pelo tratamento de DP⁶⁰, sobre o tempo de conservação dos DP⁶¹, os seus direitos⁶², a eventual possibilidade de terceiros terem acesso aos DP⁶³, o tipo de DP em causa⁶⁴, 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 29.03.2021⁶⁵, 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 DP do utilizador, nos quais assenta, precisamente, o modelo de negócio da gigante rede social⁶⁶. No âmbito deste processo ficou decidido que os seus utilizadores estão a pagar o serviço com os seus DP, 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 utilizadores⁶⁷, pelo que esta empresa foi condenada a pagar uma sanção pecuniária bem como a corrigir os seus termos⁶⁸. Constatamos, portanto, que a veracidade da informação é um elemento a ter em consideração, em especial, no que respeita à recolha de DP 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

59 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).

60 Cfr. Art. 13.º/1/a) do RGPD.

61 Cfr. Art. 13.º/2/a) do RGPD.

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

63 Cfr. Art. 13.º/1/e) e f) do RGPD.

64 Cfr. Art. 13.º/1/c) do RGPD.

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

66 Especificamente, por meio das receitas de publicidade direcionada.

67 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).

68 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 DP para fins de publicidade direcionada, 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.

do site e a verdade material subjacente ao tratamento de DP que é realmente feito pelo vendedor ou prestador de serviços. Nesta medida, é sempre 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 informados⁶⁹.

Por último, o consentimento tem que ser livre e a liberdade pressupõe a possibilidade de escolha por parte do titular dos dados⁷⁰. Aliás, o cons. 42 do RGPD refere mesmo o facto de ter que existir uma “*escolha verdadeira*”⁷¹. Existem várias formas de condicionar a sua liberdade⁷² - v.g. porque foi prestado sob coação ou, mesmo, se o consentimento configurar, eventualmente, um negócio usurário por estar subordinado ao tratamento de DP 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 dados⁷³. Especificamente no que respeita ao direito de revogar o consentimento, não poderíamos deixar de fazer menção a um outro direito a ele, por vezes, associado: o direito de portabilidade dos DP do titular. Só queremos chamar a atenção para o facto de o exercício do direito de revogar o consentimento poder ter lugar na sequência do exercício do direito de portabilidade dos DP (art. 20.º e cons. 30 do RGPD⁷⁴). Este último desdobra-se em dois direitos⁷⁵: a) o direito de o titular receber um conjunto⁷⁶ de dados pessoais e/ou b) o direito de o titular ver um conjunto dos seus DP serem

69 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).

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

71 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).

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

73 Para mais informações, acompanhe-se EDPB (2020, pp. 1-39).

74 Fazemos a ressalva de que o direito à portabilidade dos DP 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 DP como contraprestação) e cumulativamente se o tratamento for realizado por meios automatizados.

75 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).

76 Por conjunto de DP 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, DP de tráfego e DP 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).

transmitidos de um responsável pelo tratamento para outro responsável⁷⁷. 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 DP.

Neste modelo de negócio, se o devedor não aceita pagar com DP, não acede ao bem, conteúdo ou serviço. Os DP 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 – é um facto. 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 WENDEHORST⁷⁸ são da opinião que o art. 7.º/4 do RGPD não exclui negócios assentes em DP como contrapartida⁷⁹. Porém, a questão não é simples. De facto, quando é necessário o consentimento para o tratamento de DP 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 DP. 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 DP ou com uma prestação pecuniária⁸⁰. Parece-nos que, só assim, o acesso ao bem, conteúdo ou serviço não estaria condicionado ao pagamento com DP.

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*⁸¹ que, por vezes, ampliam o sentido com que cada

77 “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)

78 Cfr. WENDEHORST (2017, p. 37).

79 Este autor aborda apenas o tema a propósito da prestação de conteúdos e serviços digitais para consumo a troco de DP; 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 DP.

80 Em dinheiro, ou mesmo em criptomoedas (v.g. bitcoin ou etherum). 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).

81 Nomeadamente, emitidos pelo Grupo de Trabalho 29 e o EDPB.

requisito é interpretado⁸² 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 DP 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: procurámos fazer uma abordagem simples para efeitos de organização de ideias. Os requisitos de validade do consentimento são muito exigentes e nem sempre, na prática, são fáceis de se fazerem cumprir⁸³. Como se compreende, quando falamos de DP como contraprestação esta dificuldade não é exceção.

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 DP. Basta para tanto pensar que o direito à proteção de DP 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 (cfr. arts. 70.ºss do CC)⁸⁴. O direito à proteção de DP 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 DP como contraprestação.

82 Cfr. MENEZES CORDEIRO (2019b, pp. 175-200).

83 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.

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

Na nossa perspetiva, admitir um modelo de negócio no qual os DP assumem a forma de contrapartida não colide com a natureza intransmissível e irrenunciável dos direitos de personalidade⁸⁵. Aquele que consente o pagamento com DP, e por inerência, o seu acesso a outrem, não está a ceder o uso exclusivo desses DP ao prestador de serviços. Repare-se que, no caso concreto, o titular dos dados não perde o direito a utilizar aqueles DP. Não existe uma transmissão exclusiva, bem como não se pode falar numa renúncia a direitos de personalidade⁸⁶. cremos que o fornecimento de DP 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 VASCONCELOS⁸⁷ 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 DP⁸⁸ (mediante consentimento do titular). Este tem uma legitimidade para agir sobre “bens de personalidade” alheios “sem que com isso chegue a dominá-los”⁸⁹. Aliás, os DP 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 DP a outrem. Torna-se ainda mais compreensível que rejeitemos a existência de uma renúncia a um direito

85 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 DP – entende que a exploração económica do direito à proteção de DP, 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 DP não é incompatível com uma abordagem dos DP 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*”.

86 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 DP como contraprestação não configura uma situação de renúncia ao direito à proteção de DP.

87 Cfr. PAIS DE VASCONCELOS (2012, pp. 72-111).

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

89 Cfr. PAIS DE VASCONCELOS (2012, p. 108).

de personalidade quando atentamos a lógica em que assenta o RGPD. Em concreto, este diploma não funciona numa lógica de proibição do tratamento de DP. Assenta numa noção de processamento de DP de acordo com as suas bases de licitude e com a possibilidade do controlo dos DP 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 DP na forma do controlo individual do titular.

Quanto ao carácter não patrimonial importa esclarecer que os direitos de personalidade, em si, não deixam de ter conteúdo não patrimonial (pessoal)⁹⁰ pelo facto de estarem envolvidos neste tipo de negócios. Apesar de serem direitos não patrimoniais podem ser objeto de negócios com consequências patrimoniais⁹¹. 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 DP não se transmite, é pessoal e, ainda que o uso dos DP 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 deteremos 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 CC⁹²: titular de dados e o titular de direitos de personalidade (titular dos direitos à proteção de DP e privacidade)⁹³. O RGPD define titular de dados, por via do art. 4.º/1, como aquela “*pessoa identificada ou identificável*” a quem os DP se referem. Já

90 Cfr. CAPELO DE SOUSA (1995, pp. 615-619).

91 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 que, 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 DP.

92 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.ºss), bem como se trata do termo de eleição utilizado pela doutrina e jurisprudência relativamente à matéria no âmbito do Direito Civil.

93 Cfr. PAIS DE VASCONCELOS (2012, p. 72).

os arts. 70.ºss do CC não definem titular de direitos de personalidade. A pedra de toque desta simetria está no conceito de ‘titularidade’⁹⁴ uma vez que ambos os diplomas optaram por este mesmo termo jurídico.

Por outro lado, a aproximação dos diplomas também é clara se atentarmos a definição de “*consentimento*”⁹⁵ 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 jurídicos⁹⁶. O CC admite a celebração de contratos de direitos de personalidade (art. 81.º do CC)⁹⁷ 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 SOUSA⁹⁸, 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 (art. 217.º e 219.º do CC) da declaração de consentimento.

A maioria da doutrina⁹⁹ chama a atenção para o facto de o consentimento ter que apresentar um carácter específico, entenda-se de âmbito delimitado e concreto. Assim como previsto no RGPD, 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

94 Segundo PAIS DE VASCONCELOS (2012, pp.72ss) 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*”.

95 Cfr. 4.º/11 do RGPD.

96 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).

97 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).

98 Cfr. CAPELO DE SOUSA (1995, p. 407).

99 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.

pena de invalidade. Também aqui é vedada a abrangência a acontecimentos futuros associados a uma imprevisibilidade do objeto da limitação voluntária.

CAPELO DE SOUSA¹⁰⁰ 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 personalidade¹⁰¹. 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 efeito¹⁰².

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 costumes (arts. 340.º/2 e 334.º do CC¹⁰³)¹⁰⁴. Sobre este requisito já tivemos oportunidade de

100 Cfr. CAPELO DE SOUSA (1995, p. 407).

101 Veja-se com maior detalhe o ponto 4.1 desta dissertação. Leia-se também CAPELO DE SOUSA (1995, p. 409).

102 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.

103 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.

104 Cfr. 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 (cfr. Artigo 81º, nº2, do Código Civil), estando sujeito aos limites impostos pela ordem pública (Artigo 81º, nº1), aos bons costumes (Artigo 340º, nº2) e à necessidade de resultar de uma vontade livre e esclarecida*”.

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 DP como contraprestação é um negócio cuja verificação depende do consentimento para o tratamento daqueles DP 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 DP¹⁰⁵ 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.

Sem prescindir, refira-se que a retirada do consentimento configura uma revogação unilateral imotivada sem efeitos retroativos (art. 7.º/3 do RGPD). Como explicam SOUSA PINHEIRO et al.¹⁰⁶: “(...) 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 autorização¹⁰⁷.

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 GDPR como o art. 81.º/2 do CC são normas imperativas, não podendo, à partida, ser afastadas por vontade das

105 Isto no caso de os DP 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.

106 Cfr. SOUSA PINHEIRO et al. (2018, p. 229).

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

partes. Em última instância, o consentimento seria nulo por não estar cumprido o requisito da livre revogabilidade¹⁰⁸. 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*”¹⁰⁹. 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 contratual¹¹⁰.

Aqui chegados, destacamos outra problemática em torno do art. 81.º/2 do CC. Ora, este artigo estabelece a revogabilidade a todo o tempo, ainda que com a obrigação de indemnização pelos danos causados à outra parte. Trata-se de uma indemnização por factos lícitos¹¹¹, 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 consentimento¹¹²) 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

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

109 Cfr. FERNANDES / PROENÇA (2014, pp. 201ss).

110 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.

111 Por contraposição a: responsabilidade por factos ilícitos. Ora, no parágrafo a que esta nota se refere, pretendemos averiguar se aquele que revoga o consentimento tem a obrigação de indemnizar a contraparte. Portanto, caso venhamos a constatar que aquele que revoga o consentimento para tratamento dos DP 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 fiel*” 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.

112 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).

dificuldade de compatibilização do CC com o RGPD. Em termos gerais, não existe uma prevalência dos regulamentos sobre as leis nacionais. Antes, devem ser interpretados de forma complementar e harmonizada. Ainda assim, para os casos de tensão, relembramos o princípio do primado do Direito da UE¹¹³ 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 UE. 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 a parte final do art. 81.º/2, no que se refere ao direito a uma indemnização, será apenas aplicável a negócios sobre direitos de personalidade, com exclusão dos negócios sobre DP.

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 DP para o efeito. Agora, quanto às consequências contratuais, poder-se-á discutir o que acontece ao contrato pago com DP perante a retirada do consentimento pelo titular dos dados. Esperamos não desiludir o leitor ao adiantar que não apresentamos soluções, mas possíveis caminhos, muitas vezes, com recurso a um método de ‘tentativa-e-erro’ para excluir hipóteses. Note-se que esta temática não é simples, nomeadamente pela falta de textos sobre esta problemática bem como pela falta de regulamentação legal específica sobre a matéria.

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 aplicação¹¹⁴ – mas não o fez¹¹⁵. 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,

113 Cfr. 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, pp. 39ss).

114 Âmbito B2C, exclusivamente direcionado para o fornecimento de conteúdos e serviços digitais.

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

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 DP 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 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 DP 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 resolução¹¹⁶. 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 prestação¹¹⁷ – pagamento com DP – 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. Muito embora este artigo seja vulgarmente usado na prática da advocacia – nomeadamente na sequência da mora do devedor no pagamento em dinheiro e que culmina, muitas das vezes, na posterior resolução do contrato por parte do credor, mediante interpelação admonitória, com fundamento na perda de interesse na prestação nos termos do art. 808.º do CC – a verdade é que o art. 428.º visa suspender a prestação com o objetivo de pressionar o cumprimento e não extingui-la.

Ainda assim, pensamos que deve ser considerada a hipótese de o credor poder deixar de prestar o conteúdo ou serviço com justa causa, atendendo à natureza sinalagmática 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 DP ainda não cumpriram o seu propósito. Isto porque, nas situações em que os DP 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 DP necessários para executar o contrato, recolhe DP para treinar algoritmos. No momento em que o titular revoga o seu consentimento os DP 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 DP 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 DP já serviram ou não o seu

116 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.

117 Legítima e legalmente, uma vez que a retirada do consentimento é um direito que assiste ao titular. Por esta razão, excluimos 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.

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 DP, 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. Neste ponto concentrar-nos-emos nos negócios subsequentes da cadeia negocial. Cenários em que os DP vão ser transmitidos a terceiros¹¹⁸. Ou seja, são transmitidos a sujeitos diferentes do responsável que coletou diretamente os DP junto do titular a) no âmbito de um segundo negócio também ele de DP como contrapartida (v.g. o caso da compra de vacinas pelo Estado de Israel, à farmacêutica *Pfizer*, a troco de DP de saúde dos seus cidadãos¹¹⁹; ou a frequente subscrição da versão base, aparentemente ‘gratuita’, dos serviços *Cloud* fornecidos pela *Dropbox* a pequenas e médias empresas que ali inserem DP dos seus clientes e que a *Dropbox* usa para outras finalidades que não a execução do contrato ou o cumprimento da lei¹²⁰) ou b) no âmbito de um segundo negócio em que os DP funcionam como produto base (v.g. empresas como a *FloHealth* que transmite DP sensíveis dos seus utilizadores ao *Facebook* e *Google* para efeitos de publicidade comportamental¹²¹; ou os conhecidos enriquecedores de dados – *Data Enrichers* – que vendem DP a outras empresas com vista a enriquecer as bases de DP destas últimas).

Abstemo-nos de apreciar a licitude destes negócios subsequentes quando os DP 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

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

119 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-obscur-o-israel-vai-fornecer-dados-medicos-a-farmac-eutica-pfizer-em-troca-de-vacinas_n1290510, consult. em 01/05/2022.

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

121 Elite Pars, Law Firm News, “Flo Health Improper Data Usage”, 25/10/2021. <https://elitepars.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.

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. Apesar da resposta ser negativa, não podíamos deixar de tocar neste ponto, uma vez que quando pensámos nesta dissertação esta foi uma hipótese que colocámos. Em pinceladas gerais, por razões de limitação de espaço, destacamos, em primeiro lugar, a natureza substancialmente diferente entre o consentimento e o registo. Um como requisito de licitude e outro com um fim marcadamente publicitário¹²². Em segundo lugar, este artigo 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 contrariaria 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 excepcional. Tanto que fez questão de delimitar de forma rigorosa o seu âmbito de aplicação tendo de ser observados um número considerável de requisitos¹²³. 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 08-01-2015¹²⁴, 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 DP. 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 DP 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 – DP endossáveis a terceiros – estará balizada pelo consentimento dado no primeiro negócio jurídico. A revogação implica, em princípio, a invalidade do negócio subsequente.

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

123 Sobre o art. 291.º: VIEIRA (2016, pp. 270ss).

124 Cfr. 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).

5 - Conclusão

De todo o exposto extraímos como principais as seguintes conclusões:

- A. Os DP são suscetíveis de serem admissíveis, enquanto objeto mediato de negócios jurídicos, funcionando como contraprestação.
- B. A admissibilidade de negócios jurídicos com DP como objeto mediato depende do consentimento do titular com a observância de todos os requisitos exigíveis pela legislação aplicável.
- C. O sistema não prevê a obrigação de indenizar 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 fundados na permissão inicial de utilização dos DP.

Em linhas finais, procurámos expor algumas ideias, comparar regimes, questionar e enquadrar um tema que é novo e 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 esta dissertação contribui para a problematização de questões relevantes capazes de desafiar a comunidade científica. É nossa expectativa que esta tese seja uma porta que se abre para o desenvolvimento e estudo destas matérias.

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.

CARVALHO, Jorge Morais – “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)

CNPD – Comissão Nacional de Proteção de Dados – *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.

CORDEIRO, A. Barreto Menezes (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)

CORDEIRO, A. Barreto Menezes – “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.

CORDEIRO, António Menezes (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)

FERNANDES, Luís A. Carvalho (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.

GT Art. 29.º – Grupo de Trabalho do Artigo 29.º para a Proteção de Dados – *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.

METZGER, Axel (2020) – “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.

NARCISO, Madalena – “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 Castells / 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/33182fc732316039802565fa00497eec/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/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/fe590e765f02909580257dc8003e9214?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 .

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.