

**Os dados pessoais como contraprestação nos contratos de consumo
— a necessidade para a execução do contrato como fundamento de
licitude do tratamento**

**Personal data as counter-performance in consumer contracts — the
necessity for the performance of a contract as a basis to ensure a lawful
personal data processing**

Rui Filipe Gordete Almeida

Advogado

Rua Dom Luís I 28, 1200-151 Lisboa, Portugal

ruialmeida7494@gmail.com

<https://orcid.org/0009-0006-8048-1423>

Maio de 2023

RESUMO: Uma parte substancial da economia digital assenta, hoje, em fornecimentos (de conteúdos e serviços digitais) tendo por “moeda de troca” não qualquer valor pecuniário mas sim o fornecimento de dados pessoais. Essas relações de consumo, que o consumidor médio percebe como “gratuitas”, foram recentemente reconhecidas e enquadradas no direito do consumidor: por um lado, na Diretiva 2019/770, transposta para o direito nacional pelo Decreto-Lei n.º 84/2021, de 18 de outubro, e, por outro, na Diretiva 2019/2161, que alterou, entre outras diretivas, a Diretiva 2011/83/EU, sobre os direitos dos consumidores, no sentido de assegurar a sua coerência com o âmbito de aplicação da Diretiva 2019/770, e que obrigou à alteração de diversos diplomas em matéria de consumo, designadamente a Lei n.º 24/96, de 31 de julho, ou o Decreto-Lei n.º 24/2014, de 14 de fevereiro.

Apesar do exposto reconhecimento destes modelos de negócio no seio do direito do consumidor, a doutrina e a *soft law* têm identificado vários pontos de conflito (e, para alguns, irresolúveis) com o Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados, designadamente a dificuldade em encontrar um fundamento viável para assegurar a licitude do tratamento desses dados.

Não devendo o estudo de compatibilidade com o Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados ser menosprezado, o presente trabalho procurará avaliar a eficácia com que o direito do consumidor tutela a vontade negocial do consumidor no momento da celebração desses contratos, e de que modo é que tal poderá contribuir para ultrapassar os potenciais óbices em sede de direito da proteção de dados pessoais, *maxime* através do preenchimento do fundamento de licitude da necessidade do tratamento de dados pessoais para a execução de um contrato em que o titular dos dados seja parte.

PALAVRAS-CHAVE: Dados pessoais; contraprestação; consumidor; conteúdos digitais; serviços digitais.

ABSTRACT: A significant number of business models operating in the digital economy entail the provision of personal data (and not any pecuniary asset) in exchange for the provision of digital content and services. These provisions, which the average consumer perceives as being “free of charge”, have recently been recognized and framed in consumer protection law: on the one hand, in Directive 2019/770, transposed by Decree-Law no. 84/2021 of 18 October, and, on the other hand, in Directive 2019/2161, which amended, among other directives, Directive 2011/83/EU, on consumer rights, in order to ensure consistency with the scope of application of Directive 2019/770, and which led to the amendment of several laws on consumer matters, namely Law no. 24/96, of 31 July, and Decree-Law no. 24/2014, of 14 February.

Despite the express recognition of these business models within consumer protection law, doctrine and soft law have identified several points of conflict (and, for some, irresolvable)

with the General Data Protection Regulation, namely the difficulty in finding a viable basis to ensure the lawfulness of the processing of such data.

As the study of compatibility with the General Data Protection Regulation should not be overlooked, this paper will seek to assess how consumer protection law supports the consumer's contractual will, and how it can contribute to overcome the potential data protection obstacles, notably by helping to meet the legal requirements of the lawful basis of the necessity for the performance of a contract to which the data subject is a party.

KEY WORDS: Personal data; counter-performance; consumer; defect; digital content; digital services.

SUMÁRIO:

1. Introdução
2. Problematização conceptual e enquadramento jurídico
 - 2.1. O fornecimento e tratamento de dados como contraprestação no quadro da Diretiva 2019/770 e do Decreto-Lei n.º 84/2021, de 18 de outubro
 - 2.2. A difícil compatibilização com o RGPD
 - 2.2.1. O papel e a inserção do RGPD na ordem jurídica (breve referência)
 - 2.2.2. O consentimento como fundamento de licitude
 - 2.2.3. Os dados pessoais enquanto *commodity*
 3. A necessidade para a execução do contrato como fundamento de licitude para o tratamento de dados pessoais
 - 3.1 A sua *ratio* e articulação com o princípio do *pacta sunt servanda*
 - 3.2. A *necessidade* para a execução do contrato. Em especial, as Diretrizes 2/2019 do CEPD
 - 3.2.1. A amplitude do conceito indeterminado
 - 3.2.2. A avaliação da existência, em concreto, de uma “necessidade”
 - 3.2.3. As especificidades do tratamento dos dados pessoais para efeitos de publicidade comportamental em linha
 - 3.3. A proposta de uma interpretação alternativa. Aplicação à Diretiva 2019/770
 4. A utilização de dados pessoais como contraprestação e o seu reflexo no equilíbrio contratual
 - 4.1. Classificação do contrato
 - 4.1.1. Contrato sinalagmático ou não-sinalagmático
 - 4.1.2. Contrato gratuito ou oneroso
 - 4.2. A proteção da equivalência das prestações integradas no sinalagma
 - 4.2.1. A especial tutela do *pacta sunt servanda* num contrato sinalagmático
 - 4.2.2. O equilíbrio das (justas) prestações sinalagmáticas
 5. O papel do direito do consumidor na (justa) formação do contrato e na composição do seu objeto
 - 5.1. As obrigações pré-contratuais de informação, *maxime* sobre preços
 - 5.2. Os deveres de transparência impostos pelo Regime das Cláusulas Contratuais Gerais
 6. Conclusões

Bibliografia

1. Introdução

Não cremos ser inovadora a conclusão de que o funcionamento da sociedade hodierna, em várias das suas vertentes — do profissional ao social e ao mais estrito pessoal — está largamente dependente de um determinado conjunto de serviços que o consumidor médio, mais ou menos instruído, percebe como gratuitos, uma vez que o benefício dos mesmos não depende de qualquer contrapartida pecuniária. Arriscaríamos até dizer que a ausência de uma contrapartida pecuniária disfarça e omite, aos olhos do mesmo consumidor médio, a existência de uma verdadeira relação contratual com o fornecedor desses mesmos serviços.

Com efeito, a utilização *gratuita* de sítios na *internet* ou aplicações de *smartphone*, destinados a um largo conjunto de finalidades (e.g., consumo e partilha de conteúdo audiovisual, serviços de comunicações interpessoais independentes de número, frequência e utilização de redes sociais, serviços de georreferenciação terrestre, entre outros), e disponibilizados por um vasto leque de empresas¹ ao abrigo de modelos contratuais atípicos (e, como veremos, sensíveis em vários domínios) e sem um enquadramento jurídico próprio, tem vindo a ganhar uma expressão que não pode ser ignorada pelos legisladores. De facto, em 2020, *gratuitamente* foi a palavra de ordem na transmissão de quase 30% dos *softwares antivirus*, *softwares* de pesquisa e serviços *cloud* comercializados, de 77% de serviços de *download* de conteúdos, como o *Spotify*, bem como de 50% dos videojogos, *e-books* e conteúdos televisivos².

Ora, perante este cenário, lembrar-nos-iam os economistas de que *não há almoços grátis*. É evidente — e de *La Palice* — que a prestação de serviços *gratuitos*³ está associada a mecanismos de remuneração dos respetivos prestadores, aptos a cobrir os custos associados à sua prestação e a promover (e proteger) o investimento nas infraestruturas e recursos necessários.

O mercado oferece-nos múltiplos exemplos de modelos de negócio, desenhados para suportar os custos inerentes à disponibilização dos serviços *gratuitos*: a criação de modelos *premium* e a venda de anúncios publicitários sempre foram alternativas típicas para o financiamento da prestação desses serviços, aos quais se junta o fornecimento do (e pelo) utilizador dos serviços

¹ Pela sua notoriedade e relevo no mercado, destacam-se as chamadas “*Big Four*”, ou “*GAF*A” — Alphabet (antiga Google), Amazon, Meta (antiga Facebook) e Apple —, as quais, entre elas, dominam vários mercados de consumo. O impacto e peso económico destas *Big Four* é comumente ponderado num quinteto composto também pela Microsoft (*Big Five*), que, contudo, tem maior predominância no segmento empresarial e não consumista.

² Cf. SEBASTIAN LOHSSE, REINER SCHULZE, DIRK STAUDENMAYER, “Data as Counter-Performance — Contract Law 2.0? An Introduction”, in SEBASTIAN LOHSSE, REINER SCHULZE, DIRK STAUDENMAYER (eds. *lits.*), *Data as Counter-Performance — Contract Law 2.0?, 5th Münster Colloquia on EU Law and the Digital Economy V*. Baden-Baden, Nomos/Hart Publishing, 2020, pp. 10-11, e IRENE KULL, “Withdrawal from the Consent to Process Personal Data Provided as Counter-Performance: Contractual Consequences”, in *Journal of the University of Latvia*, vol. 13 (2020), p. 35.

³ É certo que estas empresas podem igualmente disponibilizar, onerosamente, certos serviços, designadamente versões *premium* dos serviços gratuitos, que, contra o pagamento de um determinado preço, oferecem determinadas vantagens e funcionalidades adicionais (e.g., remoção de anúncios publicitários, eliminação de *caps* de utilização, entre outros).

dos seus dados pessoais⁴ em troca da utilização dos serviços *gratuitos* em causa⁵.

Após a recolha desses dados, os mesmos serão tratados⁶, gerando informação que será utilizada, a jusante, para servir diversas finalidades: não só para refinar as estratégias de venda de anúncios publicitários, mas para outros propósitos (do próprio profissional que recolhe os dados pessoais ou de terceiros compradores dessa informação), nomeadamente de avaliação de risco (por exemplo, em seguradoras ou entidades bancárias), entre vários outros. Assim, a lógica destes modelos de negócio assenta na recolha de dados pessoais, no âmbito de relações de consumo, tendo em vista a sua ulterior utilização e tratamento para diversas finalidades capazes de remunerar o serviço prestado, como se de autêntico dinheiro se tratasse⁷.

Num mundo em que os dados já absorveram o epíteto de, entre outras variantes, “*novo petróleo*”⁸ e em que os *big data*⁹ são o motor de uma parte considerável da economia digital, vê-se, assim, o enorme potencial de receita dos modelos de negócio que impliquem o fornecimento de dados pessoais, cujo valor económico, sendo elevado, é de difícil medição¹⁰. Por outro lado, é também inegável o contributo que este modo de pagamento tem para uma difusão equitativa e inclusiva dos serviços, uma vez que qualquer pessoa, independentemente do seu património, estará sempre em condições de pagar e beneficiar de um determinado conteúdo ou serviço¹¹.

Foi em reação ao incessante crescimento da expressão económica destes novos modelos de negócio (que, como vimos, suportam uma parte não menosprezável da economia), e ciente

⁴ O artigo 4.º, n.º 1 do Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016, relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados e que revoga a Diretiva 95/46/CE (RGPD) define “dados pessoais” como “*informação relativa a uma pessoa singular identificada ou identificável («titular dos dados»); é considerada identificável uma pessoa singular que possa ser identificada, direta ou indiretamente, em especial por referência a um identificador, como por exemplo um nome, um número de identificação, dados de localização, identificadores por via eletrónica ou a um ou mais elementos específicos da identidade física, fisiológica, genética, mental, económica, cultural ou social dessa pessoa singular*”.

⁵ Cf. MADALENA NARCISO, “Dados Pessoais como Contraprestação em Contratos de Consumo — Breve Reflexão”, in *Anuário do NOVA Consumer Lab*, Ano 1, 2019 (janeiro 2020), p. 129.

⁶ O artigo 4.º, n.º 1 do RGPD define “tratamento” como “*uma operação ou um conjunto de operações efetuadas sobre dados pessoais ou sobre conjuntos de dados pessoais, por meios automatizados ou não automatizados, tais como a recolha, o registo, a organização, a estruturação, a conservação, a adaptação ou alteração, a recuperação, a consulta, a utilização, a divulgação por transmissão, difusão ou qualquer outra forma de disponibilização, a comparação ou interconexão, a limitação, o apagamento ou a destruição*”.

⁷ SEBASTIAN LOHSSE, REINER SCHULZE, DIRK STAUDENMAYER, “Data as Counter-Performance — Contract Law 2.0? An Introduction”, *ob. cit.*, p. 11, indicam mesmo que se os dados não são já hoje uma verdadeira moeda, tornar-se-ão uma moeda “de facto” no futuro.

⁸ De acordo com informação disponibilizada pela European Data Strategy no seu *website*, projeta-se que, em 2025, a riqueza gerada pela “economia dos dados” na União Europeia atinja €829 biliões, por contraposição aos €301 billion gerados em 2018: https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age/european-data-strategy_en#projected-figures-2025 (24.05.2022).

⁹ Sobre o fenómeno dos *big data* e alguns dados ilustrativos da sua expressão na economia digital, *idem*, pp. 11-12, e ainda, para uma problematização sobre os cuidados e preocupações que o tratamento (automatizado) desses dados convoca, cf. INÊS SILVA COSTA, “A proteção da pessoa na era dos *big data*: a opacidade do algoritmo e as decisões automatizadas”, in *Revista Electrónica de Direito* (RED), publicação online, Vol. 24, n.º 1 (2021), pp. 33-82.

¹⁰ Sobre a medição do valor económico dos dados pessoais, cf. PHILIPP HACKER, “Regulating the Economic Impact of Data as Counter-Performance: From the Illegality Doctrine to the Unfair Contract Terms Directive”, in SEBASTIAN LOHSSE, REINER SCHULZE, DIRK STAUDENMAYER (eds. *lits.*), *Data as Counter-Performance — Contract Law 2.0?*, 5th Münster Colloquia on EU Law and the Digital Economy V. Baden-Baden, Nomos/Hart Publishing, 2020, pp. 48 e ss.

¹¹ Cf. YOAN HERMSTRÜWER, “Contracting Around Privacy: The (Behavioral) Law and Economics of Consent and Big Data”. In *Journal of Intellectual Property, Information Technology and Electronic Commerce Law* (JIPITEC), Vol. 8, n.º 1 (2017), p. 9.

que estava da necessidade de proteger os utilizadores desses serviços *gratuitos*, que o legislador europeu, no contexto da sua Estratégia para o Mercado Único Digital na Europa¹², os reconheceu e enquadrou expressamente no direito do consumidor¹³. E fê-lo em dois eixos.

Por um lado, a Diretiva 2019/770¹⁴, que procurou definir regras comuns em matéria de fornecimento de conteúdos¹⁵ ou serviços digitais¹⁶ a consumidores, de conformidade do fornecimento dos mesmos com o contrato, incluindo meios de ressarcimento em caso de falta de conformidade ou de não fornecimento, estendeu as suas normas aos contratos em que, a troco do fornecimento de conteúdos ou serviços digitais, o consumidor "*faculte ou se comprometa a facultar dados pessoais ao profissional, exceto se os dados pessoais facultados pelo consumidor forem exclusivamente tratados pelo profissional para fornecer os conteúdos ou serviços digitais em conformidade com a presente diretiva, ou para o profissional cumprir os requisitos legais a que está sujeito, não procedendo ao tratamento desses dados para quaisquer outros fins*" (artigo 3.º, n.º 1)¹⁷. Entre nós, a Diretiva 2019/770 foi transposta pelo Decreto-Lei n.º 84/2021, de 18 de outubro¹⁸.

Por outro lado, a Diretiva 2019/2161¹⁹, que alterou, no que releva ao presente trabalho, a Diretiva 93/13/CEE²⁰, relativa às cláusulas abusivas nos contratos celebrados com consumidores, a Diretiva 2005/29/CE²¹, que estabelece regras em matéria de práticas

¹² COM(2015) 192 final, disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:52015DC0192> (10.05.2022).

¹³ A temática do fornecimento de dados (pessoais ou não) como contraprestação extravasa, conceptual e teoricamente, a proteção do consumidor, apesar de ter sido este o palco da primeira intervenção específica nesta matéria por parte do legislador europeu. MARTIN FRIES, "Data as Counter-Performance in B2B Contracts", in *Data as Counter-Performance — Contract Law 2.0?, 5th Münster Colloquia on EU Law and the Digital Economy V*, pp. 253-261, apresenta algumas notas sobre as preocupações que o fornecimento de dados como contraprestação levanta em sede de contratos B2B.

¹⁴ Diretiva (UE) 2019/770, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de maio de 2019, sobre certos aspetos relativos aos contratos de fornecimento de conteúdos e serviços digitais, JO L 136, 22.5.2019, p. 1-27.

¹⁵ Para um estudo sobre o conceito de "conteúdo digital", à sua ligação a figuras paralelas e ao seu âmbito de proteção no quadro geral do direito do consumidor, cf. HERVÉ JACQUEMIN, "Contracting Around Privacy...", *ob. cit.*, pp. 27-38.

¹⁶ Têm surgido iniciativas em que os dados pessoais servem como "remuneração", não só de serviços e conteúdos digitais, mas também em contratos sob bens e serviços "tradicionais": é o caso da *Shiru Cafe*, que oferece café a troco dos dados pessoais dos clientes (<https://www.npr.org/sections/thesalt/2018/09/29/643386327/no-cash-needed-at-this-cafe-students-pay-the-tab-with-their-personal-data?t=1647456292117>, acessado em 27.12.2021).

¹⁷ É de referir desde já que a Comissão Europeia, no contexto da preparação da Diretiva 2019/770, rejeitou expressamente a *gratuidade* dos serviços prestados tendo o fornecimento de dados pessoais como contraprestação. Refere a Comissão Europeia que "[d]ado o aumento do valor económico dos dados pessoais, esses serviços não podem ser considerados como «gratuitos»". Cf. Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho, que altera a Diretiva 93/13/CEE do Conselho, de 5 de abril de 1993, a Diretiva 98/6/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, a Diretiva 2005/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho e a Diretiva 2011/83/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, a fim de assegurar uma melhor aplicação e a modernização das normas da UE em matéria de defesa do consumidor, COM/2018/185 final — 2018/0090 (COD), p. 3.

¹⁸ O Decreto-Lei n.º 84/2021, de 18 de outubro, de resto, transpôs também a demais diretiva "gémea": a Diretiva (UE) 2019/771 relativa a certos aspetos dos contratos de compra e venda de bens, que altera o Regulamento (UE) 2017/2394 e a Diretiva 2009/22/CE e que revoga a Diretiva 1999/44/CE, JO L 136, 22.5.2019, p. 28-50.

¹⁹ Diretiva (UE) 2019/2161, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de novembro de 2019, que altera a Diretiva 93/13/CEE do Conselho e as Diretivas 98/6/CE, 2005/29/CE e 2011/83/EU, do Parlamento Europeu e do Conselho, a fim de assegurar uma melhor aplicação e a modernização das regras da União em matéria de defesa dos consumidores, JO L 328, 18.12.2019, p. 7-28.

²⁰ Diretiva 93/13/CEE do Conselho, de 5 de Abril de 1993, relativa às cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores, JO L 95, 21.4.1993, p. 29-34.

²¹ Diretiva 2005/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de Maio de 2005, relativa às práticas comerciais desleais das empresas face aos consumidores no mercado interno e que altera a Diretiva 84/450/CEE do Conselho, as Diretivas 97/7/CE, 98/27/CE e 2002/65/CE e o Regulamento (CE) n.º 2006/2004, JO L 149, 11.6.2005, p. 22-39.

comerciais desleais, e a Diretiva 2011/83/EU²², que estabelece os direitos dos consumidores, estendeu a aplicação desta última no sentido de assegurar a coerência com o âmbito de aplicação da Diretiva 2019/770²³. A Diretiva 2019/2161 foi transposta para o direito interno em duas fases: *a primeira e a mais relevante para o objeto do presente estudo*, no final de 2021, através do Decreto-Lei n.º 109-G/2021, de 10 de dezembro, que alterou (no que aqui importa) a Lei n.º 24/96, de 31 de julho (Lei de Defesa do Consumidor), o Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro (Regime das Cláusulas Contratuais Gerais), o Decreto-Lei n.º 57/2008, de 26 de março (Regime das Práticas Comerciais Desleais), e o Decreto-Lei n.º 24/2014, de 14 de fevereiro (Regime dos Contratos à Distância), diplomas estes que asseguravam a transposição das diretivas alteradas; *a segunda*, em março de 2023, através da Lei n.º 10/2023, de 3 de março, focada essencialmente em matéria sancionatória.

Ora, ao longo do presente trabalho, demonstraremos como a disciplina jurídica destas relações de consumo em que o consumidor fornece dados pessoais como contraprestação²⁴ em troca da prestação de conteúdos e serviços digitais aparenta ser, em alguns tópicos, conflituante com o RGPD²⁵. Desde logo, levanta-se a necessidade de se encontrar um fundamento de licitude capaz de basear o tratamento dos dados pessoais fornecidos como contraprestação (artigo 6.º do RGPD), sendo que a prestação de consentimento, comumente apontado como o fundamento de licitude mais viável, suscita vários problemas de índole prática e jurídica que arriscam inviabilizá-lo.

Ao longo do presente texto, procuraremos avaliar a possibilidade de o tratamento dos dados pessoais fornecidos como contraprestação se basear no fundamento de licitude da necessidade para a execução de um contrato em que o titular dos dados seja parte, previsto no artigo 6.º, n.º 1, al. b) do RGPD. A aplicação desse fundamento de licitude obviaria a vários dos obstáculos colocados a este modelo de negócio por uma leitura isolada do RGPD, sem, ao mesmo tempo,

²² Diretiva (EU) 2011/83/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 25 de Outubro de 2011, relativa aos direitos dos consumidores, que altera a Diretiva 93/13/CEE do Conselho e a Diretiva 1999/44/CE do Parlamento Europeu e do Conselho e que revoga a Diretiva 85/577/CEE do Conselho e a Diretiva 97/7/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, JO L 304, 22.11.2011, p. 64–88. É de salientar que a extensão do âmbito de aplicação da Diretiva (EU) 2011/83/UE operada pela Diretiva 2019/2161 se circunscreveu aos contratos de prestação de serviços digitais, uma vez que, nos termos do segundo o considerando 31 da Diretiva 2019/2161, a Diretiva 2011/83/UE “já é aplicável aos contratos de fornecimento de conteúdos digitais que não sejam fornecidos num suporte material (a saber, o fornecimento de conteúdos digitais em linha), independentemente do facto de o consumidor pagar um determinado preço em dinheiro ou fornecer dados pessoais. Contudo, essa diretiva apenas se aplica aos contratos de serviços, incluindo os contratos de serviços digitais, ao abrigo dos quais o consumidor paga ou se compromete a pagar um preço. Por conseguinte, essa diretiva não é aplicável aos contratos de serviços digitais ao abrigo dos quais o consumidor fornece dados pessoais ao profissional sem pagar qualquer preço. Dadas as semelhanças entre estes serviços e a permutabilidade entre serviços digitais contra o pagamento de um preço e serviços digitais fornecidos em troca de dados pessoais, estes serviços deverão ser sujeitos às mesmas regras ao abrigo dessa diretiva”.

²³ Cf. considerando 32 da Diretiva 2019/2161.

²⁴ Como veremos, a adequação do conceito de “contraprestação”, em si mesma, não é unânime. Porém, utilizá-lo-emos ao longo do nosso texto por facilidade de referência.

²⁵ De resto, e tal como apontam SEBASTIAN LOHSSE, REINER SCHULZE, DIRK “TAUDENMAYER”, “Data as Counter-Performance — Contract Law 2.0? An Introduction”, *ob. cit.*, p. 20, e MADALENA NARCISO, “Dados Pessoais como Contraprestação...”, *ob. cit.*, p. 132, nota 11, também do ponto de vista dos direitos reais se justificaria analisar a questão, uma vez que não é pacífica a discussão sobre se os dados pessoais são objeto de direitos reais. Sobre a coisificação dos dados pessoais, cf. PATRÍCIA FILIPA PEREIRA CARNEIRO, “Coisificação” dos dados pessoais no âmbito das relações contratuais, FDUP, 2019 (dissertação de mestrado). Especificamente sobre a eventual qualificação dos dados pessoais como coisas, cf. MAFALDA MIRANDA BARBOSA, “Negócios onerosos e gratuitos: uma reflexão a propósito de novos fenómenos de gratuitidade”, in *Revista de Direito Comercial* (2020), pp. 1843 e ss. Em qualquer caso, considerações dessa natureza escapam ao âmbito e propósito do presente trabalho.

comprometer a proteção concedida ao titular dos dados pessoais, que sempre seria convocado a assentir no tratamento dos seus dados pessoais (já não através de um consentimento autónomo, mas através da sua própria declaração negocial, devidamente informado e explicado).

Procuraremos, assim, contribuir para uma melhor compreensão dessa norma do RGPD, com apoio em princípios clássicos do direito dos contratos (de que o *pacta sunt servanda* e o equilíbrio prestacional figuram como bandeira) aplicáveis a relações jurídicas desta natureza, sem esquecer as normas específicas de proteção pré-contratual do consumidor aplicáveis, e que acima referimos, com as alterações introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 109-G/2021, de 10 de dezembro.

É esse exercício que nos propomos realizar no presente trabalho.

2. Problematização conceptual e enquadramento jurídico

2.1. O fornecimento e tratamento de dados como contraprestação no quadro da Diretiva 2019/770 e do Decreto-Lei n.º 84/2021, de 18 de outubro

Fruto da crescente expressão, na economia (digital) europeia, do fornecimento de conteúdos digitais, entrou em vigor, em 2019, a Diretiva 2019/770, sobre certos aspetos relativos aos contratos de fornecimento de conteúdos e serviços digitais. Com um enquadramento meramente parcelar nas diretivas “gerais” de proteção do consumidor, entendeu o legislador europeu ser tempo de, em acréscimo ao regime geral vigente, conceder a esses contratos um enquadramento jurídico autónomo no seio do direito do consumidor, conferindo-lhes uma disciplina harmonizada e capaz de proteger os consumidores no âmbito destas relações. Esta Diretiva foi transposta para o ordenamento jurídico nacional, como já vimos, através do Decreto-Lei n.º 84/2021, de 18 de outubro.

Perante a crescente expressividade do fornecimento “gratuito” de conteúdos e serviços digitais no âmbito do Mercado Único Digital, o legislador tomou esta oportunidade para alargar o âmbito de aplicação da Diretiva 2019/770²⁶ aos contratos em que “(...) *o profissional forneça ou se comprometa a fornecer conteúdos ou serviços digitais ao consumidor e o consumidor faculte ou se comprometa a facultar dados pessoais ao profissional exceto se os dados pessoais facultados pelo consumidor forem exclusivamente tratados pelo profissional para fornecer os conteúdos ou serviços digitais em conformidade com a presente diretiva, ou para o profissional cumprir os requisitos legais a que está sujeito, não procedendo ao tratamento desses dados*

²⁶ Analisando em detalhe o âmbito de aplicação da Diretiva 2019/770, cf. KARIN SEIN, GERALD SPINDLER, “The new Directive on Contracts for the Supply of Digital Content and Digital Services — Scope of Application and Trader’s Obligation to Supply — Part 1”, in *European Review of Contract Law*, Vol. 15, n.º 3 (2019), pp. 265 e ss.

para quaisquer outros fins”²⁷. Assim, indo mais longe do que a consagração de uma disciplina jurídica própria para estes contratos de consumo, a Diretiva 2019/770 reconhece, legítima e submete ao mesmo regime os modelos de negócio assentes no “pagamento” através do fornecimento de dados pessoais, de um modo que, conforme *infra* aludiremos, não permitiu dissipar algumas das preocupações que já durante o procedimento legislativo foram antecipadas.

Esse esforço das instituições europeias, na nossa ótica, pecou por defeito. Por um lado, o legislador relegou para o RGPD todo o enquadramento dessas operações de tratamento de dados pessoais²⁸, não tendo logrado harmonizar a aplicação dos dois diplomas (a qual, como veremos, já durante o procedimento legislativo havia sido demonstrada ser conflituante). Por outro lado, o legislador europeu delegou no direito nacional todas as considerações de direito geral dos contratos²⁹. A respeito deste último, a Diretiva 2019/770 demarcou-se deliberadamente de tomar posição quanto à qualificação jurídica dos contratos sob a sua regulação, à luz dos recortes e figuras contratuais típicas tradicionais (*e.g.*, enquanto contratos de compra e venda, contratos de prestação de serviços, ou, em certos casos, contratos de aluguer, entre outros...)³⁰. Esta subsunção caberá ao direito interno aplicável³¹, cabendo-lhe ainda toda a disciplina de responsabilidade contratual que não esteja coberta pela Diretiva 2019/770, designadamente num cenário de incumprimento por parte do consumidor. Por outro lado, ainda, já avisado da falta de clareza destes modelos de negócio aos olhos do consumidor, o legislador não talhou deveres de informação e esclarecimento contratual específicos para este âmbito³².

²⁷ Cf. artigo 3.º, n.º 1, *in fine*, e considerando 24 da Diretiva 2019/770, e artigo 3.º, n.º 3, al. b) do Decreto-Lei n.º 84/2021, de 18 de outubro. Tal com aponta JORGE MORAIS CARVALHO, *Compra e Venda e Fornecimento de Conteúdos e Serviços Digitais — Anotação ao Decreto-Lei n.º 84/2021, de 18 de outubro*, Coimbra, Almedina, 2022, p. 28, “apenas devem ser considerados como contraprestação os dados pessoais tratados para fim que não seja estritamente necessário para o cumprimento do contrato ou de um dever legal”. Assim, parece decorrer da parte final deste preceito que a disciplina do Decreto-Lei n.º 84/2021, de 18 de outubro (e da Diretiva 2019/770) não deverá aplicar-se aos casos em que o profissional trate dados pessoais, não com finalidades de contraprestação, mas enquanto necessidade (acrescentamos, *operacional*, por razões que adiante aprofundaremos) para a correta prestação desses fornecimentos ou para o cumprimento de uma obrigação legal (pensemos, *e.g.*, e respetivamente, no tratamento do nome para efeitos de criação de um endereço de e-mail e na divulgação de dados pessoais no âmbito de obrigações impostas por legislação sobre combate ao branqueamento de capitais). Ora, apesar da proximidade da letra da referida norma com aquela impressa no artigo 6.º, n.º 1, als. b) e c) do RGPD, não deve interpretar-se aquela exclusão do âmbito de aplicação da Decreto-Lei n.º 84/2021, de 18 de outubro, como indexada à operação de um dos referidos fundamentos de licitude. Ao invés, e especificamente no que concerne à exclusão do âmbito de aplicação desses diplomas em virtude do tratamento de dados pessoais para fins de execução do contrato, aquilo que, na nossa opinião, o legislador procurou garantir foi que o tratamento de dados pessoais exclusivamente para assegurar a execução operacional do contrato não determinaria, de mote próprio, a sujeição ao seu regime — questão a que o fundamento de licitude utilizado (que, em tese, poderia ser ainda um dos outros do elenco do artigo 6.º, n.º 1, do RGPD, *maxime* o consentimento do titular dos dados) é alheio. Assim, cremos que não se encontram necessariamente excluídos do âmbito de aplicação Decreto-Lei n.º 84/2021, de 18 de outubro e da Diretiva 2019/770 os contratos em que o profissional, com base no fundamento de licitude do artigo 6.º, n.º 1, als. b) do RGPD, trate dados pessoais para efeitos de assegurar a exequibilidade *económica* do contrato, no sentido que procuraremos defender neste texto. Sobre o mesmo assunto, cf. FURKAN GÜVEN TAŞTAN, *The (im)possibility of personal data as an object of contracts: An analysis of the GDPR and the Digital Content Directive*, Tilburg, Universidade de Tilburg, julho 2021, pp. 41-42 e 46-48.

²⁸ Cf. artigo 3.º, n.º 8 da Diretiva 2019/770²⁸ e artigo 52.º, n.º 2 do Decreto-Lei n.º 84/2021, de 18 de outubro.

²⁹ Cf. artigo 3.º, n.º 10 da Diretiva 2019/770.

³⁰ A escolha do legislador por não tomar posição quanto à qualificação jurídica dos negócios em que dados pessoais sejam fornecidos como contraprestação justificar-se-á pelo receio do legislador europeu de que a classificação que cristalizasse fosse ultrapassada pela dinâmica comercial e pela inovação tecnológica. Cf. KARIN SEIN, GERALD SPINDLER, “The new Directive...”, *ob. cit.*, p. 260.

³¹ Cf. considerando 12 da Diretiva 2019/770.

³² A este propósito, salientamos que SEBASTIAN LOHSSE, REINER SCHULZE, DIRK STAUDENMAYER, “Data as Counter-

Estas omissões, no nosso entender, geram, por um lado, múltiplas dúvidas na tarefa de conciliação da utilização de dados como contraprestação em contratos com o regime do RGPD³³; e, por outro, uma necessidade de refletir sobre se as atuais regras aplicáveis à formação destes contratos, e à definição do seu conteúdo, oferecem as garantias necessárias à proteção do consumidor. Uma resposta negativa a esta última questão poderá determinar a própria inviabilidade contratual deste modelo de negócio; uma resposta positiva poderá, ainda, permitir ultrapassar os óbices tradicionalmente apontados em matéria de proteção de dados pessoais.

O desafio central da questão, cremos, prende-se com a própria ciência do consumidor quanto aos termos essenciais da relação contratual, a qual sustentará não só o *esclarecimento*³⁴ do *consentimento* do titular dos dados pessoais³⁵ — que tem vindo a ser apontado³⁶ como o único fundamento capaz de sustentar a licitude do tratamento de dados pessoais fornecidos como contraprestação —, como também ao *esclarecimento da própria declaração negocial* emitida pelo consumidor, e que concorrerá, ele próprio, para sustentabilidade jurídica do contrato.

Ora, pode equacionar-se se uma correta formação do contrato à luz das normas legais

Performance — Contract Law 2.0? An Introduction, *ob. cit.*, p. 18, chamam a atenção para o facto de que os consumidores poderão nem sequer estar cientes de que estes “serviços gratuitos” estão contratualmente cobertos. AXEL METZGER, “A Market Model for Personal Data: State of Play under the New Directive on Digital Content and Digital Services”, in SEBASTIAN LOHSSE, REINER SCHULZE, DIRK STAUDENMAYER (eds. *lits.*), *Data as Counter-Performance — Contract Law 2.0?, 5th Münster Colloquia on EU Law and the Digital Economy V*. Baden-Baden, Nomos/Hart Publishing, 2020, pp. 30-31, aborda o modelo de formação destes contratos, pegando em alguns exemplos concretos (*Facebook, WhatsApp, Spotify e Google*), que interpreta como constituindo propostas contratuais.

³³ Por exemplo, a doutrina discute qual o impacto, ao nível contratual e da sua sujeição à Diretiva 2019/770 e ao Decreto-Lei n.º 84/2021, de 18 de outubro, de um tratamento ilícito dos dados pessoais fornecidos como contraprestação, havendo quem defenda que este implica a invalidade desses contratos e, por isso, a sua exclusão do âmbito de aplicação dos referidos normativos. Cf. MATILDE LOPES BETTENCOURT, “A proteção do consumidor em contratos digitais: análise dos contratos celebrados com dados pessoais como contraprestação”, in *Anuário do NOVA Consumer Lab*, Ano 3 (2021), pp. 439 e ss.

³⁴ Esclarecimento este inerente, por exemplo, ao (des)conhecimento, por parte do respetivo titular, sobre o valor dos seus dados pessoais e sobre a riqueza que os mesmos são suscetíveis de gerar, ou à circunstância de que a recusa do consentimento implica a negação do fornecimento do conteúdo ou serviço digital, enquanto efeito negativo suscetível de inquirar a liberdade do consentimento. De resto, para além da problemática do esclarecimento do titular dos dados, a liberdade do consentimento revela-se difícil de assegurar, atento o artigo 7.º, n.º 4 do RGPD, conforme abaixo abordamos.

³⁵ Cf. artigo 6.º, n.º 1, al. a) e artigo 7.º, n.º 4 do RGPD, norma esta que, de resto, determina a falta de liberdade do consentimento quando, sem ele, o prestador se recusa a prestar os serviços ou a fornecer os bens ou conteúdos digitais. Não se menospreza, por outro lado, a discussão de fundo sobre se, do próprio ponto de vista conceptual e atendendo ao estatuto de direito fundamental concedido à proteção de dados, é admissível a *monetização* dos dados pessoais. A este respeito, cf. a tímida (e, a nosso ver, problemática) alusão da Diretiva 2019/770, no seu considerando 24, que, reconhecendo embora a natureza de direito fundamental à proteção de dados pessoais e rejeitando a qualificação dos dados pessoais como “*commodity*” (ou “*produto de base*”), não logrou enquadrar e compatibilizar juridicamente o pagamento com dados pessoais com os inerentes valores e princípios. Com efeito, este texto operou meramente um recorte pela negativa (isto é, os dados pessoais *não* podem ser considerados um produto base e a Diretiva 2019/770 *não* prejudica a natureza de direito fundamental da proteção de dados pessoais), ao invés de introduzir uma definição positiva da fronteira de todos os princípios e interesses em jogo. Numa palavra, se o legislador optou por incluir essa referência na letra dos seus considerandos, não se escusou de desenhar a Diretiva 2019/770 independentemente dela. Embora aludamos à discussão neste trabalho, não nos centraremos nela, porque (e antecipando já) cremos que o direito à proteção de dados, enquanto direito de personalidade (artigo 70.º do Código Civil), não impede a exploração patrimonial desses mesmos dados pessoais, a qual, aliás, não é novidade (pense-se, e.g., na cedência de direitos de imagem). Acrescentáramos, até, que o segundo é uma decorrência do primeiro. Neste sentido, cf. MADALENA NARCISO, “Dados Pessoais como Contraprestação...”, *ob. cit.*, pp. 134-135.

³⁶ A posição de que o consentimento do titular dos dados constitui o único fundamento de licitude viável para sustentar o tratamento dos dados pessoais fornecidos como contraprestação surge influenciada, parece-nos, pela circunstância de a Diretiva 2019/770, a nosso ver erradamente, ter feito expressa referência ao consentimento (sem determinar a sua necessidade, mas apenas numa lógica de eventual necessidade) nos seus considerandos 38 e 40 — logo após enunciar que o RGPD mantinha o seu natural domínio de aplicação em matéria de proteção de dados pessoais. Cf., por exemplo, YOAN HERMSTRÜWER, “*Contracting Around Privacy...*”, *ob. cit.*, p. 10.

aplicáveis abrirá caminho à defesa de que os dados pessoais fornecidos como contraprestação sejam tratados sem a necessidade de obtenção do consentimento. Isto porque o tratamento desses dados pessoais, de um ponto de vista jurídico-económico, poderá entender-se como necessário à execução do próprio contrato de fornecimento de conteúdos ou serviços digitais no âmbito do qual foram fornecidos³⁷, porquanto só com o seu tratamento, nos precisos termos estabelecidos contratualmente, o profissional poderia assegurar o equilíbrio económico do sinalagma. Esta solução, sendo viável, poderia dissipar (alguma d)a nebulosa em torno da compatibilidade entre estes negócios e o RGPD, sem prejudicar a posição jurídica do consumidor, enquanto titular de dados pessoais, que manteria o controlo último sobre os seus dados, ao permitir evitar (e tornar redundante) a necessidade da recolha do consentimento do respetivo titular.

2.2. A difícil compatibilização com o RGPD

2.2.1. O papel e a inserção do RGPD na ordem jurídica (breve referência)

Os dados pessoais — e, de um modo geral, o bem jurídico da privacidade — gozam, no ordenamento jurídico da União Europeia, de uma elevada proteção, sendo o RGPD o seu maior sustentáculo³⁸. A sua interpretação e aplicação é suportada, não só pela jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia, mas também por um vasto conjunto de *soft law* interpretativa (designadamente opiniões e orientações) emitida por entidades como a Autoridade Europeia para a Proteção de Dados (doravante, AEPD), o Comité Europeu de Proteção de Dados (doravante, CEPD), bem como pelas autoridades nacionais de proteção de dados, entre nós a Comissão Nacional de Proteção de Dados (doravante, CNPD).

A crescente proteção jurídica conferida à privacidade e à proteção de dados pessoais encontra o seu apoio no direito originário da União Europeia, designadamente no artigo 16.º, n.º 1, do Tratado Sobre o Funcionamento da União Europeia, que consagra que “*todas as pessoas têm direito à proteção dos dados de carácter pessoal que lhes digam respeito*”. Esta proteção ganhou ainda o estatuto de direito fundamental, concretamente no artigo 8.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia³⁹ — estatuto esse que, de resto, a Diretiva 2019/770 reconhece expressamente⁴⁰. Assim, em matéria de proteção de dados pessoais, o RGPD assume o papel de “voz” do artigo 8.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia e do artigo 16.º do Tratado Sobre o Funcionamento da União Europeia: é o diploma que estabelece as regras e os princípios basilares por que se rege o tratamento de dados pessoais

³⁷ Cf. artigo 6.º, n.º 1, al. b) do RGPD.

³⁸ Ao nível do direito português, sendo certo o seu carácter pouco inovador para o que aqui releva, atenta a aplicabilidade direta do RGPD, importa mapear a Lei n.º 58/2019, de 8 de agosto, veio assegurar a execução desse regulamento na ordem jurídica nacional.

³⁹ Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, JO C 326, 26.10.2012, pp. 391–407.

⁴⁰ Cf. considerando 24 da Diretiva 2019/770, já acima referido.

em toda a atividade económica. Este estatuto é, aliás, reconhecido pela Diretiva 2019/770, que se afasta expressamente, como já vimos, através do seu artigo 3.º, n.º 8, de qualquer confronto com o RGPD (e com a Diretiva ePrivacy⁴¹).

O RGPD desenvolve e implementa as bases para a efetiva vigência desse direito fundamental, conforme referido no seu considerando 1⁴² e reconhecido pela AEPD, na sua Opinião 4/2017⁴³. Em poucas palavras — que sempre pecarão por defeito atenta a complexidade da questão e, para os propósitos deste trabalho, apenas entendermos necessário o enquadramento fundamental —, a proteção conferida pelo RGPD assenta, sobretudo, nos princípios do lícito, leal e transparente tratamento de dados pessoais, o qual deve abranger tão-só os dados pessoais estritamente necessários e ser limitado às finalidades para as quais são recolhidos (artigo 5.º, n.º 1, als. a) a c), do RGPD).

Esses princípios gerais materializam-se, fundamentalmente, de três modos. *Em primeiro lugar*, através da imposição de obrigações de informação ao titular dos dados pessoais quanto aos termos em que os seus dados serão tratados (artigos, 12.º, 13.º⁴⁴ e 14.º do RGPD). *Em segundo lugar*, no reconhecimento de direitos aos titulares sobre os seus dados pessoais, dando-lhes a possibilidade de, por exemplo, exigir a retificação dos seus dados pessoais, o seu apagamento, a limitação do tratamento e, em certos casos, o direito de se opor ao tratamento (respetivamente, artigos 16.º, 17.º, 18.º e 21.º do RGPD). *Em terceiro lugar*, mas não menos importante, na necessidade de basear o tratamento num dos fundamentos de licitude tipificados no artigo 6.º, n.º 1, do RGPD, e, tratando-se de categorias especiais de dados pessoais, no artigo 9.º, n.º 2, do RGPD. É este, portanto, o panorama geral de limitações que um profissional deverá assegurar para que, licitamente, trate os dados pessoais que lhe sejam fornecidos a título de contraprestação.

⁴¹ Diretiva 2002/58/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de Julho de 2002, relativa ao tratamento de dados pessoais e à proteção da privacidade no sector das comunicações eletrónicas JO L 201, 31.7.2002, p. 37-47.

⁴² "A proteção das pessoas singulares relativamente ao tratamento de dados pessoais é um direito fundamental. O artigo 8.º, n.º 1, da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia («Carta») e o artigo 16.º, n.º 1, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE) estabelecem que todas as pessoas têm direito à proteção dos dados de caráter pessoal que lhes digam respeito."

⁴³ Cf. EUROPEAN DATA PROTECTION SUPERVISOR, *Opinion 4/2017, on the Proposal for a Directive on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content*, p. 8. Esta opinião foi emitida a propósito da discussão, no Conselho, da Proposta de Diretiva COM/2015/0634 final, do Parlamento Europeu e do Conselho, sobre certos aspetos relativos aos contratos de fornecimento de conteúdos digitais, disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A52015PC0634>, e que viria a originar a Diretiva 2019/770 (doravante, Proposta de Diretiva 2019/770). Note-se, a título de detalhe, que, ao contrário da Diretiva 2019/770, a Proposta de Diretiva 2019/770 não abrangia a prestação de serviços digitais no seu âmbito de aplicação.

⁴⁴ Para os casos que aqui apreciamos, é de destacar a obrigação que impende sobre o responsável pelo tratamento de informar o titular dos dados de que "a comunicação de dados pessoais constitui ou não uma obrigação legal ou contratual, ou um requisito necessário para celebrar um contrato, bem como se o titular está obrigado a fornecer os dados pessoais e as eventuais consequências de não fornecer esses dados" (artigo 13.º, n.º 2, al. e), do RGPD).

2.2.2. O consentimento como fundamento de licitude

Em concreto, porém, e conforme já antecipado, a aplicação destas constelações normativas aos contratos em tese revela-se complexa, tendo vindo a ser particularmente discutido quais os fundamentos de licitude mais adequados. Como tais, apontam-se, de um ponto de vista teórico, o consentimento⁴⁵ do titular dos dados, a necessidade para execução do contrato de fornecimento de conteúdos e serviços digitais e a existência de interesses legítimos do responsável pelo tratamento (respetivamente, alíneas a), b) e f) do n.º 1 do artigo 6.º do RGPD).

Apesar de serem equacionáveis três fundamentos de licitude, a discussão tende a focar-se no *consentimento do titular dos dados*, não sendo as demais alternativas, a nosso ver, suficientemente exploradas⁴⁶. Não cremos que esta monopolização se justifique. Se, por um lado, se compreende que a recolha do consentimento é o fundamento de licitude que confere, em geral, um maior controlo ao titular dos dados sobre o tratamento dos seus dados pessoais, por outro cremos não ser de ignorar que levanta inúmeros e desnecessários problemas prático-jurídicos, com prejuízos para o livre funcionamento do mercado, constituindo um dos polos de conflito entre estes modelos de negócio e o RGPD⁴⁷. De resto, na sua essência está a proteção de um interesse — a liberdade do titular dos dados para permitir o tratamento dos seus dados pessoais — que poderá ser protegido, com a mesma eficácia, através de uma declaração negocial, enquanto ato (único) de expressão da sua vontade.

Um dos problemas atinentes a este fundamento de licitude prende-se com a liberdade do consentimento⁴⁸. Com efeito, o artigo 7.º, n.º 4, do RGPD faz relevar, como circunstância necessária à avaliação da liberdade do consentimento, a hipótese da recusa da prestação do serviço caso o consentimento não seja prestado, ponto que, como intuitivamente se compreende, assume uma grande relevância no contexto da celebração de contratos bilaterais, como aqueles em análise⁴⁹. Assim, pese embora esta norma não condene necessariamente o

⁴⁵ O artigo 4.º, n.º 11 do RGPD define o consentimento do titular dos dados como “*uma manifestação de vontade, livre, específica, informada e explícita, pela qual o titular dos dados aceita, mediante declaração ou ato positivo inequívoco, que os dados pessoais que lhe dizem respeito sejam objeto de tratamento*”. Estes requisitos são densificados em *soft law*, no considerando 43, bem como noutras disposições do RGPD, sobretudo o seu artigo 7.º, que imputa ao responsável pelo tratamento o ónus da prova da validade desse consentimento.

⁴⁶ Parece ser esta a posição de MADALENA NARCISO, “Dados Pessoais como Contraprestação...”, *ob. cit.*, pp. 145 e ss., AXEL METZGER, “Data as Counter-Performance: What Rights and Duties do Parties Have?”, *in Journal of Intellectual Property, Information Technology and Electronic Commerce Law (JIPITEC)*, Vol. 8, n.º 1 (2017), p. 5, IRENE KULL, “Withdrawal from the Consent...”, *ob. cit.*, p. 42 e SEBASTIAN LOHSSE, REINER SCHULZE, DIRK STAUDENMAYER, “Data as Counter-Performance — Contract Law 2.0? An Introduction”, *ob. cit.*, pp. 19-20.

⁴⁷ Conforme aponta GIUSEPPE VERSACI, “Personal Data and Contract Law: Challenges and Concerns about the Economic Exploitation of the Right to Data Protection”, *in European Review of Contract Law*, Vol. 4, n.º 4 (2018), pp. 378 e ss. É de salientar, em todo o caso, e porque especialmente relevante, que a invalidade do consentimento para o tratamento de dados pessoais não subtrairia automaticamente o contrato do âmbito de aplicação da Diretiva 2019/770, o que, paradoxalmente, apenas teria como efeito a diminuição da proteção do consumidor-titular dos dados. Cf. AXEL METZGER, “A Market Model for Personal Data: State of Play under the New Directive on Digital Content and Digital Services”, *ob. cit.*, pp. 33-34. Sobre mesmo assunto, e também sobre o efeito do tratamento ilícito de dados pessoais na validade do contrato, cf. PHILIPP HACKER, “Regulating the Economic Impact of Data as Counter-Performance...”, *ob. cit.*, pp. 56 e ss.

⁴⁸ Sobre a dificuldade em obter um consentimento livre no contexto de *big data*, cf. INÊS SILVA COSTA, “A proteção da pessoa na era dos *big data*...”, *ob. cit.*, pp. 51-53.

⁴⁹ Seguindo o raciocínio de MATILDE LOPES BETTENCOURT, “A proteção do consumidor...”, *ob. cit.*, p. 441, nestes casos em que o sinalagma que se forma une o fornecimento do conteúdo ou serviço digital em causa ao fornecimento dos dados pessoais propriamente ditos, o consentimento para o seu tratamento assume-se como um requisito (jurídico) prévio da utilidade (jurídico-económica) desses dados pessoais. Assim, pretendendo um

consentimento à sua falta de liberdade⁵⁰, atribui-lhe incerteza jurídica⁵¹ e, se se concluir, *in casu*, pela ilicitude daquele ato, já os dados pessoais terão sido tratados ilicitamente, com prejuízos para a esfera jurídica do respetivo titular.

Por outro lado, seria de duvidar, em certos casos, do esclarecimento do consentimento, uma vez que, e tal como aponta o CEPD nas suas Diretrizes 2/2019, a coexistência de vários fundamentos de licitude como base para diferentes operações de tratamento de dados pessoais envolvidas na execução de um mesmo contrato⁵² (além do ato de manifestação da vontade negocial propriamente dito) acarretaria o risco da falta de discernimento do titular dos dados, uma vez que *“consoante as circunstâncias, os titulares dos dados podem ter a impressão errada de que estão a dar o seu consentimento nos termos do artigo 6.º, n.º 1, alínea a), ao assinarem um contrato ou ao aceitarem as condições de serviço. Ao mesmo tempo, um responsável pelo tratamento pode presumir erradamente que a assinatura de um contrato corresponde a um consentimento na aceção do artigo 6.º, n.º 1, alínea a)”*⁵³.

Por fim, sempre se colocaria o tema clássico, e já acima referido, sobre quais as consequências contratuais da retirada do consentimento⁵⁴.

Assim, testemunhando as dificuldades inerentes ao recurso à recolha do consentimento do titular dos dados, e atento o facto de não vislumbrarmos, na situação em análise no presente trabalho, interesses que só assim possam ser defendidos (como demonstraremos), cremos justificar-se uma reflexão sobre a viabilidade do recurso à necessidade para a execução de um contrato em que o titular dos dados seja parte (artigo 6.º, n.º 1, al. b) do RGPD), enquanto base para a licitude do tratamento de dados fornecidos como contraprestação.

profissional apoiar no consentimento o tratamento dos dados pessoais que lhe hajam sido fornecidos como contraprestação, e não podendo o mesmo obter licitamente qualquer vantagem desses dados sem a obtenção desse consentimento, parece-nos razoável que a celebração do negócio fique condicionada à prestação desse consentimento.

⁵⁰ Concordamos, assim, com AXEL METZGER, “Data as Counter-Performance...”, p. 5. Porém, parece ser mais rígida a posição do EUROPEAN DATA PROTECTION SUPERVISOR, *Opinion 4/2017...*, *ob. cit.*, §55, p. 15, ao referir que o RGPD *“creates a presumption that the consent is not freely given when it is a conditional to receive the provision of a service “despite such consent not being necessary for such performance”*.

⁵¹ Para solucionar esta aparente impossível liberdade do consentimento, tem sido proposta a disponibilização constante de um modelo alternativo para aceder aos conteúdos e serviços digitais através do pagamento de dinheiro. Reconhecendo a sua bondade, duvidamos da viabilidade plena desta solução, uma vez que, em certos casos, o titular dos dados pode não dispor de um poder de compra que lhe confira, efetivamente, uma escolha livre. De resto, essa hipótese não solucionaria a possível ilicitude do consentimento pela falta de esclarecimento do titular dos dados. Neste sentido, cf. YOAN HERMSTRÜWER, *“Contracting Around Privacy...”*, *ob. cit.*, p. 17 e ss.

⁵² Pense-se, por exemplo, num contrato para abertura de conta numa rede social, em que o nome e a idade do titular dos dados serviriam propósitos de contraprestação (a serem tratados ao abrigo do artigo 6.º, n.º 1, al. a) do RGPD), de criação do próprio perfil público na rede social (uma necessidade operacional de execução do contrato, apoiada no artigo 6.º, n.º 1, al. b) do RGPD), podendo ainda ser tratados para efeitos de cumprimento de obrigações legais, ao abrigo do artigo 6.º, n.º 1, al. c) do RGPD.

⁵³ Cf. COMITÉ EUROPEU DE PROTEÇÃO DE DADOS, *Diretrizes 2/2019 sobre o tratamento de dados pessoais ao abrigo do artigo 6.º, n.º 1, alínea b), do RGPD no contexto da prestação de serviços em linha aos titulares dos dados*, §20, p. 8.

⁵⁴ Para uma análise mais desenvolvida sobre os efeitos contratuais da retirada do consentimento, cf. IRENE KULL, *“Withdrawal from the Consent...”*, pp. 43 e ss, e, MARTIN SCHMIDT-KESSEL, *“Right to Withdrawn Consent to Data Processing — The Effect on the Contract”*, in *Data as Counter-Performance — Contract Law 2.0?, 5th Münster Colloquia on EU Law and the Digital Economy V*, pp. 129-146. Sobre a possibilidade de o prestador de serviços “gratuitos” poder vir a ser indemnizado pelos danos causados pela retirada do consentimento, e sobre a hipótese de o mesmo continuar o tratamento dos dados pessoais do titular com base no interesse legítimo, e apesar de não nos revermos em vários pontos levantados, cf. PATRÍCIA FILIPA PEREIRA CARNEIRO, *“Coisificação” dos dados pessoais...*, *ob. cit.*, pp. 17 e ss.

2.2.3. Os dados pessoais enquanto *commodity*

É longa e complexa a discussão em torno da própria compatibilidade do conceito de utilização de dados pessoais como contraprestação com o RGPD e com a natureza jusfundamental⁵⁵ desse direito. Esta discussão foi particularmente expressiva no seio da discussão da Proposta de Diretiva 2019/770, a qual previa expressa e literalmente o fornecimento de dados como um ato de *contraprestação*⁵⁶ pela prestação de certos serviços ou pela disponibilização de certos conteúdos digitais, o que gerou uma forte oposição por parte da AEPD⁵⁷. Com efeito, e segundo esta entidade, a natureza jusfundamental do direito à proteção de dados poderá constituir um obstáculo à viabilidade deste modelo de negócio, uma vez que os seus atores sempre deverão atentar a que se trata de um direito indisponível⁵⁸, sendo por isso sensível a sua introdução no comércio, enquanto objeto de contratos sinalagmáticos.

Já em 2016, na sua Opinião 8/2016⁵⁹, a AEPD alertara para que, no espaço da União Europeia, a “informação pessoal” não pode ser entendida como um mero bem económico (*mere economic asset*), uma vez que está em causa o direito (fundamental) à proteção de dados pessoais, protegido pela Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, e entendido pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem como fundamental para garantia do efetivo gozo e exercício dos direitos ao respeito pela vida privada e da liberdade de expressão e associação⁶⁰.

A mesma entidade viria então a repescar esta argumentação na sua Opinião 4/2017 e a sustentar nela uma das principais críticas à Proposta de Diretiva 2019/770: a abertura expressa, que demonstrava, ao “pagamento” através do fornecimento de dados pessoais⁶¹. Com uma argumentação que nos parece fundamentalista, a AEPD criticou esta abordagem, tendo sido lapidar ao referir que os dados pessoais não são um *commodity*, não podendo, por isso, ser comparados a dinheiro⁶², nem, em decorrência, servir como modalidade de

⁵⁵ Cf. artigos 7.º e 8.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia.

⁵⁶ Cf., por exemplo, os Considerandos 13 e 37 e artigo 3.º, n.º 1 da Proposta de Diretiva 2019/770.

⁵⁷ Cf. EUROPEAN DATA PROTECTION SUPERVISOR, *Opinion 4/2017...*, *ob. cit.* No seguimento da oposição oferecida pelo EDPS, esta terminologia viria a ser abandonada na Diretiva 2019/770, que, pese embora sem recuar na inserção destas modalidades contratuais no seu âmbito de aplicação, viria a abordar os mesmos casos como aqueles em que “o consumidor faculte ou se comprometa a facultar dados pessoais ao profissional, exceto se os dados pessoais facultados pelo consumidor forem exclusivamente tratados pelo profissional para fornecer os conteúdos ou serviços digitais em conformidade com a presente diretiva, ou para o profissional cumprir os requisitos legais a que está sujeito, não procedendo ao tratamento desses dados para quaisquer outros fins” (artigo 3.º, n.º 1, *in fine*, da Diretiva 2019/770, e artigo 3.º, n.º 3, al. b) do Decreto-Lei n.º 84/2021, de 18 de outubro). Cf. JORGE MORAIS CARVALHO, *Compra e Venda e Fornecimento de Conteúdos e Serviços Digitais...*, *ob. cit.*, p. 28

⁵⁸ Cf. MADALENA NARCISO, “Dados Pessoais Como Contraprestação...”, *ob. cit.*, p. 133.

⁵⁹ Cf. EUROPEAN DATA PROTECTION SUPERVISOR, “Opinion 8/2016 — EDPS Opinion on coherent enforcement of fundamental rights in the age of big data”.

⁶⁰ Cf. *idem*, p. 7.

⁶¹ A mesma ideia viria ainda a ser reforçada pelo Comité Europeu de Proteção de Dados, que, a propósito do tratamento de dados pessoais para efeitos de publicidade comportamental, sublinhou que “a proteção de dados é um direito fundamental garantido pelo artigo 8.º da Carta dos Direitos Fundamentais, e tendo em conta que um dos principais objetivos do RGPD consiste em proporcionar aos titulares dos dados o controlo das informações que lhes dizem respeito, os dados pessoais não podem ser considerados uma mercadoria comercializável. Mesmo que o titular dos dados possa concordar com o tratamento de dados pessoais, não pode dispor dos seus direitos fundamentais através deste acordo”. Cf. COMITÉ EUROPEU DE PROTEÇÃO DE DADOS, *Diretrizes 2/2019...*, *ob. cit.*, §55, p. 16.

⁶² Esta incomparabilidade entre o fornecimento de dados pessoais e o dinheiro revela-se, por exemplo, pelo facto de que o consumidor não consegue medir a riqueza que gerará em benefício do profissional, ao contrário do que sucede perante uma contraprestação monetária; por outro lado, a possibilidade de os mesmos dados pessoais poderem ser fornecidos em múltiplas ocasiões, o que não sucede com o dinheiro, que não é “multiplicável”; ou também o regime da restituição, quando o profissional a tal esteja obrigado, que se afigura de difícil execução em caso de fornecimento de dados pessoais como contraprestação. Para maior desenvolvimento, cf. EUROPEAN

pagamento como se do pagamento de um *preço* se tratasse. No entendimento da AEPD, os dados pessoais, porque protegidos por um direito fundamental, não são *comercializáveis*. A AEPD vai ainda mais longe neste raciocínio, exemplificando que a existência fáctica de mercados comerciais sobre órgãos humanos não implica que o legislador deva reconhecê-los ou validá-los, lógica que estende aos dados pessoais⁶³. Aliás, a AEPD refere mesmo que *“one cannot monetise and subject a fundamental right to a simple commercial transaction, even if it is the individual concerned by the data who is a party to the transaction”*. Nessa medida, defende, o legislador não poderia desconsiderar a específica natureza e regime jurídico dos dados pessoais⁶⁴ no exercício de regulação da utilização de dados pessoais como contraprestação contratual.

Em reacção à posição da AEPD, o legislador europeu procurou, na Diretiva 2019/770, mitigar os riscos de incompatibilidade do seu regime com a natureza e legislação sobre proteção de dados. Com efeito, no considerando 24 da Diretiva 2019/770, o legislador reconheceu expressamente a natureza de direito fundamental da proteção de dados pessoais e rejeitou a sua qualificação como uma *“commodity”* (ou *“produto de base”*, na versão portuguesa). Todavia, trata-se de um exercício de compatibilização, a nosso ver, tímido e sem impacto jurídico, uma vez que o diploma continuou a abranger a mesma realidade e, grosso modo, em termos idênticos (e que viriam a ser transpostos, a nosso ver adequadamente, para o Decreto-Lei n.º 84/2021, de 18 de outubro, e onde, de resto, o legislador nacional não toma posição sobre a temática em apreço⁶⁵). Assim, esta ressalva não parece constituir mais do que uma mera tomada de posição política quanto ao estatuto dos dados pessoais no contexto da economia dos contratos *“gratuitos”*.

Apesar das preocupações levantadas pela AEPD, não cremos existir um obstáculo à introdução de dados pessoais no objeto contratual como contraprestação. Em primeiro lugar, revela-se exagerada a confusão entre a atribuição do acesso a dados pessoais a terceiros, juridicamente enquadrada pelo RGPD, a alienação desses mesmos dados pessoais e, sobretudo, a renúncia ao direito fundamental à sua proteção. É no plano da primeira destas três hipóteses que o fornecimento de dados pessoais como contraprestação (e respetivo tratamento) se insere, não implicando as demais. Se as operações de tratamento respeitarem os limites impostos pelo RGPD, o titular mantém o controlo sobre os seus dados nos mesmos termos comparativamente a quando são (licitamente) tratados para qualquer outra finalidade⁶⁶.

DATA PROTECTION SUPERVISOR, *Opinion 4/2017... ob. cit.*, §24-28, pp. 9-10, e MATILDE LOPES BETTENCOURT, “A proteção do consumidor...”, *ob. cit.*, p. 429.

⁶³ Cf. EUROPEAN DATA PROTECTION SUPERVISOR, *Opinion 4/2017... ob. cit.*, §14-17, p. 7.

⁶⁴ Cf. IRENE KULL, “Withdrawal from the Consent...”, *op. cit.*, p. 36.

⁶⁵ A CNPD, nos pareceres que emitiu no contexto dos procedimentos legislativos do Decreto-Lei n.º 84/2021, de 18 de outubro, e do Decreto-Lei n.º 109-G/2021, de 10 de dezembro, tomou uma posição que nos parece igualmente despida de contributo conciliatório entre os regimes em conflito e sobre a possibilidade de os dados serem considerados como uma *“commodity”*. Cf. COMISSÃO NACIONAL DE PROTEÇÃO DE DADOS, *Parecer/2021/150*, Lisboa, 2021, e *Parecer/2021/100*, Lisboa, 2021.

⁶⁶ De resto, e como salienta SEBASTIAN LOHSSE, REINER SCHULZE, DIRK STAUDENMAYER, “Data as Counter-Performance — Contract Law 2.0? An Introduction”, *ob. cit.*, p. 16, excluir do âmbito da Diretiva 2019/770 os contratos no âmbito dos quais dados pessoais são fornecidos como contraprestação terá como efeito a negação aos respetivos consumidores da proteção oferecida pelas regras de conformidade do serviço ou conteúdo digital aí presentes. Julgamos, por isso, que a procedência do “temor” da AEPD traria acoplado um efeito mais nefasto (a perpetuação da ausência de enquadramento específico desses contratos no seio do direito de consumo) para o consumidor-

Em segundo lugar, do ponto de vista civilístico, os direitos de personalidade (no caso, e em especial, o direito à reserva sobre a intimidade da vida privada), apesar de irrenunciáveis, podem ser voluntariamente limitados, designadamente por contrato — *consentimento vinculante*⁶⁷ —, uma vez que “*representam, como direitos subjetivos, posições de liberdade, reconhecidas ao seu beneficiário*”⁶⁸, atento também o princípio geral da livre conformação do conteúdo da prestação e do objeto negocial, desde que dentro dos limites da lei e da ordem pública⁶⁹. A limitação voluntária de direitos de personalidade pode visar a exploração económica dos mesmos (que, de resto, não é um fenómeno recente)⁷⁰. Com efeito, e conforme ensina MAFALDA MIRANDA BARBOSA⁷¹, apoiando-se numa construção de MENEZES LEITÃO em torno do instituto do enriquecimento sem causa, aos direitos de personalidade assiste um “*conteúdo de aproveitamento patrimonial, o qual pode funcionar como contrapartida prestacional num contrato que haja sido celebrado*”⁷². Também nesta perspetiva civilística se justifica frisar que

titular dos dados.

⁶⁷ Sobre o conceito de *consentimento vinculante* e distinção de figuras afins, cf. ORLANDO CARVALHO (aut.), FRANCISCO LIBERAL FERNANDES, MARIA RAQUEL GUIMARÃES, MARIA REGINA REDINHA (coords.), *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.ª ed., Coimbra, Gestlegal, 2021, p. 207. Para uma análise sobre os limites da autonomia privada em contratos sobre a exploração de direitos de personalidade, cf. THIBAUT GISCARD, “Limitations of Autonomy of the Will in Conventions of Exploitation of Personality Rights”, in *International Review of Intellectual Property and Competition Law* (IIC), Vol. 45, n.º 1 (2014), pp. 18-42.

⁶⁸ As palavras são de MENEZES CORDEIRO, *Código Civil Comentado I — Parte Geral*, Coimbra, Almedina, 2020, p. 274, anotação 21.

⁶⁹ Cf. artigos 81.º, 280.º e 381.º do Código Civil. Cf. CARLOS MOTA PINTO, ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, PAULO MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 5.ª ed. reimp., Coimbra, Gestlegal, 2020, p. 101 e 215. Os limites impostos à liberdade contratual pela cláusula geral de ordem pública são objeto de estudo, que recomendamos, em MARIA RAQUEL GUIMARÃES, “A conformação da liberdade contratual pela cláusula geral da ordem pública”, in *Derecho y autonomía privada: una visión comparada e interdisciplinar*, LUCÁN, Mª ÁNGELES PARRA (dir.); LERA, SILVIA GASPAS (coord.), Granada, Comares, 2017, pp. 413-434, *maxime* pp. 424-428, onde a Autora aborda especificamente os limites da limitação contratual de direitos de personalidade.

⁷⁰ Para um olhar detalhado sobre a limitação voluntária do direito à reserva sobre a intimidade da vida privada, cf. PAULO MOTA PINTO, *Direitos de Personalidade e Direitos Fundamentais — Estudos*, 1.ª ed., Coimbra, Gestlegal, 2018, *maxime* pp. 679-716. Cf. em especial, p. 707, onde o Autor reconhece, cabalmente, que a limitação voluntária do direito à reserva sobre a intimidade da vida privada para fins de obtenção de vantagens económicas é possível, sendo “a “*disposição*” a título oneroso, ou “*comercialização*”, de informações sobre a vida privada, é, pois, *perfeitamente admissível*”. Refere ainda o Autor, numa aparente resposta premonitória à posição da AEPD (sendo um texto de 2001), que “*tal “comercialização” de informações sobre a vida privada afigura-se, na verdade, bem distinta, por exemplo, da comercialização de órgãos ou parte do corpo humano (...). Não existe, assim, qualquer analogia* [entre as duas situações que permita dar-lhes o mesmo tratamento jurídico]”. Por outro lado, e tomando por base exemplificativa os “*reality shows*”, MARIA RAQUEL GUIMARÃES, “A conformação da liberdade contratual...”, *ob. cit.*, p. 426, aponta que, atendendo à particularmente expressiva restrição dos direitos à intimidade e à privacidade nessas situações, poder-se-á entender a existência de uma autêntica *alienação* do direito à reserva da vida privada, “*uma renúncia ilícita do seu titular à tutela de um último reduto de intimidade de que a ordem pública não permite dispor*”. Sem pretender tomar posição quanto à controversia, que escapa ao âmbito do presente texto, sublinhamos ainda assim que, a admitir-se a posição da Autora, será esse um exemplo de violação da cláusula de *ordem pública*, limitativa da restrição voluntária de direitos de personalidade. O fornecimento de dados pessoais como contraprestação, enquanto limitação do direito à reserva da vida privada, não gera, na nossa ótica, uma restrição de direitos de personalidade de escala comparável àquela verificada na participação num “*reality show*”, razão pela qual, por maioria de razão, entendemos que a primeira se deverá considerar aquém da referida fronteira conceptual.

⁷¹ Cf. MAFALDA MIRANDA BARBOSA, “Negócios onerosos e gratuitos...”, *ob. cit.*, p. 1848.

⁷² Sobre a exploração comercial da imagem, conforme interpretada jurisprudencialmente, cf. MARIA RAQUEL GUIMARÃES, “A conformação da liberdade contratual...”, *ob. cit.*, pp. 426-427. É também de referir a anotação 18 ao regime dos direitos de personalidade presente em MENEZES CORDEIRO, *Código Civil...*, *ob. cit.*, p. 273, onde o Autor classifica o direito ao nome e à imagem como autênticos “*direitos de personalidade patrimoniais*”, que “*representam um valor económico, são avaliáveis em dinheiro e podem ser negociados no mercado*”. Além desta categoria, o Autor identifica ainda duas outras — direitos de personalidade em sentido forte, que não são comercializáveis (e.g., direito à vida, saúde e integridade corporal), e os direitos de personalidade em sentido fraco, que, dentro de certos limites, podem ter um conteúdo patrimonial (e.g., direito à saúde e à integridade física, “*desde que não sejam irreversivelmente atingidos, nos termos que regem a experimentação humana*”). A identificação e descrição destas duas categorias, por um raciocínio *a contrario*, permite-nos concluir que só em casos pontuais, designadamente quando exista uma irreversibilidade da lesão, se poderá negar o valor patrimonial de um direito de personalidade. Nessa medida, não cremos que o fornecimento de dados pessoais como contraprestação em contratos (que se limita a operar uma limitação na esfera de privacidade do respetivo titular, reversível no momento em que a relação jurídica que a titule cesse, e sempre vinculada aos direitos de

a limitação voluntária, e contratual, de direitos de personalidade não se confunde com a sua alienação⁷³: o sujeito mantém intacto o controlo sobre os direitos de personalidade que haja limitado, podendo, nos termos do artigo 81.º, n.º 1, do Código Civil, revogar a qualquer momento o acordo limitativo dos mesmos, ainda que possa ter de indemnizar os prejuízos causados à contraparte.

3. A necessidade para a execução do contrato como fundamento de licitude para o tratamento de dados pessoais

3.1. A sua *ratio* e articulação com o princípio do *pacta sunt servanda*

O artigo 5.º do RGPD, tal como vimos, impõe, além de outras obrigações e limites inerentes ao tratamento de dados pessoais, a licitude desse mesmo tratamento (artigo 5.º, n.º, al. a) do RGPD). Esse princípio concretiza-se na necessidade de cada operação de tratamento de dados pessoais ficar coberta por um dos fundamentos de licitude elencados no n.º 1 do artigo 6.º e, tratando-se de categorias especiais de dados pessoais, no n.º 2 do artigo 9.º, do RGPD. De todos, merecer-nos-á foco, como referido, a necessidade desse tratamento para assegurar a execução de um contrato no qual o titular dos dados seja parte, previsto no artigo 6.º, n.º 1, al. b) do RGPD.

Este fundamento de licitude traduz, em sede de direito da proteção de dados pessoais, o reconhecimento da obrigação que impende sobre o responsável pelo tratamento de cumprir pontualmente os contratos em que é parte⁷⁴, sejam estes bilaterais ou unilaterais⁷⁵. O RGPD assume, pois, que a existência de um negócio jurídico, e a necessidade de o cumprir, pode justificar, dentro dos limites naquele definidos, uma limitação ao direito fundamental à proteção de dados do seu titular. Revela, noutra formulação ainda, que o bem jurídico da privacidade não tem a sua supremacia garantida, podendo soçobrar perante outros valores que, *in casu*, se revelem prevaletentes.

Na base⁷⁶ desses valores encontra-se, desde logo, a própria autonomia privada do titular dos dados, pois que aceitou contratar conhecendo que (e conformando-se com), cumpridos que

controlo conferidos ao titular dos dados pessoais e limites à sua conservação impostos pelo RGPD) tenha dignidade, no campo da proteção da personalidade, que lhe justifique uma tutela de não-comercialização.

⁷³ VÁCLAV JANEČEK, GIANCLAUDIO MALGIERI, "Data Extra Commercium", in SEBASTIAN LOHSSE, REINER SCHULZE, DIRK STAUDENMAYER (eds. lits.), *Data as Counter-Performance — Contract Law 2.0?, 5th Münster Colloquia on EU Law and the Digital Economy V*. Baden-Baden, Nomos/Hart Publishing, 2020, pp. 95-125, não negando a possibilidade de exploração económica de dados pessoais (não constituindo por isso *res*, ou *data, extra commercium*), propõe um critério, que nos parece interessante, de "alienabilidade dinamicamente limitada" (*dynamically limited alienability rule*), nos termos do qual só caso a caso, atendendo às regras do RGPD, se poderá determinar se a comercialização de dados pessoais é admissível.

⁷⁴ Cf. CHRISTOPHER KUNER, LEE A. BYGRAVE, CHRISTOPHER DOCKSEY, *The EU General Data Protection Regulation (GDPR): a commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2020, p. 330.

⁷⁵ Cf. A. BARRETO MENEZES CORDEIRO, *Comentário ao Regulamento Geral de Proteção de Dados e à Lei n.º 58/2019*, Coimbra, Almedina, 2021, p. 112.

⁷⁶ Dizemos estar na base uma vez que a inexistência de um contrato que vincule o titular dos dados exclui, automaticamente e sem necessidade de quaisquer ponderações adicionais em torno da *necessidade para a sua execução*, a hipótese de que o tratamento de dados pessoais se baseie no artigo 6.º, n.º 1, al. b) do RGPD.

fossem os deveres de informação a que o responsável pelo tratamento está obrigado nos termos do artigo 12.º e 13.⁷⁷ do RGPD, a sua execução implicaria o tratamento dos seus dados pessoais de um determinado modo e com determinados limites. Ao celebrar um negócio para a execução do qual o tratamento dos seus dados pessoais é necessário, sabe o titular dos dados que a sua esfera de controlo sobre os seus dados pessoais cede perante o *pacta sunt servanda*, conclusão que é corroborada pela circunstância de não gozar do direito de se opor ao tratamento suportado nesse fundamento de licitude (artigo 21.º, n.º 1, *a contrario*, do RGPD), salvo quando o tratamento tenha por finalidade o *marketing* direto (artigo 21.º, n.º 2 e 3 do RGPD).

3.2. A *necessidade* para a execução do contrato. Em especial, as Diretrizes 2/2019 do CEPD

3.2.1. A amplitude do conceito indeterminado

Uma leitura do artigo 6.º, n.º 1, al. b), do RGPD permite, com facilidade, identificar a *necessidade* como o requisito-chave deste fundamento de licitude. Porém, o RGPD não o densifica: não avança, por exemplo, quaisquer critérios para aferir o que se deverá entender como tal, nem distingue entre tipos de necessidade (e.g., uma necessidade operacional, uma necessidade jurídica, uma necessidade económica)⁷⁸. Cumpre, pois, ao aplicador interpretá-lo adequadamente, e tendo em conta a *soft law* interpretativa que haja sido emitida a seu respeito, no sentido de dar ao referido conceito indeterminado a restritividade necessária imposta pela tutela da posição jurídica do titular dos dados, sem, contudo, coartar o racional que terá presidido ao seu desenho pelo legislador europeu.

Neste exercício, importa uma especial menção às Diretrizes 2/2019, emitidas pelo CEPD, através das quais procurou fornecer orientações sobre a interpretação e extensão a dar a este fundamento de licitude no quadro da prestação de serviços da sociedade da informação⁷⁹.

⁷⁷ *Maxime*, conforme já referido, “a comunicação de dados pessoais constitui ou não uma obrigação legal ou contratual, ou um requisito necessário para celebrar um contrato, bem como se o titular está obrigado a fornecer os dados pessoais e as eventuais consequências de não fornecer esses dados” (artigo 13.º, n.º 2, al. e) do RGPD).

⁷⁸ Discute-se, também, se as obrigações cuja execução é suscetível de ficar coberta por este fundamento de licitude são só as do responsável pelo tratamento ou se, por outro lado, também as do titular dos dados o poderão ser. Não entraremos nessa discussão, uma vez que a tese que defendemos no presente trabalho apoia-se no equilíbrio sinalagmático do contrato globalmente considerado, sendo independente da qualidade do obrigado para efeitos de direito da proteção de dados e das concretas obrigações em causa. Sobre esta matéria, cf. MARTIN SCHMIDT-KESSEL, “Right to Withdrawn Consent...”, in *Data as Counter-Performance...*, *ob. cit.*, pp. 132-134.

⁷⁹ A Diretiva (EU) 2015/1535 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 9 de setembro de 2015, relativa a um procedimento de informação no domínio das regulamentações técnicas e das regras relativas aos serviços da sociedade da informação, define estes serviços como “qualquer serviço prestado normalmente mediante remuneração, à distância, por via eletrónica e mediante pedido individual de um destinatário de serviços” (artigo 1.º, n.º 1, al. b)). É de notar que esta definição não esclarece se o fornecimento de dados pessoais se poderá considerar como “remuneração” para efeitos do preenchimento dos seus requisitos. Contudo, o TJUE já decidiu que, pese embora a “remuneração” seja um elemento imprescindível desta definição, a mesma não pressupõe que os serviços sejam financiados necessariamente pelo próprio beneficiário. Cf. COMITÉ EUROPEU DE PROTEÇÃO DE DADOS, *Diretrizes 2/2019...*, *ob. cit.*, §3, p. 4, Acórdão *Papasavvas* (Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia (Sétima Secção), de 11 de setembro de 2014, proferido no âmbito do processo C-291/13), e Acórdão *McFadden* (Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia (Terceira Secção), de 15 de setembro de 2016,

Em geral, o CEPD nota que a avaliação sobre a *necessidade* de uma determinada operação de tratamento de dados pessoais não se basta com uma análise sobre se o seu clausulado prevê o tratamento dos dados pessoais. O preenchimento desse conceito deve levar em consideração os valores norteadores e princípios e regras limitativos do tratamento de dados pessoais estabelecidos na lei, em respeito da natureza jusfundamental do direito em causa. Assim — acrescentamos nós —, fica patente que, delimitando o conceito pela negativa, o CEPD exclui do âmbito do artigo 6.º, n.º 1, al. b), do RGPD o tratamento de dados pessoais previsto num dado pacote contratual e que careça de uma conexão fundamental e inerente ao cerne do objeto contratual⁸⁰.

Assim, e em linha com anteriores orientações emitidas pelo GRUPO DE TRABALHO DO ARTIGO 29.º⁸¹, o CEPD defende uma interpretação restritiva sobre o que deverá entender-se por *necessário para a execução de um contrato*, excluindo do seu campo de aplicação todas as operações de tratamento de dados pessoais que, não sendo necessárias, sejam impostas unilateralmente ao titular dos dados pelo responsável pelo tratamento, como condição *sine qua non* para a celebração do contrato⁸². Assim, se as mesmas finalidades puderem ser prosseguidas através de meios alternativos menos invasivos da esfera de privacidade do titular dos dados e que sejam *realisticamente implementáveis*⁸³, as mesmas não poderão ficar cobertas pelo artigo 6.º, n.º 1, al. b), do RGPD⁸⁴.

Gera-se aqui, todavia, a dúvida sobre o que deve considerar-se como uma *alternativa menos intrusiva e realisticamente implementável*. A este respeito, deve tomar-se em consideração que, sendo certo que a ponderação da adequação deste fundamento de licitude deve ser realizada em momento anterior à celebração do contrato, é ao controlo da posterior execução deste (melhor, é por referência às operações de tratamento de dados pessoais que se realizem durante a, e no contexto da, vigência deste⁸⁵) que a sua proteção se destina. Isto é, esse

proferido no âmbito do processo C-484/14).

⁸⁰ O COMITÉ EUROPEU DE PROTEÇÃO DE DADOS, *Diretrizes 2/2019...*, *ob. cit.*, §27, p. 9, aponta como elemento interpretativo o artigo 7.º, n.º 4 do RGPD. Segundo esta entidade, “esta disposição estabelece, a título ilustrativo, uma distinção entre as atividades de tratamento necessárias para a execução de um contrato e as cláusulas que tornam o serviço subordinado a determinadas atividades de tratamento que não são, de facto, necessárias para a execução do contrato”. Assim, num cenário em que um fornecedor de um serviço digital pago, como um serviço de armazenamento em nuvem, faça depender o fornecimento desse serviço não só ao pagamento do preço, mas também à partilha do seu IP para efeitos de monitorização geográfica dos acessos à *cloud* para fins estatísticos, o tratamento de dados pessoais para este efeito não configura, no entender do CEPD, uma necessidade no âmbito daquele concreto contrato.

⁸¹ GRUPO DE TRABALHO DO ARTIGO 29.º, *Parecer 06/2014 do sobre o conceito de interesses legítimos do responsável pelo tratamento na aceção do artigo 7.º da Diretiva 95/46/CE (WP217)*, adotado em 9 de abril de 2014. Neste Parecer, lê-se, por exemplo, que “...deve ser interpretada de forma estrita e não abrange as situações nas quais o tratamento não seja verdadeiramente necessário para a execução de um contrato, mas sim imposto unilateralmente à pessoa em causa pelo responsável pelo tratamento. Também o facto de determinado tratamento de dados ser abrangido por um contrato não significa automaticamente que o tratamento é necessário para a execução desse contrato.”

⁸² Pensemos, *e.g.*, no tratamento de dados pessoais para efeitos de integração do cliente na componente social de uma plataforma paga de *streaming* de música, na qual o cliente poderá partilhar as suas audições e interagir com a sua rede de contactos. Levantam especial preocupação as situações de *bundle* de serviços, através das quais o responsável pelo tratamento agregue num único pacote contratual diferentes serviços, ou diferentes componentes do mesmo serviço, com diferentes contornos e que impliquem o tratamento de dados pessoais para diferentes finalidades. A falta de granularidade dos serviços pode implicar um cruzamento de finalidades entre os diversos serviços ou componentes, ao controlo dos quais o direito sobre a proteção de dados deverá ficar particularmente atento.

⁸³ Cf. CHRISTOPHER KUNER *et al*, *The EU General Data Protection...*, p. 331.

⁸⁴ No mesmo sentido, cf. EUROPEAN DATA PROTECTION SUPERVISOR, *Opinion 4/2017...*, *ob. cit.*, §52, pp. 14-15.

⁸⁵ Para efeitos deste trabalho, estamos a desconsiderar, porque irrelevante, os casos em que o fundamento de

exercício de ponderação deverá assumir um cenário de efetiva celebração e vigência do contrato, porquanto é precisamente o seu *status* vinculativo, e o regime que lhe é aplicável, que justifica o próprio recurso a este fundamento de licitude. Assim, o exercício de aferição deverá ter por base factual o próprio universo do contrato a celebrar e o seu *objetivo fundamental*⁸⁶, tal como percecionado pelo responsável pelo tratamento e por um razoável titular dos dados pessoais — ideia que nos remete para o cumprimento das prestações inseridas no âmbito do sinalagma. Se assim é, tendemos a concluir que a ponderação das alternativas não poderá ignorar os termos em que o clausulado (sobretudo o que compõe o sinalagma) assentará, daí decorrendo que não se deverão considerar como *alternativas menos intrusivas e realisticamente implementáveis* aquelas que impliquem uma alteração ao núcleo do programa contratual, sobretudo o que diga respeito aos termos do cumprimento dos deveres de prestação principal, em desrespeito do princípio do cumprimento pontual do contrato.

Cumpre ainda referir o ensinamento de A. BARRETO MENEZES CORDEIRO⁸⁷, segundo o qual tem vindo a ser defendido que “*por necessário não se entende, por um lado, indispensável nem, por outro, útil ou vantajoso. O simples facto de desse tratamento resultarem menores custos, temporais ou monetários, para o titular dos dados/cliente, não basta para preencher este requisito*”. Daqui, ressalta, cremos, uma lição fundamental: a de que o preenchimento do requisito não se basta com a mera atribuição, ao titular dos dados, com o tratamento dos seus dados pessoais, de um benefício (operacional ou económico), no âmbito daquela relação contratual, sendo necessário uma análise mais profunda, atenta a própria lógica interna e dinâmica contratual.

Em qualquer caso, essa análise deverá tomar em consideração a *extra* ou a *intrassinagmaticidade*⁸⁸ do benefício em causa. A mera atribuição de uma vantagem ou utilidade suplementar, não essencial e que não constitua, em si mesma, a vantagem que o titular dos dados visa obter com o dever de prestação principal da contraparte⁸⁹, não deverá ser confundida com a necessidade do tratamento para a viabilização deste último, enquanto motor e possibilitador do cumprimento do objetivo jurídico-social do contrato celebrado. Por estar em causa, neste último caso, a própria razão de ser do contrato, a noção de *necessidade* deve ser interpretada num sentido que não comprometa o equilíbrio económico e a justiça do sinalagma assumido, interpretado no contexto da própria lógica e funcionamento económico do contrato em causa.

licitude do artigo 6.º, n.º 1, al. b) do RGPD é utilizado para basear o tratamento de dados pessoais em fase pré-contratual.

⁸⁶ A expressão é de GRUPO DE TRABALHO DO ARTIGO 29.º, *Parecer 06/2014...*, *ob. cit.*, recordada por CHRISTOPHER KUNER *et al*, “*The EU General Data Protection...*”, p. 331: “*Assessment of necessity also involves ascertaining the basic purpose of the contract, and this purpose should be identified not just from the controller’s perspective but also from the perspective of a ‘reasonable data subject’ when entering into the contract.*”

⁸⁷ Cf. A. BARRETO MENEZES CORDEIRO, *Comentário ao Regulamento Geral de Proteção de Dados...*, *ob. cit.*, p. 112.

⁸⁸ Para uma análise sobre o âmbito do sinalagma, cf. RIBEIRO DE FARIA, *Direito das Obrigações*, vol. I, 2.ª ed., Coimbra, Almedina, 2020, pp. 245-247.

⁸⁹ Cf. o mesmo exemplo, acima referido, acerca da componente social de uma plataforma de serviço de *streaming* de música.

3.2.2. A avaliação da existência, em concreto, de uma “necessidade”

O CEPD propõe, nas Diretrizes 2/2019, as suas orientações que permitem avaliar, no caso concreto, a existência de uma “necessidade” de tratamento de dados pessoais para a execução de um contrato, as quais procuraremos resumir de seguida.

Esta entidade identifica dois momentos no processo de avaliação sobre a existência de uma verdadeira necessidade que permita espoletar a aplicação do artigo 6.º, n.º 1, al. b), do RGPD. *Num primeiro momento*, cumpre ao responsável pelo tratamento *identificar as finalidades*⁹⁰ do tratamento em causa. *Num segundo momento*, cumpre-lhe avaliar, objetivamente, se a prossecução das finalidades identificadas depende, *sine qua non*⁹¹, do tratamento de dados pessoais. Se o responsável pelo tratamento concluir pela positiva neste segundo momento, as operações de tratamento de dados pessoais que permitam prosseguir as finalidades identificadas (e só essas operações) ficarão cobertas pelo fundamento de licitude estabelecido no artigo 6.º, n.º 1, al. b) do RGPD, em respeito do princípio da limitação das finalidades.

Neste exercício, a necessidade do tratamento para a execução do contrato deve poder ser demonstrada atendendo ao “*objeto contratual fundamental e mutuamente compreendido*”⁹² por um titular dos dados razoável. Isto é, o responsável pelo tratamento deverá assegurar-se de que o titular dos dados médio compreende que o *objeto contratual fundamental* implica que a contraparte, enquanto responsável pelo tratamento de dados pessoais, trate os seus dados pessoais de um determinado modo e com determinados limites.

Assim, a CEPD propõe algumas questões a que o responsável pelo tratamento deverá responder e que constituirão um suporte para a avaliação sobre se o artigo 6.º, n.º 1, al. b), do RGPD poderá fundamentar uma concreta operação de tratamento de dados pessoais: (i) qual é a natureza do serviço prestado ao titular dos dados e quais são as suas características distintivas?; (ii) qual é a lógica exata do contrato (ou seja, a sua substância e o seu objeto fundamental)?; (iii) quais são os elementos essenciais do contrato?; (iv) quais são as perspetivas e expectativas mútuas das partes do contrato?; (v) como é promovido ou anunciado o serviço ao titular dos dados?; (vi) um utilizador comum do serviço esperaria de forma razoável que, tendo em conta a natureza do serviço, viesse a ser realizado o tratamento previsto para a execução do contrato de que é parte?

⁹⁰ As finalidades, uma vez identificadas, devem naturalmente ser especificadas e comunicadas ao titular dos dados, em respeito das obrigações de limitação das finalidades, de transparência do responsável pelo tratamento, de informação e de lealdade para com o titular dos dados pessoais — cf., por exemplo, artigo 5.º, n.º 1, als. a) e b), bem como artigo 13.º do RGPD.

⁹¹ O tratamento de dados pessoais deve, não só se ser suscetível de alcançar a finalidade identificada, como deve ainda constituir a hipótese de ação menos intrusiva e invasiva da esfera de privacidade do titular dos dados. Isto é, se existirem “*alternativas realistas e menos intrusivas*, o tratamento não é «necessário» à execução do contrato — cf. COMITÉ EUROPEU DE PROTEÇÃO DE DADOS, *Diretrizes 2/2019...*, ob. cit., §27, p. 9.

⁹² Cf. *idem*, §32, p. 10.

3.2.3. As especificidades do tratamento dos dados pessoais para efeitos de publicidade comportamental em linha

De modo a ilustrar a sua interpretação, o CEPD olha de perto sobre a aplicabilidade do artigo 6.º, n.º 1, al. b), do RGPD em certas situações específicas. Uma dessas situações prende-se com o tratamento dos dados pessoais para efeitos de publicidade comportamental (ou personalizada) em linha⁹³, que constitui (embora não as esgote) uma das finalidades tipicamente associadas ao tratamento de dados pessoais fornecidos enquanto contraprestação em contratos “gratuitos”⁹⁴. Referimo-nos às operações de monitorização dos comportamentos em linha dos titulares dos dados (o histórico de compras *online*, os *websites* visitados, os “gostos” e partilhas efetuados, entre outros), tendo em vista curar e dirigir ao titular dos dados anúncios talhados ao seu perfil de interesses. A publicidade comportamental, porque suscita questões de particular sensibilidade no direito da proteção de dados — designadamente em matéria de definição de perfis e tomada de decisões automatizadas —, justifica, em alguns aspetos, um regime mais denso, designadamente a Lei n.º 41/2004, de 18 de agosto, que transpôs a Diretiva ePrivacy.

De acordo com a CEPD, “*regra geral*”, a publicidade personalizada não constitui um tratamento necessário para a execução de um contrato de serviços em linha, uma vez que se revelaria complexo demonstrar que a execução das obrigações que compõem o núcleo central do objeto contratual depende da publicidade comportamental. Esta ideia, acrescenta o mesmo organismo, é reforçada pelo facto de que, nos termos do artigo 21.º, n.ºs 2 e 3, do RGPD, o titular dos dados mantém o direito de se opor ao tratamento de dados pessoais realizado para finalidades de *marketing* direto.

O CEPD acrescenta que a circunstância de esta publicidade permitir o financiamento (indireto) da prestação do serviço não é suficiente para que, sem mais, se considere a mesma como uma necessidade para a execução do contrato⁹⁵. O mesmo é dizer que a existência de um nexo entre a publicidade comportamental e o financiamento do serviço não constitui uma presunção de necessidade à execução do contrato; ao invés, é necessário testar essa ligação através da resposta às questões acima referidas, e que, em geral, deverão sempre colocar-se.

Do exposto decorre, portanto, que, o CEPD vê com desconfiança que, para finalidades de publicidade comportamental, os dados pessoais sejam tratados com base no artigo 6.º, n.º 1, al. b), do RGPD. Contudo, reconhecendo embora a complexidade da demonstração, não parece

⁹³ Para um desenho aprofundado sobre as suas implicações, cf. GRUPO DE TRABALHO DO ARTIGO 29.º, *Parecer 2/2010 sobre publicidade comportamental em linha*, em 22 de junho de 2010.

⁹⁴ Conforme revela PATRÍCIA FILIPA PEREIRA CARNEIRO, “*Coisificação dos dados pessoais...*”, *ob. cit.*, pp. 6 e ss., a expressão económica da publicidade personalizada nos modelos de negócio suportados na economia dos dados é particularmente visível no caso da *Meta (Facebook)*, que, à data desse texto, revelava ser essa a sua principal fonte de receita.

⁹⁵ Em ligação a esta ideia de que a necessidade para o financiamento indireto de um serviço, por si só, não determina a necessidade do tratamento de dados pessoais, o CEPD aponta também que, em conformidade com GRUPO DE TRABALHO DO ARTIGO 29.º, *Documento de Trabalho 02/2013 dando orientações sobre a obtenção de consentimento para testemunhos de conexão*, adotado em 2 de outubro de 2013, os responsáveis pelo tratamento devem obter o consentimento prévio dos titulares dos dados para colocar os *cookies* necessários para a realização de publicidade comportamental. Cf. COMITÉ EUROPEU DE PROTEÇÃO DE DADOS, *Diretrizes 2/2019...*, *ob. cit.*, §55, p. 16.

excluir à partida a viabilidade da mesma, remetendo a análise para o mesmo teste de viabilidade suportado no questionário que propõe.

3.3. A proposta de uma interpretação alternativa. Aplicação à Diretiva 2019/770

Feita esta breve, focada no essencial, incursão sobre a interpretação dada ao fundamento de licitude previsto no artigo 6.º, n.º 1, al. b), do RGPD, cumpre extrair dela algumas considerações dirigidas já para o tema que justifica o presente texto.

Em primeiro lugar, deve reconhecer-se que este fundamento de licitude tem vindo a ser encarado como legitimando aquelas operações de tratamento de dados pessoais que, em termos práticos e operacionais, se revelem necessárias à execução do contrato: é o exemplo do tratamento dos dados pessoais que constituem a morada do titular para efeitos de remessa de uma encomenda efetuada numa loja *online*⁹⁶. Se a ausência de um precedente jurisprudencial⁹⁷ que, de um modo evidente, revele a possibilidade de ser interpretado num eixo económico, e não estritamente operacional, provoca no aplicador alguma desconfiança sobre como o interpretar, julgamos dever ser relevada a circunstância de que a letra do RGPD, tal como interpretado pela *soft law* a que nos referimos acima, não se opõe a esta possibilidade⁹⁸.

Na verdade, e *em segundo lugar*, as Diretrizes 2/2019 apontam a necessidade de o teste de adequação deste fundamento de licitude ser efetuado em torno do “*objeto contratual fundamental e mutuamente compreendido*”. Daqui resultam algumas mensagens dignas de nota: (i) o reconhecimento, por parte do CEPD, da possibilidade de restrição contratual do direito à proteção de dados; (ii) o reconhecimento do papel volitivo e dispositivo do contrato em matéria de proteção de dados pessoais, numa função que nos parece próxima da do

⁹⁶ MARTIN SCHMIDT-KESSEL, “Right to Withdrawn Consent...”, in *Data as Counter-Performance...*, *ob. cit.*, pp. 132-134, parece referir-se a estes exemplos como operações de tratamento acessórias (*ancillary*), as únicas que, segundo uma interpretação do RGPD, cobertas pelo fundamento de licitude da alínea b) do n.º 1 do artigo 6.º do RGPD. O tratamento de dados pessoais fornecidos como contraprestação não constituiria uma operação de tratamento acessória, razão pela qual, à luz da referida interpretação, não poderia fundar-se no mesmo fundamento de licitude. Ainda que, como refere MARTIN SCHMIDT-KESSEL, esta distinção possa estar alinhada com a *ratio* que subjazeu à introdução deste fundamento de licitude no direito da proteção de dados pessoais (previamente ao recrudescimento dos modelos de negócio apoiados na economia dos dados), não cremos que esta interpretação tenha cabimento na letra do RGPD (e cuja interpretação não pode ignorar a existência e as especificidades jurídico-contratuais destes modelos de negócio).

⁹⁷ Sobre o conceito de “necessidade” para efeitos do artigo 7.º, al. f) da Diretiva 95/46/CE, mas sem qualquer contributo relevante para o nosso trabalho, cf. Acórdão *Huber* (Acórdão do Tribunal de Justiça (Grande Secção), de 16 de dezembro de 2008, proferido no âmbito do processo C-524/06) e Acórdão *Rigas* (Acórdão do Tribunal de Justiça (Segunda Secção), de 4 de maio de 2017, proferido no âmbito do processo C-13/16). Pese embora a escassa relevância, fazemos referência a estas decisões jurisprudenciais porque, entre algumas outras de relevo argumentativo igualmente diminuto, são as elencadas em COMITÉ EUROPEU DE PROTEÇÃO DE DADOS, *Diretrizes 2/2019...*, *ob. cit.*, notas 15, 16 e 19, p. 8.

⁹⁸ Notamos, porém, a reticência de ANDREAS SATTLER, “Autonomy or Heteronomy — Proposal for a two-tier interpretation of Art. 6 GDPR”, in SEBASTIAN LOHSSE, REINER SCHULZE, DIRK STAUDENMAYER (eds. *lits.*), *Data as Counter-Performance — Contract Law 2.0?*, 5th Münster Colloquia on EU Law and the Digital Economy V. Baden-Baden, Nomos/Hart Publishing, 2020, pp. 241-242, em admitir uma interpretação extensiva deste fundamento de licitude, “descolada” da letra das Diretrizes 2/2019.

consentimento; (iii) o reforço da necessidade de esclarecimento do objeto contratual fundamental, como capacitadora desse mesmo papel volitivo do contrato; e (iv) o reconhecimento de que o funcionamento e lógica interna do *objeto contratual fundamental* assume uma importância decisiva neste exercício de hermenêutica. Assim, a própria teleologia do artigo 6.º, n.º 1, al. b), do RGPD, encontra-se direcionada, ainda que de um modo meramente mediato, para a tutela da execução do contrato e da satisfação do interesse que, através dele, o titular dos dados visou obter — sobretudo tendo, no mesmo ato, concedido no tratamento dos seus dados pessoais, nomeadamente aqueles que haja fornecido como contraprestação.

Em terceiro lugar, a compreensão, pelo titular dos dados, da dinâmica do modelo de negócio do profissional, inclusive (e sobretudo) dos termos do tratamento dos dados pessoais fornecidos como contraprestação, em momento prévio à celebração do contrato, é crucial à determinação da força da declaração negocial do titular dos dados e, por isso, à sustentabilidade d(a necessidade para execução d)o contrato enquanto fundamento de licitude. Assim, só um clausulado *completo*⁹⁹, claro e que haja sido efetivamente esclarecido ao titular dos dados, colocando-o a par dos termos em que os dados fornecidos como contraprestação serão tratados, será capaz de munir o consumidor dos instrumentos necessários à formação da sua vontade.

Assim, e em jeito de remate, cremos existir abertura, no RGPD, para que o conceito de *necessidade* do tratamento de dados pessoais para a execução de um contrato abarque outras situações que, não respeitando a aspetos operacionais da execução do contrato¹⁰⁰, ainda assim sejam atendíveis à luz das suas lógicas intrínsecas e dos princípios que os norteiam. Estudaremos, abaixo, o modo como os contratos de fornecimento de conteúdos e serviços digitais a troco de dados pessoais, tal como a Diretiva 2019/770 e o Decreto-Lei n.º 84/2021, de 18 de outubro, os configuram, poderão beneficiar desta abertura, sem, todavia, deixar de sublinhar o esclarecimento pré-contratual do titular dos dados como pedra-de-toque nesta avaliação.

Por último, é importante frisar que o tratamento de dados pessoais fornecidos como contraprestação engloba um vasto universo de realidades. Assim, uma análise conjugada, caso a caso, de elementos como a categoria dos dados pessoais a tratar (sobretudo se se tratar de categorias especiais de dados¹⁰¹), as especificidades do concreto titular (por exemplo, tratando-se de um menor) ou a finalidade do tratamento (designadamente, como vimos, em caso de publicidade comportamental em linha), será determinante para encontrar, em concreto, o fundamento de licitude mais adequado.

⁹⁹ Não bastando, por isso, o cumprimento do ónus de comunicação e dos deveres de conhecimento, previstos nos artigos 5.º e ss. do Regime das Cláusulas Contratuais Gerais, sobre um clausulado *cherry-picked* que não espelhe toda a realidade do negócio.

¹⁰⁰ Como aqueles que, de resto, e como acima referido, nos parecem permitir preencher a parte final do artigo 3.º, n.º 3, al. b) do Decreto-Lei n.º 84/2021, de 18 de outubro, e o artigo 3.º, n.º 1, *in fine*, da Diretiva 2019/770.

¹⁰¹ Cf. artigo 9.º do RGPD.

4. A utilização de dados pessoais como contraprestação e o seu reflexo no equilíbrio contratual

Tecidas que estão as considerações que se nos reputam essenciais, do prisma da proteção de dados pessoais, quanto à amplitude do fundamento de licitude previsto no artigo 6.º, n.º 1, al. b), do RGPD, cumpre-nos agora uma reflexão, tomando por base a lei civil portuguesa, sobre o modo como a lógica, funcionamento e regime jurídico inerentes aos contratos de fornecimento de conteúdos ou serviços digitais em que tenham sido fornecido dados como contraprestação, poderão contribuir para suportar o tratamento desses dados como uma condição necessária ao cumprimento do contrato. Com efeito, cremos que a análise sobre se aquele fundamento de licitude cobre, *in casu*, as operações de tratamento de dados pessoais em causa, à luz das Diretrizes 2/2019, depende de uma compreensão prévia sobre a lógica interna do contrato em causa, sobre a conexão entre as prestações que compõem o seu *objeto fundamental*, sobre o papel da monetização dos dados pessoais nesse contexto e, naturalmente, sobre a perceção das partes (*maxime*, do consumidor/titular dos dados pessoais) quanto à sua dinâmica.

4.1. Classificação do contrato

Um dos aspetos essenciais, e preliminares, deste exercício prende-se com o apuramento da classificação do contrato, enquanto sinalagmático ou não-sinalagmático, por um lado, e enquanto gratuito ou oneroso, por outro. A importância desta etapa é clara: uma compreensão dos contornos mais gerais do contrato permitir-nos-á determinar o regime jurídico aplicável e, a partir dele, dissertar mais a fundo sobre os princípios e valores que o norteiam¹⁰².

4.1.1. Contrato sinalagmático ou não-sinalagmático

Sumariamente, o fator de distinção entre estas categorias de contratos prende-se com a circunstância de existir, ou não, um conjunto de obrigações, de ambas as partes, ligadas por um nexo de reciprocidade (o sinalagma) que torne uma dependente da outra. Assim, segundo MENEZES CORDEIRO¹⁰³, um contrato será sinalagmático ou não sinalagmático consoante dê “lugar

¹⁰² Questão não menos importante do que a classificação do contrato enquanto oneroso/gratuito ou sinalagmático/não sinalagmático tem que ver com a sua qualificação no eixo da tipicidade-atipicidade contratual e determinação do respetivo regime. Sobre o tema, que não abordaremos, cf. RUI PINTO DUARTE, *Tipicidade e Atipicidade dos Contratos*, Coimbra, Almedina, 2000. Sobre a qualificação dos contratos em que sejam fornecidos dados pessoais como contraprestação, enquanto contratos de compra e venda ou de permuta, cf. MATILDE LOPES BETTENCOURT, “A proteção do consumidor...”, *ob. cit.*, p. 432.

¹⁰³ Cf. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, vol. II, 5.ª ed., Coimbra, Almedina, 2021, p. 92. O autor chama ainda a atenção para a imprecisão gerada pela equivalência operada por alguma doutrina, e pela própria lei (cf., por exemplo, artigos 410.º, n.º 2 e 428.º do Código Civil) entre contrato bilateral e sinalagmático, por um lado, e unilateral e não-sinalagmático, por outro. Segundo o Autor, todos os contratos são, no mínimo, bilaterais, porquanto têm mais de uma parte, “sendo menos correto utilizar depois esses mesmos termos com outro

a obrigações recíprocas, ficando as partes, em simultâneo, na situação de credores e devedores ou, pelo contrário, apenas facultem uma prestação". Na noção de RIBEIRO DE FARIA, um contrato será sinalagmático quando dele "resultam obrigações para ambas as partes".

Terminologicamente, esta distinção decorre, como se disse, da existência de um sinalagma, que traduz a ideia da "união" entre as obrigações assumidas por ambas as partes contratuais. Dito de outro modo, aquele traduz-se na relação de causalidade, corresponsabilidade e mútua dependência que une ambos os membros da equação contratual¹⁰⁴. Falamos de *sinalagma genético* quando essa relação se reporta ao momento da celebração do contrato, e de *sinalagma funcional* quando a mesma se "manifesta e releva durante a vida do contrato, designadamente quanto à simultaneidade do cumprimento"¹⁰⁵.

A existência de uma união *umbilical* de obrigações justifica, em si mesma, a categorização autónoma de um contrato como sinalagmático, sujeitando-o a um regime jurídico de proteção acrescida em face daquela oferecida aos contratos não-sinalagmáticos — designadamente concedendo às partes do primeiro a possibilidade de recorrerem à exceção de não cumprimento (a que nos referiremos adiante). E assim se justifica porque, apoiado no brocardo latino "do ut des", na base do sinalagma está, julgamos, não só a ideia de que uma parte só aceita obrigar-se porque vai igualmente obter um benefício, mas também, e sobretudo, a de que cada parte entende que a própria *medida e substância* da vantagem que irá obter retribui, numa medida justa, o sacrifício que a mesma está disposta a suportar. É essa a razão, por exemplo, que justifica que, citando RIBEIRO DE FARIA¹⁰⁶, "a ofensa à lei ou aos bons costumes ou a impossibilidade originária de uma das obrigações não deixam confinar os seus efeitos à obrigação a que directamente respeitam, antes estendem a nulidade a todo o contrato bilateral (arts. 280.º e 401.º, 1)", e que "o não cumprimento ou um cumprimento defeituoso condiciona o direito à contraprestação", indiciando o forte "entrelaçamento" entre as obrigações a que se refere o mesmo autor¹⁰⁷.

Ora, cremos que os contratos (logo que bem formados, compreendidos e aceites pelas partes) em que dados pessoais sejam fornecidos como contraprestação pelo fornecimento de serviços ou conteúdos digitais são sinalagmáticos, uma vez que as prestações que compõem o sinalagma estão interligadas por um nexo de causalidade: o profissional só aceita obrigar-se (predispondo, sendo o caso, cláusulas contratuais gerais desenhadas nesse sentido) caso o consumidor forneça os seus dados pessoais, e este só aceita¹⁰⁸ fornecer os seus dados pessoais

significado".

¹⁰⁴ RIBEIRO DE FARIA, *Direito das Obrigações*, ob. cit., p. 243, sublinha mesmo, de um modo expressivo, o elemento volitivo que preside à intenção de celebrar um contrato bilateral, explicando que as partes *querem* "apenas obrigar-se num nexo incindível com a obrigação que o outro por sua vez contrai". Adiante, *idem*, p. 246, explica ainda que, em princípio, só os deveres de prestação principal se encontram ligados pelo sinalagma, ainda que, em certos casos, a relação de reciprocidade se possa expandir para deveres secundários de prestação ou deveres de conduta.

¹⁰⁵ Cf. ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, ob. cit., p. 361, e RIBEIRO DE FARIA, *Direito das Obrigações*, ob. cit., pp. 245 e ss.

¹⁰⁶ Cf. RIBEIRO DE FARIA, *Direito das Obrigações*, ob. cit., p. 245 e p. 248, respetivamente.

¹⁰⁷ Numa perspetiva interessante, MARIA DE LURDES PEREIRA, *Conceito de prestação e destino da contraprestação*, Coimbra, Almedina, 2001, pp. 110 e ss., estuda o reflexo da interdependência das obrigações sinalagmáticas no regime do artigo 795.º do Código Civil. Sobre a impossibilidade da prestação, cf. CATARINA MONTEIRO PIRES, *Impossibilidade da Prestação*, reimp., Coimbra, Almedina, 2020.

¹⁰⁸ Questão relevante, mas distinta (a qual já antecipámos anteriormente e afluiremos adiante), tem a ver com

se obter a vantagem de beneficiar do conteúdo ou do serviço. Ambas as partes se assumem, no contrato, simultaneamente como credora e devedora¹⁰⁹.

4.1.2. Contrato gratuito ou oneroso

Diversamente da distinção anterior, a característica distintiva desta classificação prende-se, não com a atribuição de obrigações recíprocas às partes, mas com a circunstância de o contrato implicar atribuições patrimoniais para uma ou ambas as partes¹¹⁰. Assim, RIBEIRO DE FARIA¹¹¹ nota que, nesta distinção, *“o que avulta é o conteúdo e a finalidade do negócio, o que está em causa é a função económica do contrato, do que se trata é determinar as atribuições patrimoniais que dele resultam”*, sendo um contrato oneroso *“se existirem atribuições patrimoniais de ambas as partes, desde que, debaixo do ponto de vista destas, haja uma equivalência ou equilíbrio entre as prestações efetuadas”*. Em sentido próximo, MOTA PINTO¹¹², refere que *“os negócios onerosos ou a título oneroso pressupõem atribuições patrimoniais de ambas as partes, existindo, segundo a perspectiva destas, um nexos ou relação de correspectividade entre as referidas atribuições patrimoniais”*, ensinando o mesmo autor que os negócios gratuitos se caracterizam *“pela intervenção de uma intenção liberal (animus donandi, animus beneficiandi)”*¹¹³.

a própria percepção do consumidor de que está não só a fornecer dados pessoais que servirão como contraprestação da vantagem que irá obter através do contrato, mas também de que o profissional os irá, depois, tratar — no fundo, a percepção de gratuidade destes serviços, a que nos referimos no capítulo introdutório deste trabalho. Em nosso entender, porém, essa discussão coloca-se, em termos lógicos, a montante da classificação do contrato enquanto sinalagmático ou não sinalagmático e com ela não contende: com efeito, para a categorização do contrato releva o conteúdo contratual propriamente dito, presumidamente bem formado e sem prejuízo da relevância da vontade das partes como elemento interpretativo do mesmo, nos termos gerais. Todavia, vale desde já salientar que, tratando-se de cláusulas contratuais gerais cujo conteúdo não haja sido devidamente exposto ao aceite nos termos dos artigos 5.º e ss. do Regime das Cláusulas Contratuais Gerais, as mesmas poderão ser consideradas excluídas dos contratos singulares em que foram apostas, com o risco de nulidade destes, caso a exclusão implique *“uma indeterminação insuprível de aspetos essenciais ou um desequilíbrio nas prestações gravemente atentatório da boa fé”* (artigo 9.º, n.º 2). Daí, o esclarecimento do consumidor, além de se tratar de um elemento fundamental no exercício de avaliação sobre a necessidade do tratamento dos seus dados pessoais para a execução do contrato nos termos acima expostos, terá, necessariamente, impacto no apuramento do seu real clausulado e, a jusante, na classificação e validade do acordo.

¹⁰⁹ Devemos chamar à atenção que não é pacífico que o consumidor-titular dos dados se obrigue, efetivamente, a fornecer dados pessoais. Sobre o tema, cf. AXEL METZGER, *“A Market Model for Personal Data: State of Play under the New Directive on Digital Content and Digital Services”*, *ob. cit.*, pp. 36-39. Não pretendendo aprofundar o tema, diremos apenas que, atenta a liberdade de exploração económica de direitos de personalidade, nos termos aprofundados no nosso trabalho, não vemos nenhuma razão para que, dentro desses limites, os dados pessoais não possam integrar o objeto contratual e, logo, o seu titular ficar obrigado ao complexo obrigacional tendente ao seu fornecimento ao profissional. Assim, será a interpretação do concreto clausulado contratual a dar a resposta sobre se, *in casu*, estamos perante uma obrigação do titular dos dados ou de uma vinculação de outra espécie, porventura ajurídica. Para o nosso exercício, por isso, tomamos por base a qualificação destes contratos como sinalagmáticos porque, ao nível académico, cremos que essa classificação é efetivamente possível (sendo ainda certo que, na prática, não vemos razões para que os prestadores de serviços “gratuitos”, enquanto predisponentes das cláusulas contratuais gerais que constituem os contratos em tese, não procurem efetivamente vincular o consumidor-titular dos dados a obrigações jurídicas).

¹¹⁰ A classificação do contrato determinará, por exemplo, o sentido em que a declaração negocial deverá ser interpretada, nos termos do artigo 237.º do Código Civil, ou a possibilidade de recurso à ação de impugnação pauliana, prevista nos artigos 610.º e ss. do Código Civil. Para uma súmula mais completa das diferentes abordagens possíveis acerca da distinção entre contratos gratuitos e onerosos, cf. MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *“Negócios onerosos e gratuitos...”*, *ob. cit.*, pp. 1810 e ss.

¹¹¹ Cf. RIBEIRO DE FARIA, *Direito das Obrigações*, *ob. cit.*, pp. 253-254.

¹¹² Cf. CARLOS MOTA PINTO, ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, PAULO MOTA PINTO, *Teoria Geral...*, *ob. cit.*, p. 400.

¹¹³ Sobre o nexos da equivalência, cf. tb. FRANCISCO MANUEL DE BRITO PEREIRA COELHO, *Contratos Complexos e*

Por outro lado, PAIS DE VASCONCELOS parece focar o cerne da distinção no jogo de contrapartidas objetivamente considerado: “os contratos onerosos são aqueles em que é estipulado um sistema de contrapartidas”, unido por um nexo de corresponsabilidade e equilibrado na perspetiva das partes, entendendo, por seu turno, os gratuitos como aqueles “em que à prestação principal não corresponde uma contrapartida, em cujo conteúdo se estipula uma atribuição patrimonial unilateral”¹¹⁴. O equilíbrio entre as contrapartidas de um contrato oneroso, porém, não tem necessariamente de corresponder a uma simetria efetiva e fáctica entre as prestações integrantes do sinalagma (diríamos, um equilíbrio *objetivo*), antes bastando que traduza uma equivalência relativa, perseguida e aceite contratualmente pelas partes, de acordo com as suas próprias valorações subjetivas, nas concretas circunstâncias de facto em que se apoiou a celebração do negócio (equilíbrio *subjetivo*)¹¹⁵. Assim, se à celebração de um negócio tiver presidido um *animus donandi*, o mesmo ter-se-á como gratuito; se, ao invés, as partes pretenderam atribuir à contraparte uma vantagem causalmente vinculada à vantagem que elas mesmas obtêm do contrato, estaremos perante um contrato oneroso¹¹⁶.

Ora, atentas as especificidades e implicações jurídicas de uma contraprestação sob a forma de dados pessoais, inerentes à sua proteção enquanto direito de personalidade e direito fundamental, revela-se complexo determinar a qualificação dos contratos em consideração¹¹⁷. Com efeito, se a ausência de um dispêndio pecuniário por parte do consumidor pode indiciar a gratuitidade do negócio¹¹⁸, a verdade é que esta análise não pode ignorar o valor económico

Complexos Contratuais, 1.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2014, pp. 145 e ss.

¹¹⁴ Cf. PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, PEDRO LEITÃO PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral...*, ob. cit., p. 451 e PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Contratos atípicos*, 2.ª ed., Coimbra, Almedina, 2009, pp. 140 e ss. e 378 e ss.

¹¹⁵ Adotamos uma posição alinhada com aquela que parece resultar de CARLOS MOTA PINTO, ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, PAULO MOTA PINTO, *Teoria Geral...*, ob. cit., p. 401 e MAFALDA MIRANDA BARBOSA, “Negócios onerosos e gratuitos...”, ob. cit., pp. 1815 e ss. Neste último escrito, a Autora salienta que do que se trata aqui é de um *subjetivismo mitigado*, explicando que “não se indicam intenções ocultas ou segundas intenções. Não se exige, para que o negócio seja qualificado como gratuito, que a atribuição patrimonial corresponda a um ato de altruísmo. O sujeito que atribui uma vantagem a outrem, não sendo compensado com uma contraprestação equivalente, pode fazê-lo por motivos egoístas. (...) Mas a intenção não pode ser oculta num outro sentido. De facto, implicando a qualificação e classificação do negócio jurídico, qualquer que ele seja, um prévio trabalho interpretativo, havemos de nos guiar pelo artigo 236.º CC. O que nos importa, portanto, é saber qual o sentido que um declaratório normal, colocado na posição do real declaratório, teria retirado da declaração de vontade. (...) A diferença está, portanto, entre a vontade e a motivação, não sendo esta relevante.”

¹¹⁶ Vale precisar e sublinhar que o critério fundamental para classificar um contrato como oneroso ou gratuito prende-se com a *intenção* das partes ao momento da sua celebração, e não com os efeitos objetivos do negócio no património das partes. Conforme ensina MENEZES CORDEIRO, “um negócio pode vir a revelar-se como imensamente lucrativo para uma das partes e ruinoso para a outra; nem por isso haverá gratuitidade: se as partes o não tiverem querido como tal, antes se verificará a presença de um negócio (oneroso) em desequilíbrio”. Cf. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, vol. II, ob. cit., p. 107.

¹¹⁷ Apesar das importantes implicações que esta classificação tem, ainda hoje, ao nível do regime aplicável, é, em nosso entender, uma fronteira cada vez mais artificial e que não permite responder com exatidão e clareza a várias realidades geradas pela dinâmica do comércio, capaz de nos demonstrar a existência de contratos que não se enquadram de um modo claro em qualquer uma das figuras de acordo com as suas conecções clássicas (pensemos, por exemplo, num contrato de prestação de serviços mútua, em que nenhuma das partes sofre um verdadeiro incremento ou dispêndio patrimonial ou pecuniário, ou num contrato de compra e venda em que a coisa é vendida por um preço meramente simbólico). Por essa razão, importa encarar este conceptual com a necessária e suficiente elasticidade, sob pena de não permitir a catalogação de inúmeros modelos contratuais factualmente praticados e, com isso, deixar indefinido o seu regime. Cf. PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, PEDRO LEITÃO PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, 9.ª ed. reimp., Coimbra, Almeida, 2022, p. 451.

¹¹⁸ Ou, pelo menos, indiciar a percepção, por parte do consumidor, de que o conteúdo ou o serviço digital em causa é fornecido a título de liberalidade, de acordo com o mecanismo de interpretação plasmado no artigo 236.º do Código Civil. Por outro lado, a este respeito, e apesar de tal não merecer dúvidas, HERVÉ JACQUEMIN chama a atenção de que a circunstância de a contraprestação assumir a forma de dados pessoais e não de dinheiro não impacta com a existência de um vínculo contratual. Cf. HERVÉ JACQUEMIN, “Contracting Around Privacy...”, ob. cit., p. 37.

dos dados pessoais¹¹⁹. Existem, em nosso entender, argumentos suficientes no sentido de demonstrar a onerosidade destes negócios.

Em primeiro lugar, e tal como ensina MAFALDA MIRANDA BARBOSA¹²⁰, a delimitação do campo de aplicação da Diretiva 2019/770 e do Decreto-Lei n.º 84/2021, de 18 de outubro, tem como ponto de partida e pressuposto a onerosidade dos contratos de fornecimento de conteúdos e serviços digitais, aplicando-se quando o “*consumidor pague ou se comprometa a pagar o respetivo preço*” (cf., respetivamente, artigo 3.º, n.º 1, e artigo 3.º, n.º 3, al. a))¹²¹. É em torno desse pressuposto que são estabelecidas as normas sobre a conformidade dos conteúdos ou serviços digitais, responsabilidade do profissional e meios de ressarcimento em caso de não fornecimento ou falta de conformidade do fornecimento, entre outros aspetos — disciplina que não nos parece compatível com o espírito de liberalidade inerente aos contratos gratuitos¹²². Nessa medida, a extensão da mesma disciplina, com pontuais adequações¹²³, aos contratos com fornecimento de dados pessoais como contraprestação constitui um forte argumento no sentido de que um pagamento com dados pessoais ao invés de dinheiro não altera a qualificação do contrato como oneroso.

Em segundo lugar, nestes novos modelos contratuais o cliente, limitando voluntariamente o “*direito de personalidade, permitindo que [o] terceiro tenha acesso a um círculo de reservas*”¹²⁴, apesar de não se obrigar a uma prestação pecuniária, obriga-se, ainda assim, a fornecer um bem com valor transacionável e suscetível de gerar um incremento patrimonial na esfera jurídica do credor. Do ponto de vista objetivo¹²⁵, assiste-se, pois, à compensação patrimonial, ainda que indireta, das prestações que compõem o sinalagma, o que concorre

¹¹⁹ De resto, a própria Comissão Europeia já manifestou que “[d]ado o aumento do valor económico dos dados pessoais, esses serviços não podem ser considerados como «gratuitos»”. Cf. Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho, que altera a Diretiva 93/13/CEE do Conselho, de 5 de abril de 1993, a Diretiva 98/6/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, a Diretiva 2005/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho e a Diretiva 2011/83/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, a fim de assegurar uma melhor aplicação e a modernização das normas da UE em matéria de defesa do consumidor, COM/2018/185 final — 2018/0090 (COD), p. 3. Sobre o valor económico dos dados pessoais e a sua comparação, distinção e articulação com a noção de “preço”, cf. MATILDE LOPES BETTENCOURT, “A proteção do consumidor...”, *ob. cit.*, p. 429, bem como PHILIPP HACKER, “Regulating the Economic Impact of Data as Counter-Performance...”, *ob. cit.*, pp. 48 e ss.

¹²⁰ Cf. MAFALDA MIRANDA BARBOSA, “Negócios onerosos e gratuitos...”, *ob. cit.*, pp. 1840 e ss.

¹²¹ Reconheça-se que a própria Diretiva 2019/770, no seu considerando 12, deixa ao direito nacional a qualificação jurídica dos contratos, enquanto, por exemplo, contrato de compra e venda, de prestação de serviços, de aluguer ou outro. Contudo, ainda assim este indício parece-nos importante, uma vez que revela a intenção que presidiu à definição da disciplina jurídica prevista nessa diretiva e que, grosso modo, foi estendida aos contratos em que o pagamento é efetuado com o fornecimento de dados pessoais.

¹²² Veja-se, por exemplo, o regime do contrato de doação (artigo 940.º e ss. do Código Civil), enquanto padrão de contrato gratuito. A transmissão de um direito ou coisa onerada ou viciada não gera, em princípio, responsabilidade para o doador, apesar de assistir um direito de anulação do negócio ao donatário (artigo 957.º do Código Civil).

¹²³ Por exemplo, no que diz respeito à possibilidade de resolução do contrato em caso de fornecimento de um conteúdo ou serviço digital com uma falta de conformidade menor (artigo 14.º, n.º 6, da Diretiva 2019/770 e artigo 37.º, n.º 5, do Decreto-Lei n.º 84/2021).

¹²⁴ Cf. MAFALDA MIRANDA BARBOSA, “Negócios onerosos e gratuitos...”, *ob. cit.*, p. 1843.

¹²⁵ Também neste ponto é de relembrar a questão da (não) perceção das partes quanto ao equilíbrio das prestações. Do ponto de vista do profissional, não temos dúvidas de que este planeia o seu modelo de negócio com a expectativa de poder vir a ser compensado através da monetização dos dados pessoais que receber, inexistindo por isso qualquer *animus donandi* na sua prestação. Por outro lado, do ponto de vista do consumidor médio, poderá existir a convicção da gratuitidade daquela prestação. Todavia, e tal como MAFALDA MIRANDA BARBOSA, “Negócios onerosos e gratuitos...”, *ob. cit.*, p. 1850, não cremos que essa diferença informacional contenda com a classificação do contrato como oneroso, sem prejuízo de indiciar, naturalmente, uma necessidade de reforço dos deveres de informação e transparência.

para a classificação do negócio como oneroso¹²⁶.

4.2. A proteção da equivalência das prestações integradas no sinalagma

No cume da lista de princípios fundamentais que enforma o direito das obrigações surge o princípio da autonomia privada¹²⁷ (artigo 405.º do Código Civil), do qual resulta que, na sua aceção de liberdade contratual, cada sujeito jurídico, dentro dos limites traçados pela lei, goza da faculdade de, através da celebração de contratos¹²⁸, cooperar com terceiros, de modo a satisfazer necessidades, de qualquer natureza (patrimonial, moral, pessoal), obtendo e/ou concedendo vantagens de um modo juridicamente tutelado. Daqui decorre, por isso, que, dentro dos mesmos limites, cada sujeito é livre de, obrigando-se a si mesmo a adotar certo comportamento, restringir a sua própria esfera de liberdade para atribuição de um benefício a terceiros¹²⁹.

É este, parece-nos, o efeito jurídico primacial da celebração de um contrato, enquanto modalidade de negócio jurídico, apoiado no reconhecimento e conformação, pelas partes, de que, dali em diante, estarão vinculados a determinados comportamentos, e pelo qual serão responsáveis¹³⁰. Com efeito, o princípio geral que assegura a razão de ser de um contrato é o do seu cumprimento pontual e de boa-fé (artigos 406.º e 762.º do Código Civil), que determina que, em princípio, não poderá ser unilateralmente modificável ou revogável.

4.2.1. A especial tutela do *pacta sunt servanda* num contrato sinalagmático

Sendo certo que o *pacta sunt servanda* é um princípio basilar e comum a qualquer contrato¹³¹,

¹²⁶ Segundo JULIETTE SÉNÉCHAL, "Article 16(2) of the 'Digital Content and Digital Services' Directive on the Consequences of Termination of Contract, or the Difficult Articulation between Union Law on Consumer Contract and Union Law on the Protection of Personal Data", in SEBASTIAN LOHSSE, REINER SCHULZE, DIRK STAUDENMAYER (eds.), *Data as Counter-Performance — Contract Law 2.0?, 5th Münster Colloquia on EU Law and the Digital Economy V*. Baden-Baden, Nomos/Hart Publishing, 2020, pp. 157-160, a jurisprudência francesa tem sido lapidar em considerar estes contratos como onerosos.

¹²⁷ Cf. ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, 12.ª ed. reimp., Coimbra, Almedina, 2020, p. 113.

¹²⁸ Enquanto, na aceção de CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Contratos*, vol. I, 7.ª ed., Coimbra, Almedina, 2022, p. 34, "acordo formado por duas ou mais declarações que produzem efeitos jurídicos conformes ao significado do acordo obtido".

¹²⁹ Nas palavras de CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Contratos*, vol. I, *ob. cit.*, p. 35, "onde vigora o princípio da liberdade contratual (artigo 405.º), o acordo entre quaisquer pessoas pode, salvo limitações legais, ter como efeito a alteração de quase todas as situações jurídicas de que qualquer delas é titular, nos precisos termos do acordo que entre si estabeleceram". Sobre a distinção entre autodeterminação e autonomia privada, cf. JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, *O Problema do Contrato — As Cláusulas Contratuais Gerais e o Princípio da Liberdade Contratual*, Coimbra, Almedina, 1999, pp. 21 e ss.

¹³⁰ Cf. JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, *O Problema do Contrato...*, *ob. cit.*, pp. 63 e ss.

¹³¹ Ainda assim, em certas circunstâncias, a lei admite exceções ao princípio *pacta sunt servanda*, sendo o exemplo mais paradigmático o do regime da alteração superveniente das circunstâncias, previsto no artigo 437.º do Código Civil. Com particular interesse para o presente texto destacamos a exceção imposta pelo artigo 81.º,

sem prejuízo das suas exceções, é no regime dos contratos sinalagmáticos que revela toda a sua força e amplitude. Para que se consiga compreender a profundidade da tutela do sinalagma, importa atentar àquela que é a manifestação mais sonante do regime do contrato sinalagmático: a exceção de não cumprimento (artigos 428.º a 431.º do Código Civil)¹³².

Nos termos do artigo 428.º do Código Civil, a existência de um sinalagma justifica que um devedor possa recusar o cumprimento da sua obrigação¹³³ enquanto a contraparte não cumprir a sua ou assegurar o cumprimento simultâneo, salvo existindo prazos diferentes para o cumprimento das prestações¹³⁴. O artigo 429.º do Código Civil vai ainda mais longe nesta tutela, ao conferir às partes a faculdade de, mesmo que obrigadas a cumprir em primeiro lugar, recusar fazê-lo enquanto a contraparte não cumpra ou garanta cumprir, caso, posteriormente à celebração do contrato, se verifique alguma circunstância que implique a perda do benefício do prazo (artigos 780.º a 782.º e 934.º do Código Civil). Estas circunstâncias prendem-se, em suma, com o risco de que o cumprimento da contraprestação possa estar comprometido, designadamente em virtude do deterioramento da situação económica do obrigado¹³⁵.

O objetivo fundamental desta figura é claro: compelir a contraparte a respeitar o sinalagma. Uma reflexão sobre o mesmo revela-nos as ideias centrais que lhe estão na base, e das quais se extraem princípios que exprimem a extensão da proteção jurídica do sinalagma. Com efeito, no cerne da figura encontra-se uma certa ideia de garantia, suportada na própria prestação do credor (mais visível e palpável quando se trata de uma obrigação pecuniária, embora não se circunscreva a esses casos), contra os danos gerados pelo potencial incumprimento da contraparte.

Dito de outro modo, a exceção de não cumprimento demonstra o reconhecimento, por parte da lei, de que o *ground zero* da celebração de um contrato sinalagmático reside na confiança, de ambas as partes, de que o cumprimento do ciclo sinalagmático as deixará economicamente indemnes¹³⁶, sendo-lhes inexigível que, perante o risco de quebra desse equilíbrio pela contraparte, empreguem os seus esforços na execução daquele contrato até que tal risco sucumba¹³⁷. Assim, caso se consuma um inadimplemento, a parte “fiel” que tenha recorrido à

n.º 2 do Código Civil, que determina a liberdade, e a todo o tempo, de revogação de um contrato pela parte que, através dele, tenha limitado os seus direitos de personalidade.

¹³² O Código Civil oferece outros institutos especialmente desenhados como tutela do equilíbrio do sinalagma, como seja a invalidade do negócio em caso de impossibilidade originária ou da ilicitude de uma das prestações (artigo 401.º, n.º 1) ou a exoneração do credor da contraprestação e o direito de repetir o que já tenha satisfeito em caso de impossibilidade superveniente (artigo 795.º, n.º 1 do Código Civil). Cf. ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, ob. cit., p. 366.

¹³³ Vale sublinhar que o direito concedido pela exceção de não cumprimento não deve ser confundido com uma dissolução do vínculo contratual, que permanece intacto nos precisos termos contratados.

¹³⁴ ALMEIDA COSTA chama a atenção para a necessidade de se interpretar corretivamente o texto desta norma. Num cenário em que existam, efetivamente, prazos diferentes para o cumprimento, só o devedor que haja de cumprir em primeiro lugar fica impedido de opor a exceção de não cumprimento. Cf. ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, ob. cit., p. 365.

¹³⁵ A doutrina discute se a exceção de não cumprimento pode operar em casos não previstos no artigo 780.º do Código Civil. Cf. ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, ob. cit., p. 365, nota 3, e RIBEIRO DE FARIA, *Direito das Obrigações*, ob. cit., p. 250.

¹³⁶ A confiança das partes de que um contrato sinalagmático as não deixará numa situação de prejuízo económico não se gera, naturalmente, num contrato aleatório, em que o esse risco constitui uma parte fundamental do próprio objeto contratual. Não é, porém, esse o cenário que estamos a assumir na nossa análise.

¹³⁷ Assim, MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, vol. I, 16.ª ed., Coimbra, Almedina, 2022, p. 200, ensina que

exceção de não cumprimento terá já evitado parte dos danos causados na sua própria esfera jurídica (sem prejuízo do ressarcimento, em sede de ação de responsabilidade contratual, dos que demais houver a indemnizar); terá ainda evitado a atribuição de uma vantagem injustificada à parte inadimplente causalmente ligada à medida do seu sacrifício (também ele, pois, injustificado)¹³⁸, e que, em última análise, haveria de ser reposta com recurso à figura do enriquecimento sem causa (artigo 473.º e ss. do Código Civil).

Aqui chegados, cremos estar em posição de tecer a seguinte conclusão: num contrato sinalagmático, o cumprimento de uma obrigação compreendida no sinalagma, mais do que uma *condição volitiva* do cumprimento da contraprestação, é reconhecido pela lei como um *pressuposto jurídico-económico* para o cumprimento da correspondente¹³⁹. Sem ela, a parte achar-se-ia numa posição de cumprimento prejudicial à sua própria esfera jurídica, inexigível, como vimos, pelo Código Civil, princípio que, se admitido, poria não só em risco o equilíbrio económico do contrato em causa, como, num caso extremo, seria suscetível de colocar em risco a própria subsistência económica da parte em prejuízo.

4.2.2. O equilíbrio das (justas) prestações sinalagmáticas

Na base da especial tutela conferida aos contratos sinalagmáticos, a que acima aludimos, encontra-se, em nosso entender, o respeito pelos princípios da proporcionalidade contratual e do equilíbrio das prestações¹⁴⁰. Segundo BRANDÃO PROENÇA, o princípio da proporcionalidade “*repousa na ética aristotélica, tomista e jusnaturalista, envolve uma ideia de ponderação (Angemessenheit) entre bens/interesses conexionsados (por ex., entre os benefícios de um e os sacrifícios de outro (...)), entendendo-se como sua proposição nuclear a máxima aristotélica segundo a qual “o justo é o proporcionado e o injusto é aquilo que não respeita a proporção”*¹⁴¹. É precisamente em respeito dessa ideia de equilíbrio entre prestações que se compreende, cremos, a figura da exceção de não cumprimento, como reflexo de que uma obrigação assumida num contrato sinalagmático encontra o seu fundamento e a razão da sua medida, precisamente, no fundamento e na medida da contraprestação.

da lei decorre “*uma interdependência entre as duas prestações, que se deve manter durante toda a vida do contrato, estabelecendo-se por isso que uma prestação não deve ser executada sem a outra e que, se uma das prestações se impossibilitar, a outra também se deve extinguir*”, situação que o autor descreve como sinalagma funcional.

¹³⁸ Lógica que, de resto, se transplanta para os contratos gratuitos, aos quais preside um *animus donandi* e que se traduz no enriquecimento patrimonial do beneficiário na medida do empobrecimento do obrigado. Não será assim, contudo, em todos os casos (e.g., doação onerosa, artigo 963.º do Código Civil).

¹³⁹ Temos uma posição próxima da de MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, vol. I, *ob. cit.*, p. 200: “o fundamento [do sinalagma] não reside, porém, na convenção tácita das partes, mas antes numa exigência de justiça comutativa que veda o desequilíbrio contratual que seria gerado pela realização apenas de uma das prestações, sem que a outra fosse igualmente realizada”.

¹⁴⁰ Vale referir que a autonomia dos princípios da proporcionalidade contratual e do equilíbrio das prestações não é unânime na doutrina portuguesa. Acompanhamos, porém, BRANDÃO PROENÇA, que reconhece a relevância deste princípio na dogmática hodierna. Cf. BRANDÃO PROENÇA, “Da «justa medida» (proporcionalidade) no Título I (das obrigações em geral) do Livro II do Código Civil de 1966.”, in *Estudos de Direito das Obrigações. Contrato-promessa. Responsabilidade civil. Da proporcionalidade obrigacional*, Porto, Universidade Católica Editora, 2018, p. 139.

¹⁴¹ Cf. BRANDÃO PROENÇA, “Da «justa medida» (proporcionalidade)...”, *ob. cit.*, pp. 142 e 143.

Verifica-se, assim, uma especial sensibilidade do ordenamento jurídico para com o equilíbrio e justiça prestacionais, valores em que assenta o sinalagma: se um contrato não-sinalagmático gera, na esfera da parte beneficiária, uma confiança juridicamente tutelada de que as prestações serão cumpridas nos termos acordados¹⁴², aquela gerada por um contrato sinalagmático radica ainda na expectativa de que o investimento económico empenhado pela parte fiel será protegido pelo retorno que a mesma obterá pelo cumprimento pontual da contraparte. É esta expectativa uma decorrência lógica da ideia de que, e nas palavras de MENEZES CORDEIRO, “o Direito tutela (e cristaliza) o negócio jurídico pela necessidade de proteger a confiança que ele suscita nos destinatários e, em geral, nos participantes na comunidade jurídica. Tendo, voluntariamente, dado azo ao negócio, o declarante não pode deixar de ser responsabilizado por ele”¹⁴³.

Tudo somado, concluímos que a lei reconhece o princípio geral da inexigibilidade de que uma parte suporte o esforço inerente ao cumprimento das obrigações assumidas num contrato sinalagmático, a menos que, em respeito da sua justiça e equilíbrio, a contraprestação (independentemente da sua espécie ou natureza, desde que dentro dos limites da lei) não esteja em risco de ser incumprida. Se assim é, o fornecimento de dados pessoais, nos contratos em apreço, assume-se como a justa (porque mutuamente querida) retribuição pelo esforço económico do prestador do conteúdo ou serviço digital, sendo aquele economicamente necessário a este. Recordando as posições já assumidas pelo TJUE (cf. Acórdãos *Papasavvas* e *McFadden*), em situações paralelas à do caso que aqui analisamos, esta circunstância não retira a qualificação dos “serviços gratuitos” como “serviços da sociedade da informação”, nem os negócios subjacentes como sinalagmáticos e/ou onerosos.

É preciso atentar ainda que, na dinâmica típica desses contratos, rigorosamente, os dados pessoais fornecidos como contraprestação não servem, eles próprios e sem mais, como o correspondente económico direto que remunera a prestação do profissional: a riqueza é gerada a jusante, através dos procedimentos de tratamento dessa informação. Nessa medida, a existência de umnexo entre o fornecimento do conteúdo ou do serviço digital e os dados pessoais do consumidor não deve ser estendido, sem mais, ao tratamento desses dados, para efeitos de recurso ao fundamento de licitude previsto no artigo 6.º, n.º 1, al. b), do RGPD. Essa avaliação deverá ser efetuada caso a caso, à luz das especificidades de cada parte, no contexto de cada contrato e sempre em articulação com as Diretrizes 2/2019.

5. O papel do direito do consumidor na (justa) formação do contrato e na composição do seu objeto

Na base da formação de um contrato, enquanto reflexo por excelência da autonomia negocial,

¹⁴² E cujo incumprimento é suscetível, naturalmente, de gerar danos. Pense-se, por exemplo, num caso de incumprimento de mandato.

¹⁴³ Cf. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, vol. II, 5.ª ed., Coimbra, Almedina, 2021, p. 57.

está, sabemo-lo bem, o encontro de duas declarações negociais complementares — a proposta e a aceitação, que mais não são do que a receção jurídica da vontade *real* das partes contratantes, enquanto pessoas jurídicas dotadas de capacidade negocial. No quadro do direito civil português, essa vontade pode, regra geral, ser expressa por qualquer modo, sem que tal prejudique a efetiva celebração do contrato assim que as duas declarações de vontade se cruzem (artigo 219.º do Código Civil)¹⁴⁴.

Esta premissa lógica, porém, pressupõe que as declarações de vontade hajam sido emitidas no contexto de um modelo de contratação em que as partes se encontrem em planos negociais equivalentes e possam, com o mesmo grau de esclarecimento e liberdade, disputar o conteúdo contratual e decidir contratar¹⁴⁵. Contudo, em certas situações, designadamente motivadas por um desequilíbrio económico das partes, esta equivalência não é um dado adquirido: nestes casos, a declaração negocial poderá não traduzir (ou não traduz de facto), de um modo *juridicamente confiável*, a vontade *real* do declarante, não se encontrando uma verdadeira autonomia negocial. Para corrigir estas situações, o legislador estabeleceu um conjunto de regras e institutos destinados a assegurar, em suma, o devido esclarecimento do declarante em relação à matéria sobre a qual está a declarar e a liberdade dessa declaração. É neste quadro que se compreende, por exemplo, o regime da falta e vícios da vontade (artigo 240.º e ss. do Código Civil)¹⁴⁶, dos negócios usurários (artigos 282.º a 284.º do Código Civil)¹⁴⁷ e, de um modo geral, os direitos e deveres especiais de informação e esclarecimento pré-contratual do consumidor, enquanto parte débil, previstos em legislação avulsa, como a Lei de Defesa do Consumidor, o Regime dos Contratos à Distância e o Regime das Cláusulas Contratuais Gerais.

Por outro lado, a vontade das partes, mesmo que perfeitamente formada e expressa, não pode conduzir à fixação de um objeto que não seja admitido por lei (280.º e 294.º do Código Civil). No âmbito de contratos de consumo, avultam limitações ao objeto contratual mais apertadas do que as oferecidas pela lei geral, não podendo ser subvertidos, por exemplo, os direitos e garantias do consumidor consagrados, designadamente, nos diplomas acima referidos (entre outros, artigo 16.º da Lei de Defesa do Consumidor e artigo 51.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 84/2021, de 18 de outubro).

Todas estas normas jurídicas compõem, na sua respetiva medida, os alicerces da formação de um contrato que, por um lado, reflita uma verdadeira e bem formada vontade das partes ao momento da sua celebração, ponderada à luz do diferencial económico de cada uma delas por

¹⁴⁴ Sobre a formação dos contratos em análise no presente trabalho, cf. algumas notas em MATILDE LOPES BETTENCOURT, "A proteção do consumidor...", *ob. cit.*, p. 436. Para aprofundamento sobre a formação contratual, cf. CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Contratos*, vol. I, *ob. cit.*, p. 107 e ss.

¹⁴⁵ AXEL METZGER, "A Market Model for Personal Data: State of Play under the New Directive on Digital Content and Digital Services", *ob. cit.*, pp. 30-33, aborda o modelo de formação dos contratos em análise no presente neste trabalho, pegando em alguns exemplos concretos (*Facebook, WhatsApp, Spotify e Google*), que interpreta como podendo ser percecionados, por um consumidor razoável, como propostas contratuais.

¹⁴⁶ MAFALDA MIRANDA BARBOSA, num exemplo apenas entre a vasta doutrina civilística, ensina, de um modo sistematizado e claro, o regime dos vícios da vontade. Cf. MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *Falta e Vícios da Vontade — Dogmática e jurisprudência em diálogo*, 1.ª ed., Coimbra, Gestlegal, 2020, e MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *Lições de Teoria Geral do Direito Civil*, 1.ª ed., Coimbra, Gestlegal, 2021, pp. 708-820.

¹⁴⁷ Para uma análise aprofundada sobre a figura do negócio usurário, cf. PEDRO EIRÓ, *Do Negócio Usurário*, Coimbra, Almedina, 1990.

referência à outra, e que, por outro, garanta no seu objeto, positiva e negativamente, a proteção contratual que o consumidor, de mote próprio, não teve armas para adicionar ao perímetro contratual. Assim, a união das vontades das partes, se formada de acordo com a lei, ditará aquela que constituirá a *justiça interna* do concreto negócio¹⁴⁸⁻¹⁴⁹. Caso em causa esteja um contrato sinalagmático, desta justiça interna decorrerá a justiça do próprio sinalagma, bem como a preparação das partes para assumir o compromisso estabelecido naquele negócio, obrigando-se estas a cumpri-lo nos seus precisos termos.

Iremos, por isso, tecer algumas considerações quanto à adequação da atual legislação de proteção do consumidor, sobretudo em matéria de tutela do esclarecimento pré-contratual e liberdade da manifestação da vontade, para assegurar um efetivo esclarecimento do consumidor e a inerente justiça interna do contrato.

5.1. As obrigações pré-contratuais de informação, *maxime* sobre preços

Em acréscimo ao direito geral de informação previsto no artigo 7.º da Lei de Defesa do Consumidor, o seu artigo 8.º, n.º 1, atribui ao consumidor o direito geral “particular” à informação¹⁵⁰ “*clara, objetiva e adequada*” sobre os termos da relação de consumo em que é parte. Correspetivamente a este direito do consumidor, impende sobre profissional o ónus de, tanto na fase de negociações como na fase de celebração de um contrato, informar o consumidor, “*nomeadamente*”¹⁵¹ sobre as características principais dos bens ou serviços, tendo em conta o suporte utilizado para o efeito e considerando os bens ou serviços em causa, e sobre o “*preço total dos bens ou serviços, incluindo os montantes das taxas e impostos, os encargos suplementares de transporte e as despesas de entrega e postais, quando for o caso*”¹⁵², o “*modo de cálculo do preço, nos casos em que, devido à natureza do bem ou serviço, o preço não puder ser calculado antes da celebração do contrato*”, as “*modalidades de pagamento*” e “*as consequências do não pagamento do preço do bem ou serviço*”.

Por seu turno, o Regime das Práticas Comerciais Desleais, que é aplicável à generalidade das

¹⁴⁸ A discussão sobre os critérios de determinação da justiça interna do contrato é longa e complexa (complexidade essa agravada, de resto, perante a atipicidade contratual), conhecendo várias posições que foram sintetizadas em PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Contratos atípicos*, 2.ª ed., Coimbra, Almedina, 2009, pp. 417 e ss.

¹⁴⁹ MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, vol. 1, *ob. cit.*, p. 24, recorda, a este respeito, as afirmações de IMMANUEL KANT, segundo o qual “*quando alguém decide alguma coisa por outrem é possível que cometa uma injustiça, mas nenhuma injustiça é possível quando se decide por si próprio*”, e de FOUILLÉE, de que “*toda a justiça é contratual, quem diz contratual diz justo*”.

¹⁵⁰ Conforme recorda JORGE MORAIS CARVALHO, *Manual de Direito do Consumo*, 7.ª ed. reimp., Coimbra, Almedina, 2021, p. 94, nota 251, o direito à informação do consumidor tem natureza constitucional (artigo 60.º, n.º 1 da Constituição da República Portuguesa).

¹⁵¹ O elenco de itens de informação oferecido por esta norma parece ser meramente indicativo, o que deixa ao intérprete alguma margem para, dentro do mesmo espírito, adaptar o seu conteúdo.

¹⁵² Sem aplicação nos contratos sujeitos ao presente trabalho (tão-só aos bens destinados à venda a retalho), mas com valor ilustrativo sobre o modo como o ordenamento jurídico nacional tutela a prestação de informação sobre preços, cf. Decreto-Lei n.º 138/90, de 26 de Abril. A este respeito, JORGE MORAIS CARVALHO, *Manual de Direito do Consumo*, *ob. cit.*, pp. 96-97.

relações de consumo¹⁵³, classifica essas informações como *substanciais*, e essenciais para a decisão do consumidor médio¹⁵⁴, em caso de proposta contratual ou de convite a contratar (artigo 10.º, n.º 1, als. a), c) e d)), cuja omissão se terá por enganosa, nos termos e para os efeitos do artigo 9.º, n.º 1, do mesmo diploma, e que poderá motivar, entre outras sanções, a resolução (artigo 8.º, n.º 4, da Lei de Defesa do Consumidor) ou a anulação do negócio por parte do consumidor (artigo 14.º, n.º 1, do Regime das Práticas Comerciais Desleais).

O Regime dos Contratos à Distância espelha estes normativos no que concerne especificamente aos contratos celebrados à distância e aos contratos celebrados fora do estabelecimento comercial (entre outras, als. d), e) e f) do n.º 1 do artigo 4.º), diploma que, como já vimos, se aplica aos contratos que tenham dados pessoais como contraprestação (artigo 2.º, n.º 2, na redação que lhe foi dada pelo Decreto-Lei n.º 109-G/2021, de 10 de dezembro)¹⁵⁵. Porque *substanciais*, a não prestação destas informações considera-se uma omissão enganosa, para efeitos do Regime das Práticas Comerciais Desleais, nos termos do seu artigo 9.º, n.º 4, al. q) (na redação dada pelo Decreto-Lei n.º 109-G/2021, de 10 de dezembro), aplicando-se o regime geral acima referido.

O objetivo da lei é, compreende-se, garantir que a declaração negocial do profissional tenha um conteúdo mínimo, suficiente e capaz de munir o consumidor da informação necessária a um exercício efetivo de reflexão e ponderação sobre se pretende, de facto, celebrar aquele contrato e assumir as obrigações dele inerentes. Assim, e acompanhando JORGE MORAIS CARVALHO¹⁵⁶, *“quando o artigo 8.º, n.º 1 [da Lei de Defesa do Consumidor] se refere à informação sobre as características ou o preço do bem ou do serviço, está a impor que da declaração contratual do profissional constem esses elementos, acrescentando como é que estes elementos devem ser incluídos na mensagem emitida”*. Assim, continua o autor, *“o profissional encontra-se vinculado a fornecer ao consumidor todos os elementos de que disponha sobre o bem ou o contrato a celebrar (...) que possam ser relevantes para a decisão de contratar. Esta regra resulta quer [da Lei de Defesa do Consumidor], quer [do Regime das Práticas Comerciais Desleais]”*.

Ora, não obstante a aplicação destes deveres a contratos de consumo sobre fornecimento e conteúdos digitais que caibam no escopo do Decreto-Lei n.º 84/2021, de 18 de outubro, e da Diretiva 2019/770, não cremos que os mesmos estejam adaptados aos casos em que não exista o pagamento de um *preço*. Aliás, não cremos ter sido feliz o legislador no Decreto-Lei n.º 109-G/2021, de 10 de dezembro, que, tendo expressamente introduzido estes contratos no âmbito de aplicação do Regime dos Contratos à Distância, e tendo atualizado o regime das

¹⁵³ Cf. JORGE MORAIS CARVALHO, *Manual de Direito do Consumo*, ob. cit., p. 140.

¹⁵⁴ Aquele consumidor *“normal, com um nível de informação mediano e que utiliza uma diligência regular nos contratos que celebra, não relevando o consumidor com nível de informação baixo ou que seja pouco diligente nos seus negócios”*. Cf. JORGE MORAIS CARVALHO, *Manual de Direito do Consumo*, ob. cit., p. 144.

¹⁵⁵ Para uma análise do Regime dos Contratos à Distância, e comentário sobre o seu contributo no esclarecimento pré-contratual do consumidor (pese embora anterior às alterações introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 109-G/2021, de 10 de dezembro), cf. JORGE MORAIS CARVALHO, JOÃO PEDRO PINTO FERREIRA, *Contratos Celebrados à Distância e Fora do Estabelecimento Comercial — Anotação ao Decreto-Lei n.º 24/2014, de 14 de fevereiro*, Coimbra, Almedina, 2014, *maxime* pp. 51 e ss.

¹⁵⁶ Cf. JORGE MORAIS CARVALHO, *Manual de Direito do Consumo*, ob. cit., pp. 161-162.

omissões enganosas previsto no Regime das Práticas Comerciais Desleais, no sentido de cobrir o âmbito de aplicação daquele, não procedeu a qualquer adaptação do elenco de informação pré-contratual no sentido de atender às especificidades dos contratos que tenham dados pessoais como contraprestação¹⁵⁷, designadamente quanto ao modo e termos do tratamento desses dados pessoais e à riqueza que os mesmos gerarão para o profissional¹⁵⁸.

Não negamos a possibilidade de estas normas, sobretudo as que se reportam às informações pré-contratuais em matéria de preços, serem aplicadas analogicamente no sentido de abarcar a obrigação de prestação dessas informações pré-contratuais¹⁵⁹, porventura em articulação com as obrigações de informação ínsitas no artigo 13.º do RGPD. Essa solução, em qualquer caso, não abona em favor de uma certa e segura aplicação da lei, pelo que se imporia um reforço expresso e claro das obrigações de informação pré-contratual impendentes sobre os profissionais que recorram a este tipo de negócios¹⁶⁰. Só assim se garantiria um efetivo esclarecimento do consumidor, capaz de formar um contrato intrinsecamente justo¹⁶¹.

5.2. Os deveres de transparência impostos pelo Regime das Cláusulas Contratuais Gerais

Importa agora uma referência específica ao Regime das Cláusulas Contratuais Gerais, e à Diretiva 93/13/CEE, do Conselho, de 5 de abril de 1993¹⁶², atinente às cláusulas abusivas nos

¹⁵⁷ Do prisma da proteção de dados, a AEPD alertou também para o facto de a contraprestação sob a forma de fornecimento de dados pessoais impor preocupações diferentes em comparação com os casos em que existe o pagamento de um preço. Diz essa entidade que *"the link made by the Proposal between paying a price with money, and actively giving data as a counter-performance is misleading. While the consumer is aware of what he is giving when he pays with money, the same cannot be said about data. Standard contractual terms and privacy policies do not make it easy for the consumer to understand what is precisely made with the data collected about him/her. In this context, it has already been debated whether the organisations could be required to reveal more about their decision making in data processing operations, for example about their intention to create value with the data. It can be observed that privacy policies typically contain vague and elastic terms for the description of the use of the data collected, like "improving consumers' experience". Issues of transparency and fairness in terms and conditions of several online services have been raised through some national investigations into social media and other online services"*. Cf. EUROPEAN DATA PROTECTION SUPERVISOR, *Opinion 4/2017...*, *ob. cit.*, §26, p. 9.

¹⁵⁸ De resto, PHILIPP HACKER, "Regulating the Economic Impact of Data as Counter-Performance...", *ob. cit.*, pp. 62-63, já chamou à atenção para a falta de esclarecimento dos consumidores e titulares de dados pessoais, que tendem a ignorar as políticas de privacidade que lhes são apresentadas, quanto ao modo como os seus dados são tratados. As preocupações geradas por esta falta de conhecimento transcendem a matéria estrita de proteção de dados pessoais, assolando igualmente a formação dos contratos que compreendam no seu objeto o fornecimento de dados pessoais.

¹⁵⁹ Hipótese que admitimos por mero exercício académico e em benefício deste trabalho. Não tomamos posição quanto à admissibilidade e limites desta aplicação analógica, cuja viabilidade não é aqui ponderada. Em qualquer caso, PHILIPP HACKER, "Regulating the Economic Impact of Data as Counter-Performance...", *ob. cit.*, pp. 67-68 pronunciou-se no sentido de que os conceitos de conceitos de "preço e remuneração" e "objeto principal do contrato" presentes no artigo 4.º, n.º 2 da Diretiva 93/13/CEE sejam interpretados restritivamente, sujeitando ao escrutínio e controlo enquanto *abusivas* as cláusulas contratuais que disponham sobre o fornecimento de dados para efeitos de contraprestação.

¹⁶⁰ No mesmo sentido, MAFALDA MIRANDA BARBOSA, "Negócios onerosos e gratuitos...", *ob. cit.*, p. 1850.

¹⁶¹ De resto, a COMISSÃO NACIONAL DE PROTEÇÃO DE DADOS, *Parecer/2021/150*, *ob. cit.*, p. 2, salienta também que *"os dados pessoais recolhidos e inferidos, aparentemente com base em cláusulas contratuais que a generalidade dos subscritores não tem consciência de ter acordado, também porque na generalidade dos casos a informação relativa ao tratamento de dados pessoais vem apresentada aos consumidores de uma forma muito incompleta ou obscura, não permitindo ao comum cidadão compreender o alcance do mesmo e as consequências para os seus direitos fundamentais"*.

¹⁶² Para uma comparação entre o diploma nacional e o europeu, cf. JORGE MORAIS CARVALHO, *Manual de Direito do Consumo*, *ob. cit.*, p. 121. Para uma anotação ao Regime das Cláusulas Contratuais Gerais, cf. ANA PRATA,

contratos celebrados com os consumidores, em vigor nosso ordenamento jurídico através do referido regime. Esta referência impõe-se dada a expressão da contratação *standardizada* e a sua relevância estatística na celebração de contratos de consumo¹⁶³.

Com efeito, em certos casos, ao consumidor poderá não assistir qualquer liberdade de estipulação do conteúdo dos contratos de consumo que pretenda celebrar. Ao invés, ao consumidor serão apresentadas, pelo *predisponente*¹⁶⁴, as condições comerciais unilateralmente fixadas e inegociáveis da relação de consumo a celebrar, em benefício da célere e massificada contratação¹⁶⁵, sob a forma de cláusulas contratuais gerais ou, de um modo genérico, de cláusulas cujo conteúdo é insuscetível de influência por parte do destinatário (artigo 1.º, n.ºs 1 e 2, do Regime das Cláusulas Contratuais Gerais). Nesse contexto, um respeito acrítico por parte da lei quanto à igualdade formal das partes contratuais poderia conduzir à celebração de negócios, não só não compreendidos (e, portanto, não verdadeira e plenamente aceites) pela parte mais débil, mas também contendo condições contratuais que, mesmo que devidamente compreendidas, poderiam desencadear relações contratuais injustas, abusivas, desequilibradas, que apenas foram aceites em virtude do débil (ou ausente) poder negocial da parte aderente¹⁶⁶⁻¹⁶⁷.

Perante este circunstancialismo, o legislador fez impender sobre os predisponentes um ónus de comunicação e um dever de informação (artigos 5.º e ss. do Regime das Cláusulas Contratuais Gerais), cuja violação é cominada com a exclusão das cláusulas em causa dos contratos (artigo 8.º do Regime das Cláusulas Contratuais Gerais, que opera a mesma exclusão quanto a cláusulas que, por razões gráficas, passem despercebidas a um contratante normal, bem como a cláusulas inseridas em formulários depois destes terem sido assinados por algum dos contratantes)¹⁶⁸. Assim, nos termos do artigo 5.º, n.ºs 1 e 2, ao predisponente assiste o

Contratos de Adesão e Cláusulas Contratuais Gerais, 2.ª ed., Coimbra, Almedina, 2021.

¹⁶³ Cf. JORGE MORAIS CARVALHO, *Manual de Direito do Consumo*, ob. cit., pp. 121-122. A este respeito, note-se que o COMITÉ EUROPEU DE PROTEÇÃO DE DADOS, *Diretrizes 2/2019...*, ob. cit., §16, p. 7, reconheceu também que os "contratos de serviços em linha", não são, normalmente, individualmente negociados, o que coloca em perigo os princípios da limitação das finalidades e da minimização dos dados. "Os avanços tecnológicos permitem que os responsáveis pelo tratamento recolham e tratem facilmente mais dados pessoais do que nunca. Consequentemente, existe um risco grave de os responsáveis pelo tratamento poderem procurar incluir cláusulas gerais de tratamento nos contratos, a fim de maximizar a possível recolha e utilização de dados, sem especificarem adequadamente as finalidades ou ponderarem a possibilidade de impor obrigações de minimização dos dados".

¹⁶⁴ Conforme ensina CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Contratos*, vol. I, ob. cit., pp. 186 e ss., ao predisponente, enquanto a parte que propõe as cláusulas contratuais gerais, opõe-se o aderente, que a elas adere. Em tese, qualquer uma destas figuras pode assumir qualquer uma das três posições típicas do processo contratual tal como previsto no Código Civil — a de proponente, destinatário da proposta ou aceitante —, dependendo, *in casu*, de se a disponibilização das cláusulas contratuais gerais constitui uma proposta contratual, um convite a contratar ou a aceitação. Cf. também JORGE MORAIS CARVALHO, *Manual de Direito do Consumo*, ob. cit., p. 91.

¹⁶⁵ Para uma maior elaboração acerca do papel desempenhado pelas cláusulas contratuais gerais no comércio, os seus usos e os seus perigos *vide*, por exemplo, MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, vol. II, ob. cit., pp. 363 e ss. ou CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Contratos*, vol. I, ob. cit., pp. 179 e ss.

¹⁶⁶ As cláusulas contratuais gerais, antes da entrada em vigor do Regime das Cláusulas Contratuais Gerais ficavam sujeitos à disciplina geral do Código Civil, que, em qualquer caso, mitigava já alguns destes riscos, através da ação das normas sobre a perfeição da declaração negocial (224.º e ss. do Código Civil), sobre os limites do objeto negocial (artigo 280.º do Código Civil) ou sobre a celebração de negócios usurários (artigos 282.º a 284.º do Código Civil). Cf. RIBEIRO DE FARIA, *Direito das Obrigações*, ob. cit., p. 228.

¹⁶⁷ Este binómio de preocupações (*proteção da vontade e controlo do objeto negocial*) foi igualmente identificado por ALMEIDA COSTA como presidindo ao desenho do Regime das Cláusulas Contratuais Gerais. Cf. ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, ob. cit., p. 247. Para uma análise aprofundada sobre o défice de autodeterminação do aderente, cf. JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, *O Problema do Contrato...*, ob. cit., pp. 275 e ss. e pp. 323 e ss.

¹⁶⁸ Não é pacífica a natureza jurídica da cominação de "exclusão" das cláusulas não comunicadas e/ou informadas do contrato, constante do artigo 8.º do Regime das Cláusulas Contratuais Gerais. Com efeito, ANA PRATA, *Contratos*

ónus de comunicar integral, oportuna e adequadamente as cláusulas contratuais gerais aos aderentes, “*para que, tendo em conta a importância do contrato e a extensão e complexidade das cláusulas, se torne possível o seu conhecimento completo e efectivo por quem use de comum diligência*”. Adicionalmente, o artigo 6.º impõe ao contratante que recorra a cláusulas contratuais gerais o dever de “*informar, de acordo com as circunstâncias, a outra parte dos aspectos nelas compreendidos cuja esclarecimento se justifique*”, bem como de prestar “*todos os esclarecimentos razoáveis solicitados*”.

Este regime reforça e complementa aquele oferecido pelos deveres de informação pré-contratual aplicáveis pelos demais diplomas de proteção do consumidor, designadamente a Lei de Defesa do Consumidor, o Regime das Práticas Comerciais Desleais e o Regime dos Contratos à Distância. Com efeito, se a aplicação destes se materializa, na prática e como vimos, na definição do *âmbito mínimo do clausulado* dos contratos de consumo sob o seu âmbito (designadamente de fornecimento de conteúdos e serviços digitais), as referidas normas do Regime das Cláusulas Contratuais Gerais, atribuem ao consumidor uma segunda camada de proteção para os casos em que aquele não possa influenciar as condições comerciais da prestação.

Ora, o Regime das Cláusulas Contratuais Gerais, sendo hoje um diploma basilar no direito das obrigações português, introduziu no nosso ordenamento jurídico o corpo de normas especiais que o legislador entendeu adequado a mitigar os impactos da ausência de liberdade de estipulação e negociação, e da qual resultaria a formação de um clausulado justo e moldado à vontade de cada parte. O método adotado pelo legislador visou, assim, erigir uma certa igualdade *material* das partes contratantes, ao obrigar o predisponente, preventivamente à celebração do negócio, a especiais deveres de transparência. No quadro de uma relação de consumo, estes deveres de transparência edificam-se em órbita daqueles propostos pela legislação já referida.

6. Conclusões

Perante tudo o que aqui expusemos, é nossa opinião que o artigo 6.º, n.º 1, al. b), do RGPD não se opõe à ideia de que a própria dinâmica, lógica e equilíbrio internos do contrato possa justificar que o tratamento de dados pessoais fornecidos como contraprestação seja

de Adesão..., *ob. cit.*, pp. 297 e ss., nota que a distinção entre uma tal consequência e a nulidade poderá não se justificar, dando nota da divergência doutrinal sobre este tema. Assumimos a posição de que as cláusulas não comunicadas e/ou informadas devem considerar-se inexistentes, e não meramente inválidas, desde logo porque tal parece ter sido a intenção deliberada do legislador, que, no mesmo diploma, previu a nulidade como cominação para outras situações. De resto, a nosso ver, a circunstância de a lei cominar a não comunicação e/ou informação com uma sanção tão severa como sua exclusão desse clausulado do perímetro contratual revela a notória preocupação do Regime das Cláusulas Contratuais Gerais em, mais ainda do que a delimitar um certo âmbito de *moralidade contratual* dentro do qual o predisponente poderá desenhar o clausulado, *garantir a ciência do aderente* relativamente aos termos contratuais a que se estará a vincular e a obrigar a cumprir, num papel afim àquele desempenhado pela obrigação de proceder segundo as regras da boa-fé na fase negocial e pré-negocial (artigo 227.º, n.º 1 do Código Civil). Sobre o papel da *culpa in contrahendo* no seio da proteção do contraente débil, *vide* MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, vol. II, *ob. cit.*, pp. 223 e ss.

considerado como necessário à execução do mesmo. Todavia, a exequibilidade dessa hipótese depende sempre da boa formação e compreensão do negócio, pelas suas partes, *maxime* pelo consumidor/titular dos dados pessoais.

De facto, no âmbito da formação de uma relação de consumo, a fragilidade da posição do consumidor é contrabalançada pela promoção do seu esclarecimento, posição à qual o direito do consumo dedica uma ampla proteção. Para fazer face à impossibilidade de adaptar o clausulado contratual às específicas necessidades e preferências do consumidor, a aposta do legislador recaiu sobre dois vetores.

Por um lado, *ao nível pré-contratual*, o legislador procurou garantir a efetiva tutela da formação da vontade negocial do consumidor, quer através dos deveres de informação pré-contratual lançados pela legislação de proteção do consumidor *strictu sensu*, quer ainda pelos aplicáveis pelo Regime das Cláusulas Contratuais Gerais.

Por outro lado, *ao nível contratual*, o legislador visou os termos da própria relação de consumo, ao atribuir ao consumidor, positivamente, determinados direitos subjetivos sobre o profissional, desde logo atinentes à qualidade dos bens e serviços (artigo 4.º da Lei de Defesa do Consumidor, e Decreto-Lei n.º 84/2021, de 18 de outubro), e expurgando do contrato as cláusulas contratuais gerais que, porque injustas ou abusivas, se devam ter por proibidas, nos termos do Regime das Cláusulas Contratuais Gerais (naturalmente, sem prejuízo da aplicação dos regimes gerais previstos no Código Civil, designadamente em matéria de negócios usurários).

Aplicando-se estas limitações a qualquer profissional operante no mercado livre, a lei confia, a partir daí, que o consumidor encontrará nele uma oferta que se adegue às suas necessidades e exigências, devendo, nessa medida, ficcionar-se o contrato de consumo em causa como justo — retomando as partes, de algum modo, o seu equilíbrio, assente no princípio da igualdade material, uma vez celebrado o contrato. Assim, ambas ficarão sujeitas ao princípio do *pacta sunt servanda* nos termos gerais, que operará com a mesma extensão e regime reconhecido a um qualquer contrato sinalagmático.

Esta ficção, porém, não poderá ocorrer, sem mais, num cenário em que as limitações acima referidas não sejam verdadeiramente operantes, o que entendemos ser o caso nos contratos que tenham o fornecimento de dados pessoais como contraprestação. Com efeito, no plano pré-contratual, não oferece garantias de esclarecimento do consumidor quanto aos termos da sua contraprestação nesses casos: salvo a possibilidade, com as fragilidades de segurança e certeza jurídica inerentes, de aplicação analógica de normas já em vigor em matéria de preços, não é exigível ao profissional informar contratualmente o consumidor sobre o valor dos seus dados pessoais, os termos em que os mesmos serão tratados para efeitos da sua monetização (partindo já das obrigações de informação impostas pelo artigo 13.º do RGPD¹⁶⁹ e em respeito dos demais princípios previstos no RGPD aplicáveis) e a riqueza que

¹⁶⁹ É importante aqui dar nota de que o RGPD não obriga a que o elenco de informações devidas ao abrigo do artigo 13.º constitua parte do clausulado contratual. Em qualquer caso, a prestação de todo o elenco de informações devido ao abrigo do artigo 13.º do RGPD, porque desenhado numa perspetiva de proteção de dados

será gerada.

A lei não garante, assim, os meios para uma compreensão panorâmica dessa relação de consumo por parte do consumidor, promovendo a percepção de gratuitidade e unilateralidade das mesmas, uma vez que a lei não prevê obrigações de informação pré-contratual direcionadas para o esclarecimento do consumidor/titular dos dados, no sentido de lhe revelar a “não gratuitidade” do contrato. Com efeito, não estando garantida a informação necessária para que o titular dos dados tome uma decisão e formule uma declaração negocial plenamente esclarecida quanto ao modo como os dados pessoais fornecidos como contraprestação contribuirão para a compensação do profissional pelos conteúdos ou serviços fornecidos, revela-se complexo demonstrar o nexó entre a execução do contrato e o tratamento dos dados pessoais, por referência ao *objeto fundamental* e lógica a si subjacentes (e, bem assim, a ciência do titular dos dados quanto aos mesmos), em linha com as orientações do CEPD.

Esta insuficiência de regime ao nível do esclarecimento pré-contratual do consumidor irá, a jusante, coartar também o controlo promovido em sede de regulação de cláusulas contratuais gerais. Com efeito, no seu estado atual, a lei permite predispor cláusulas contratuais gerais com um certo minimalismo em matéria de contraprestação do consumidor, sem que com isso se incumpra, necessariamente, o ónus da comunicação e o dever de informação previstos nos artigos 5.º e ss. do Regime das Cláusulas Contratuais Gerais. Em decorrência, permite-se também ao predisponente limitar a exposição ao risco de as cláusulas contratuais gerais predispostas serem consideradas excluídas do contrato, bem como o risco de invalidade total do mesmo (artigo 8.º, als. a) e b) e artigo 9.º, n.º 2, do mesmo diploma).

Assim, a adequação do fundamento de licitude em análise — sendo certo que sempre dependeria de uma avaliação caso a caso —, num cenário em que a lei não oferece hoje garantias (melhor, indícios) de que o consumidor compreende globalmente o objeto e dinâmica fundamentais dos “negócios gratuitos” que celebra, não pode ser, nem em exercício académico, confortavelmente assumida. Com efeito, se do ponto de vista estrito de direito da proteção de dados pessoais cremos que o fundamento de licitude previsto no artigo 6.º, n.º 1, al. b), do RGPD oferece latitude suficiente para cobrir as operações de tratamento de dados pessoais necessários ao ressarcimento do profissional (pese embora, tradicionalmente, a necessidade para a execução do contrato tenha vindo a ser interpretada num sentido *operacional*), o direito do consumidor não estabelece, como devia, os alicerces sobre os quais os consumidores formariam uma vontade esclarecida de contratar naqueles moldes. Na criação de um regime jurídico próprio para os contratos que prevejam o fornecimento de dados pessoais como contraprestação, o legislador (comunitário e nacional) pecou por defeito, não tendo atingido a amplitude de regime que devia. Foi, numa palavra, o seu pior inimigo, já que o caminho que ficou por percorrer era precisamente aquele que, no nosso ver, asseguraria a

personais, não está talhado para assegurar o esclarecimento pré-contratual do consumidor (mas tão-só do titular dos dados pessoais), designadamente quanto à ciência da celebração de um contrato sinalagmático e oneroso, e em que os seus dados pessoais funcionarão como contraprestação. Por exemplo, o artigo 13.º não impõe que o titular dos dados pessoais seja esclarecido quanto ao valor económico dos seus dados pessoais nem quanto à riqueza que o seu tratamento gerará.

plena compatibilidade deste modelo de negócio com o direito da proteção de dados pessoais, e permitiria ultrapassar, sem detrimento das garantias e proteção do consumidor/titular dos dados, a exigência da prestação do seu consentimento.

A lei não assegura, em suma, um grau mínimo de compreensão por parte do consumidor sobre o funcionamento do negócio num todo, com as especificidades atinentes ao facto de pressupor o fornecimento de dados pessoais (e o seu tratamento) como contraprestação, o que influirá negativamente na sustentação do recurso à necessidade (económica) para execução do contrato, com recurso à fundamentação cujas traves mestras ensaiamos no presente trabalho.

Bibliografia

ALMEIDA, CARLOS FERREIRA DE, *Contratos*, vol. I, 7.ª ed., Coimbra, Almedina, 2022

BARBOSA, MAFALDA MIRANDA, "Negócios onerosos e gratuitos: uma reflexão a propósito de novos fenómenos de gratuidade", in *Revista de Direito Comercial* (2020), publicação *online*, disponível em <https://www.revistadedireitocomercial.com/negocios-onerosos-e-gratuitos> (12.01.2022)

BARBOSA, MAFALDA MIRANDA, *Falta e Vícios da Vontade — Dogmática e jurisprudência em diálogo*, 1.ª ed., Coimbra, Gestlegal, 2020

BARBOSA, MAFALDA MIRANDA, *Lições de Teoria Geral do Direito Civil*, 1.ª ed., Coimbra, Gestlegal, 2021

BETTENCOURT, MATILDE LOPES DE MENDONÇA ORTINS DE, "A proteção do consumidor em contratos digitais: análise dos contratos celebrados com dados pessoais como contraprestação", in *Anuário do NOVA Consumer Lab*, publicação *online*, Ano 3 (2021), pp. 387–476, disponível em <http://novaconsumerlab.novalaw.unl.pt/wp-content/uploads/2022/02/NOVA-Consumer-Lab-2021.pdf> (20.03.2022)

CARNEIRO, PATRÍCIA FILIPA PEREIRA, "Coisificação" dos dados pessoais no âmbito das relações contratuais, FDUP, 2019 (Dissertação de mestrado)

CARVALHO, JORGE MORAIS, *Compra e Venda e Fornecimento de Conteúdos e Serviços Digitais, Anotação ao Decreto-Lei n.º 84/2021, de 18 de outubro*, Coimbra, Almedina, 2022

CARVALHO, JORGE MORAIS, *Manual de Direito do Consumo*, 7.ª ed. reimp., Coimbra, Almedina, 2021

CARVALHO, JORGE MORAIS, FERREIRA, JOÃO PEDRO PINTO, *Contratos Celebrados à Distância e Fora do Estabelecimento Comercial — Anotação ao Decreto-Lei n.º 24/2014, de 14 de fevereiro*, Coimbra, Almedina, 2014

CARVALHO, ORLANDO (*aut.*), FERNANDES, FRANCISCO LIBERAL, GUIMARÃES, MARIA RAQUEL, REDINHA, MARIA REGINA (*coords.*), *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.ª ed., Coimbra, Gestlegal, 2021

- COELHO, FRANCISCO MANUEL DE BRITO PEREIRA, *Contratos Complexos e Complexos Contratuais*, 1.^a ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2014
- COMISSÃO NACIONAL DE PROTEÇÃO DE DADOS, *Parecer/2021/100*, Lisboa, adotado em 22 de julho de 2021
- COMISSÃO NACIONAL DE PROTEÇÃO DE DADOS, *Parecer/2021/150*, Lisboa, adotado em 23 de novembro de 2021
- COMITÉ EUROPEU DE PROTEÇÃO DE DADOS, *Diretrizes 2/2019 sobre o tratamento de dados pessoais ao abrigo do artigo 6.º, n.º 1, alínea b), do RGPD no contexto da prestação de serviços em linha aos titulares dos dados*, adotadas em 8 de outubro de 2019
- COMITÉ EUROPEU DE PROTEÇÃO DE DADOS, *Diretrizes 05/2020 relativas ao consentimento na aceção do Regulamento 2016/679*, adotadas em 4 de maio de 2020
- CORDEIRO, A. BARRETO MENEZES, *Comentário ao Regulamento Geral de Proteção de Dados e à Lei n.º 58/2019*, Coimbra, Almedina, 2021
- CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, *Código Civil Comentado I — Parte Geral*, Coimbra, Almedina, 2020.
- CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, *Tratado de Direito Civil*, vol. I, 4.^a ed. reimp., Coimbra, Almedina, 2021
- CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, *Tratado de Direito Civil*, vol. II, 5.^a ed., Coimbra, Almedina, 2021.
- COSTA, INÊS SILVA, "A proteção da pessoa na era dos big data: a opacidade do algoritmo e as decisões automatizadas", in *Revista Electrónica de Direito (RED)*, publicação online, Vol. 24, n.º 1 (2021), pp. 33-82, disponível em https://cije.up.pt/client/files/0000000001/4-ines-costa_1677.pdf (12.06.2022)
- COSTA, MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA, *Direito das Obrigações*, 12.^a ed. reimp., Coimbra, Almedina, 2020
- DUARTE, RUI PINTO, *Tipicidade a Atipicidade dos Contratos*, Coimbra, Almedina, 2000
- EIRÓ, PEDRO, *Do Negócio Usurário*, Coimbra, Almedina, 1990
- EUROPEAN DATA PROTECTION SUPERVISOR, *Opinion 4/2017, on the Proposal for a Directive on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content*, adotada em 14 de março de 2017
- EUROPEAN DATA PROTECTION SUPERVISOR, *Opinion 8/2016 — EDPS Opinion on coherent enforcement of fundamental rights in the age of big data*, adotada em 23 de setembro de 2016
- FARIA, JORGE RIBEIRO DE, *Direito das Obrigações*, vol. I, 2.^a ed., Coimbra, Almedina, 2020
- FRIES, MARTIN, "Data as Counter-Performance in B2B Contracts", in LOHSSE, SEBASTIAN; SCHULZE, REINER; STAUDENMAYER, DIRK (eds. lts.), *Data as Counter-Performance — Contract Law 2.0?, 5th Münster Colloquia on EU Law and the Digital Economy V*. Baden-Baden, Nomos/Hart Publishing, 2020, pp. 253-261

GISCLARD, THIBAUT, "Limitations of Autonomy of the Will in Conventions of Exploitation of Personality Rights", in *International Review of Intellectual Property and Competition Law* (IIC), Vol. 45, no. 1 (2014), pp. 18-42

GRUPO DE TRABALHO DO ARTIGO 29.º, *Documento de Trabalho 02/2013 dando orientações sobre a obtenção de consentimento para testemunhos de conexão*, adotado em 2 de outubro de 2013

GRUPO DE TRABALHO DO ARTIGO 29.º, *Parecer 06/2014 do sobre o conceito de interesses legítimos do responsável pelo tratamento na aceção do artigo 7.º da Diretiva 95/46/CE (WP217)*, adotado em 9 de abril de 2014

GRUPO DE TRABALHO DO ARTIGO 29.º, *Parecer 2/2010 sobre publicidade comportamental em linha*, em 22 de junho de 2010

GUIMARÃES, MARIA RAQUEL, "A conformação da liberdade contratual pela cláusula geral da ordem pública", in LUCÁN, M^a ÁNGELES PARRA (*dir.*); LERA, SILVIA GASPAS (*coord.*), *Derecho y autonomía privada: una visión comparada e interdisciplinar*, Granada, Comares, 2017, pp. 413-434

GÜVEN TAŞTAN, FURKAN, *The (im)possibility of personal data as an object of contracts: An analysis of the GDPR and the Digital Content Directive*, Tilburg, Universidade de Tilburg, julho 2021 (27.02.2022). Dissertação de Mestrado

HACKER, PHILIPP, "Regulating the Economic Impact of Data as Counter-Performance: From the Illegality Doctrine to the Unfair Contract Terms Directive", in LOHSSE, SEBASTIAN; SCHULZE, REINER; STAUDENMAYER, DIRK (*eds. lits.*), *Data as Counter-Performance — Contract Law 2.0?, 5th Münster Colloquia on EU Law and the Digital Economy V*. Baden-Baden, Nomos/Hart Publishing, 2020, pp. 47-76

HERMSTRÜWER, YOAN, "Digital Content and Sales or Service contracts under EU Law and Belgian/French Law", in *Journal of Intellectual Property, Information Technology and Electronic Commerce Law* (JIPITEC), publicação *online*, Vol. 8, no. 1 (2017), pp. 9-27, disponível em <https://www.jipitec.eu/issues/jipitec-8-1-2017> (03.01.2022)

JACQUEMIN, HERVÉ, "Contracting Around Privacy: The (Behavioral) Law and Economics of Consent and Big Data", in *Journal of Intellectual Property, Information Technology and Electronic Commerce Law* (JIPITEC), publicação *online*, Vol. 8, no. 1 (2017), pp. 27-38, disponível em <https://www.jipitec.eu/issues/jipitec-8-1-2017> (03.01.2022)

JANEČEK VÁCLAV, MALGIERI GIANCLAUDIO, "Data Extra Commercium", in LOHSSE, SEBASTIAN; SCHULZE, REINER; STAUDENMAYER, DIRK (*eds. Lits.*), *Data as Counter-Performance — Contract Law 2.0?, 5th Münster Colloquia on EU Law and the Digital Economy V*. Baden-Baden, Nomos/Hart Publishing, 2020, pp. 95-125

KULL, IRENE, "Withdrawal from the Consent to Process Personal Data Provided as Counter-Performance: Contractual Consequences", in *Journal of the University of Latvia*, Vol. 13 (2020)

KUNER, CHRISTOPHER; BYGRAVE, LEE A.; DOCKSEY, CHRISTOPHER (*eds.*), *The EU General Data Protection Regulation (GDPR): a commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2020

LEITÃO, LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES, *Direito das Obrigações*, vol. I, 16.^a ed., Coimbra, Almedina, 2022

LOHSSE, SEBASTIAN, SCHULZE, REINER, STAUDENMAYER, DIRK, "Data as Counter-Performance — Contract Law 2.0? An Introduction", in LOHSSE, SEBASTIAN; SCHULZE, REINER; STAUDENMAYER, DIRK (eds. lts.), *Data as Counter-Performance — Contract Law 2.0?, 5th Münster Colloquia on EU Law and the Digital Economy V*. Baden-Baden, Nomos/Hart Publishing, 2020, pp. 9-21

METZGER, AXEL, "Data as Counter-Performance: What Rights and Duties do Parties Have?", in *Journal of Intellectual Property, Information Technology and Electronic Commerce Law* (JIPITEC), Vol. 8, n.º 1 (2017), pp. 2-8, publicação online disponível em <https://www.jipitec.eu/issues/jipitec-8-1-2017> (03.01.2022)

METZGER, AXEL, "A Market Model for Personal Data: State of Play under the New Directive on Digital Content and Digital Services", in LOHSSE, SEBASTIAN; SCHULZE, REINER; STAUDENMAYER, DIRK (eds. lts.), *Data as Counter-Performance — Contract Law 2.0?, 5th Münster Colloquia on EU Law and the Digital Economy V*. Baden-Baden, Nomos/Hart Publishing, 2020, pp. 25-45

NARCISO, MADALENA, "Dados Pessoais como Contraprestação em Contratos de Consumo, Breve Reflexão", in CARVALHO, JORGE MORAIS (coord.); SILVA, MARIA MIGUEL OLIVEIRA (ed.), *Anuário do NOVA Consumer Lab*, Ano 1, 2019 (janeiro 2020), pp. 129-147, disponível em <http://novaconsumerlab.fd.unl.pt/wp-content/uploads/2020/01/Anuário-NOVA-Consumer-LAB-2019.pdf> (01.12.2021)

PEREIRA, MARIA DE LURDES, *Conceito de prestação e destino da contraprestação*, Coimbra, Almedina, 2001

PINTO, CARLOS ALBERTO DA MOTA; MONTEIRO, ANTÓNIO PINTO; PINTO, PAULO MOTA, *Teoria Geral do Direito Civil*, 5.^a ed., Coimbra, Gestlegal, 2020

PINTO, PAULO MOTA, *Direitos de Personalidade e Direitos Fundamentais — Estudos*, 1.^a ed., Coimbra, Gestlegal, 2018

PIRES, CATARINA MONTEIRO, *Impossibilidade da Prestação*, Coimbra, Almedina, 2020.

PRATA, ANA, *Contratos de Adesão e Cláusulas Contratuais Gerais*, 2.^a ed., Coimbra, Almedina, 2021

PROENÇA, JOSÉ CARLOS BRANDÃO, "Da «justa medida» (proporcionalidade) no Título I (das obrigações em geral) do Livro II do Código Civil de 1966.", in *Estudos de Direito das Obrigações. Contrato-promessa. Responsabilidade civil. Da proporcionalidade obrigacional*, Porto, Universidade Católica Editora, 2018

RIBEIRO, JOAQUIM DE SOUSA, *O Problema do Contrato — As Cláusulas Contratuais Gerais e o Princípio da Liberdade Contratual*, Coimbra, Almedina, 1999

SATTLER, ANDREAS, "Autonomy or Heteronomy — Proposal for a two-tier interpretation of Art. 6 GDPR", in LOHSSE, SEBASTIAN; SCHULZE, REINER; STAUDENMAYER, DIRK (eds. lts.), *Data as Counter-Performance — Contract Law 2.0?, 5th Münster Colloquia on EU Law and the Digital Economy*

V. Baden-Baden, Nomos/Hart Publishing, 2020, pp. 225-251

SCHMIDT-KESSEL, MARTIN, "Right to Withdrawn Consent to Data Processing — The Effect on the Contract", in LOHSSE, SEBASTIAN; SCHULZE, REINER; STAUDENMAYER, DIRK (eds. *Lits.*), *Data as Counter-Performance — Contract Law 2.0?, 5th Münster Colloquia on EU Law and the Digital Economy V.* Baden-Baden, Nomos/Hart Publishing, 2020, pp. 129-146

SEIN, KARIN; SPINDLER, GERALD, "The new Directive on Contracts for the Supply of Digital Content and Digital Services — Scope of Application and Trader's Obligation to Supply, Part 1", in *European Review of Contract Law*, Vol. 15, no. 3 (2019), pp. 257-279.

SÉNÉCHAL, JULIETTE, "Article 16(2) of the 'Digital Content and Digital Services' Directive on the Consequences of Termination of Contract, or the Difficult Articulation between Union Law on Consumer Contract and Union Law on the Protection of Personal Data", in LOHSSE, SEBASTIAN; SCHULZE, REINER; STAUDENMAYER, DIRK (eds. *Lits.*), *Data as Counter-Performance, Contract Law 2.0?, 5th Münster Colloquia on EU Law and the Digital Economy V.* Baden-Baden, Nomos/Hart Publishing, 2020, pp. 147-162

VASCONCELOS, PEDRO PAIS DE, *Contratos atípicos*, 2.^a ed., Coimbra, Almeida, 2009

VASCONCELOS, PEDRO PAIS DE; VASCONCELOS, PEDRO LEITÃO PAIS DE, *Teoria Geral do Direito Civil*, 9.^a ed. reimp., Coimbra, Almedina, 2022

VERSACI, GIUSEPPE, "Personal Data and Contract Law: Challenges and Concerns about the Economic Exploitation of the Right to Data Protection", in *European Review of Contract Law*, Vol. 4, no. 4 (2018), pp. 374-392

(texto submetido a 2.04.2023 e aceite para publicação a 11.05.2023)