



## **Negócios onerosos e gratuitos: uma reflexão a propósito de novos fenómenos de gratuitidade**

Mafalda Miranda Barbosa<sup>1</sup>

### **1. Introdução**

Entre as diversas modalidades de negócios jurídicos, os autores distinguem os negócios onerosos e os negócios gratuitos. Se é certo que, em relação à grande generalidade dos negócios jurídicos, não se levantam dúvidas de enquadramento, tendo-se cristalizado a sua inserção numa ou noutra categoria, não é menos correto afirmar que há situações em que emergem dificuldades de classificação e qualificação. Estas resultam quer do facto de a prática negocial não oferecer sempre tipos puros, tendo o jurista de lidar com negócios jurídicos que combinam variantes de mais do que um tipo contratual; quer do facto de emergirem, atualmente, esquemas contratuais que, fugindo da clássica onerosidade, nos desafiam. Torna-se, por isso, importante visitar uma cisão clássica. De facto, a realidade digital tem forjado inúmeros fenómenos de gratuitidade que, como veremos, podem não o ser. E porque a disciplina dispensada aos negócios gratuitos pode não ser coincidente com a disciplina que é

---

<sup>1</sup> Univ Coimbra, Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra/University of Coimbra Institute for Legal Research, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.



pensada para os negócios onerosos, aquilo que poderia ser uma tarefa meramente especulativa assume, afinal, indiscutível relevância prático-normativa<sup>2</sup>.

## **2. Os termos da distinção: perspectiva objetivista, subjetivista e subjetivista mitigada**

De acordo com a doutrina, “a distinção (...) tem como critério o conteúdo e finalidade do negócio”<sup>3</sup> ou simplesmente o conteúdo do negócio<sup>4</sup>, apontando para a existência de posições subjetivistas e objetivistas. Na formulação de Mota Pinto, “os negócios onerosos ou a título oneroso pressupõem atribuições patrimoniais de ambas as partes, existindo, segundo a perspectiva destas, um nexos ou relação

---

<sup>2</sup> Repare-se que, em muitas hipóteses, esta relevância prático-normativa não deve ser sobrestimada. Com efeito, entre as diferenças de regime justificativas da importância prático-normativa contam-se as diversas regras em matéria de impugnação pauliana; de definição do âmbito de proteção do artigo 291º CC; de determinação do âmbito da responsabilidade do cônjuge administrador, nos termos do artigo 1682º CC; de determinação do sentido relevante da declaração, de acordo com o artigo 237º CC; de composição do património dos cônjuges no regime de comunhão de adquiridos. Ora, estas questões ao nível do regime aplicável podem não ter qualquer repercussão em sede de ponderação judicativa de hipóteses como a qualificação dos negócios de prestação de serviços digitais.

<sup>3</sup> C. A. Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4ª edição por A. Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto, 2005, 400. No mesmo sentido, Manuel de ANDRADE, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, II, Coimbra, 1992, 54.

<sup>4</sup> Pedro Pais de VASCONCELOS/Pedro Leitão Pais de VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, Almedina, Coimbra, 2019, 285 s.



de corresponsabilidade entre as referidas atribuições patrimoniais”<sup>5</sup>; “os negócios gratuitos ou a título gratuito caracterizam-se, ao invés, pela intervenção de uma intenção liberal (*animus donandi, animus beneficiandi*)”<sup>6</sup>. Já antes, Manuel de Andrade aduzia que “os negócios (contratos) onerosos ou a título oneroso ou corresponsivo pressupõem prestações de ambas as partes e corresponsabilidade, equivalência ou equilíbrio entre elas, do ponto de vista das partes”<sup>7</sup>.

Menezes Cordeiro, por seu turno, afirma que “um negócio é oneroso quando implica esforços económicos para ambas as partes, em simultâneo e com vantagens correlativas; pelo contrário, ele é gratuito quando cada uma das partes dele retire tão-só vantagens ou sacrifícios”<sup>8</sup>; e Pais de Vasconcelos considera que “os contratos onerosos são aqueles em que é estipulado um sistema de contrapartidas”, enquanto “os contratos gratuitos são aqueles em que à prestação principal não corresponde uma contrapartida, em cujo conteúdo se estipula uma atribuição patrimonial unilateral”<sup>9</sup>.

A aplicação do critério permite-nos concluir que a doação é um contrato gratuito, do mesmo modo que não levanta dificuldades a qualificação da compra e venda como um negócio oneroso. Não obstante, importa ressaltar que a tarefa classificatória não se dirige a tipos puros, mas a concretos negócios, e que estes podem assumir-

---

<sup>5</sup> C. A. Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 400.

<sup>6</sup> C. A. Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 401.

<sup>7</sup> Manuel de ANDRADE, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, II, 54.

<sup>8</sup> A. Menezes CORDEIRO, *Teoria Geral do Direito Civil*, vol. I, AAFDUL, 1994, 536; ID., *Tratado de Direito Civil*, II, 4ª edição, Almedina, Coimbra, 2014, 106.

<sup>9</sup> Pedro Pais de VASCONCELOS/Pedro Leitão Pais de VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, 285 s.



se como onerosos ou gratuitos consoante o que seja estipulado pelas partes<sup>10</sup>. Por outro lado, ao podermos ser confrontados com o fenómeno da complexidade contratual, somos levados a perceber que um tipo contratual tipicamente oneroso pode ser mobilizado para prosseguir finalidades próprias de um negócio gratuito. Pense-se, por exemplo, numa compra e venda feita por um preço simbólico com o intuito de beneficiar o comprador.

O exemplo avançado, sendo perfeitamente compreensível, suscita algumas considerações suplementares. Em primeiro lugar, leva-nos a confrontar com o problema dos contratos mistos e com o fenómeno dos negócios indiretos<sup>11</sup>; em segundo lugar, mostra-nos, claramente,

---

<sup>10</sup> Neste sentido, A. Menezes CORDEIRO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 536; ID., *Tratado de Direito Civil*, II, 106; Pedro Pais de VASCONCELOS/Pedro Leitão Pais de VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, 286; C. A. Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 402.

<sup>11</sup> Sobre os negócios mistos, cf. Antunes VARELA, *Das obrigações em geral*, vol. I, Almedina, Coimbra, 2001, 285 s., considerando o exemplo do tio e do sobrinho e sustentando que, no contrato misto, “há a fusão, num só negócio, de elementos contratuais distintos que, além de perderem a sua autonomia no esquema negocial unitário, fazem simultaneamente parte do conteúdo deste”. Sublinhe-se neste quadro que, no caso de uma doação mista, “haverá responsabilidade análoga à do doador, enquanto o valor da coisa exceder o preço diminuído que por ela foi pago, havendo daí por diante responsabilidade paralela à do vendedor, incluindo o preceituado no artigo 911º (...)”. Quer isto dizer que, ainda que pudéssemos ver aqui uma *venda vilioris pretio*, a cooperativa deveria sempre ser chamada a responder. Ocorre que o preço não supera o valor da coisa, superando, apenas, o valor de mercado, que é volátil, pelo que muito dificilmente poderemos considerar que se revela um *animus donandi*.

Veja-se, ainda, a este propósito, Orlando de CARVALHO, “Negócio Jurídico Indirecto (Teoria Geral)”, *Boletim da Faculdade de Direito* supl. 10, 1952, 1-149. Perante uma



que não basta a existência de duas atribuições patrimoniais, ou seja, não basta a existência de contrapartidas. Pais de Vasconcelos coloca a tónica na contrapartida como critério de classificação dos contratos

---

compra e venda a um preço amistoso para beneficiar o comprador e/ou o vendedor, de acordo com o ensinamento do autor, temos de distinguir os casos em que existe simulação dos casos em que há um negócio indireto. Para tanto, temos de ter em conta que o preço mínimo não quer dizer preço irrisório, embora não tenha de haver uma equivalência matemática entre as prestações. Posteriormente, haveremos de ver se a doação intervém no contrato real numa posição paralela à do tipo negocial da compra e venda. Em caso afirmativo, haverá contrato misto; em caso negativo, estaremos diante de um negócio indireto. Para que haja um negócio indireto, portanto, tem de existir um negócio típico e um fim indireto, que não se confunde com um simples motivo. Este fim indireto há de ser autónomo em face das respetivas consequências normais, embora tenha de derivar imediatamente da própria atuação do negócio, podendo, então, falar-se da prossecução normal de um efeito anormal. No fundo, estamos, de acordo com o ensinamento do autor, diante do aproveitamento legítimo dos tipos legais, “dos tipos na sua total eficiência, que exclui, portanto, um relevo jurídico particular do fim ulterior”, que é “obtido através do negócio adotado, do negócio típico com as alterações que eventualmente se introduzem, sem outros riscos que não sejam os da própria celebração e execução do contrato”. Posto isto, Orlando de Carvalho conclui que o negócio indireto não “oferece ao doutrinador nenhuma particularidade relevante de ordem jurídica que o obrigue a levá-lo às caminhadas da categorização dogmática”, isto é, trata-se não de uma categoria jurídica autónoma, mas de uma categoria prática ou económica. Ele é, por isso, distinto dos negócios mistos, que surgem sempre que “as partes modelem, em vez de um único negócio típico, uma combinação de negócios.

Veja-se, igualmente, Francisco Pereira COELHO, “Coligação Negocial e Operações negociais complexas: tendências fundamentais da doutrina e necessidade de uma reconstrução unitária”, *Boletim da Faculdade de Direito*, volume comemorativo dos 75 anos, 2003, 233-268.



como onerosos<sup>12</sup>. Nas suas palavras, “a contrapartida é o corresponsivo da outra prestação e é estipulada como o seu contravalor de modo a que, pelo menos tendencialmente, na perspetiva das partes, a equilibre”. Mas, o autor frisa, ainda assim, que a equivalência que se pretende ver estabelecida é tendencial e aferida na perspetiva das partes. Não deixa, de facto, de se considerar oneroso o negócio pelo qual A transmite a B a propriedade de um imóvel por um preço muito inferior ao valor de mercado. Em rigor, Pais de Vasconcelos admite que “a classificação dos negócios jurídico em gratuitos e onerosos é francamente defeituosa, porque dificulta a conceção dos contratos que não sejam puramente gratuitos nem perfeitamente onerosos”, e acrescenta que “uma das prestações pode não corresponder valorativamente à outra, por variadíssimas razões. Uma compra e venda pode ser celebrada por um preço inferior ao valor da coisa vendida, ou porque o vendedor está animado por um espírito de liberalidade ou de caridade, ou porque deseja mobilizar stocks, ou porque as condições de mercado lhe não permitem vendê-la por um preço superior”<sup>13</sup>. No mesmo sentido, Mota Pinto aduz que “a falta de equivalência objetiva ou usual das atribuições patrimoniais pode ter várias explicações (especial valor subjetivo da prestação para uma das partes, mesmo no plano económico; valor afetivo ou estimativo de um objeto; falta de capacidade ou habilidade para a negociação; urgência em concluir o negócio, etc.)”<sup>14</sup>; e Menezes Cordeiro alerta

---

<sup>12</sup> Pedro Pais de VASCONCELOS, *Contratos atípicos*, Almedina, Coimbra, 1995, 140 s. e 378 s.

<sup>13</sup> Pedro Pais de VASCONCELOS/Pedro Leitão Pais de VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, 286.

<sup>14</sup> C. A. Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 401.



para o facto de “um negócio [poder] vir a revelar-se como imensamente lucrativo para uma das partes e ruinoso para a outra; nem por isso haverá gratuidade, se as partes o não tiverem querido como tal, antes se verificando a presença de um negócio em desequilíbrio”<sup>15</sup>.

Ao não se exigir entre as prestações/atribuições patrimoniais um equilíbrio objetivo, mas tão-só subjetivo<sup>16</sup>, ainda que com

---

<sup>15</sup> A. Menezes CORDEIRO, *Teoria Geral do Direito Civil*, I, 539; ID., *Tratado de Direito Civil*, II, 107.

<sup>16</sup> Neste sentido, cf. C. A. Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 401, sublinhando que “não é necessário um equilíbrio ou equivalência das prestações ou atribuições patrimoniais, consideradas pelo seu valor objetivo ou normal. O que releva é a avaliação das partes ou, mais que a avaliação, a vontade, o intento das partes”. Veja-se, ainda, Manuel de ANDRADE, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, II, 55, considerando que “a relação entre as duas prestações ou vantagens afere-se (...) do ponto de vista das partes. (...) Ela não se determina pelo valor real, objetivo, comum ou usual das prestações, isto é pelo valor que têm para toda a gente – o seu valor normal de troca, no tempo e no lugar considerado. Revela também para o efeito o valor especial que elas têm para as partes, em virtude de qualquer razão de ordem económica ou até de ordem moral. E tudo isto segundo a estimativa das partes. Relevam dum modo geral quaisquer possíveis fatores de apreciação que elas queiram tomar em conta e valorizados estes segundo os seus critérios. O que importa e decide em última análise é a vontade das partes. Uma das partes pode dar alguma coisa (prestação) que sabe valer mais do que aquilo que recebe da outra. Pode saber que faz um negócio em que fica prejudicada, um negócio ruinoso até. Mas fá-lo porque quer receber e para receber a prestação da outra parte, em virtude de um interesse de qualquer ordem, e não pôde ou não soube obter essas prestações em condições menos gravosas. E mutatis mutandi pelo lado da outra parte. Essa pode saber que o negócio em questão é vantajoso para ela – que é mesmo uma verdadeira pechincha – mas por qualquer motivo não está disposta a



exceções<sup>17</sup>, percebe-se que a distinção entre os negócios onerosos e os negócios gratuitos não se pode quedar na mera contabilização de contrapartidas. Ao invés, haveremos de ter em conta um elemento subjetivo – a intenção que subjaz à celebração do negócio. O negócio gratuito é caracterizado pelo *animus donandi* ou *animus liberandi*. Conforme explicita Menezes Cordeiro, “no verdadeiro negócio gratuito, a vontade livre do sacrificado determinou-se pela intenção de dar (...); apenas na presença deste fator têm aplicação as regras próprias das liberalidades”<sup>18</sup>. Já no caso do negócio oneroso, as partes consideram que as duas prestações estão ligadas reciprocamente por um vínculo de causalidade: uma é causa da outra, ou, dito de outro modo, “a vantagem que cada uma visa obter é contrabalançada por um sacrifício que está numa relação de estrita causalidade com aquela vantagem”<sup>19</sup>.

O critério classificatório dos negócios onerosos e gratuitos não pode, portanto, ser meramente objetivo. Ao invés, exigem-se notas de subjetividade: a intencionalidade subjacente à celebração do negócio é fundamental para a sua qualificação. Trata-se, porém, de um subjetivismo mitigado.

Na verdade, não se sindicam intenções ocultas ou segundas

---

dar mais pelo que recebe ou aproveita-se dos motivos particulares (urgência, inabilidade, etc) que levaram o outro contraente a consentir num sacrifício maior do que o normal para obter a prestação que tinha em vista”.

<sup>17</sup> Pense-se, por exemplo, no regime dos atos do maior acompanhado no período da pendência do processo, quando estejam em causa negócios relativamente aos quais será limitada ou excluída a sua capacidade.

<sup>18</sup> A. Menezes CORDEIRO, *Teoria Geral do Direito Civil*, I, 539.

<sup>19</sup> C. A. Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 401



intenções. Não se exige, para que o negócio seja qualificado como gratuito, que a atribuição patrimonial corresponda a um ato de altruísmo<sup>20</sup>. O sujeito que atribui uma vantagem a outrem, não sendo compensado com uma contraprestação equivalente, pode fazê-lo por motivos egoístas. Pense-se, por exemplo, na hipótese em que a sociedade comercial X oferece uma publicação informativa (jornal) gratuitamente, difundindo-a por um número muito significativo de pessoas. Ao fazê-lo, procura obter dividendos – através da publicidade que consiga angariar –; simplesmente, porque a vantagem não envolve um equilíbrio prestacional no seio do mesmo esquema negocial, não se altera a qualificação do negócio como gratuito.

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 236º 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. Ora, se assim é, se nos orientamos pela impressão do destinatário, então, sem desconsiderar a hipótese de conhecimento da real vontade do declarante por parte do declaratório, a intencionalidade de que se cura – a existência ou não de um *animus liberandi*; a existência ou não de uma vontade de estabelecer um vínculo de causalidade jurídica entre as prestações ou atribuições patrimoniais – tem de se projetar em termos efetivos na conformação das declarações que vão ser interpretadas. Esta é, importa notar, uma

---

<sup>20</sup> No mesmo sentido, C. A. Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 401, n.495. Veja-se, *infra*, a referência a Manuel de Andrade no mesmo sentido.



tarefa prévia à eventual mobilização do artigo 237º CC, também operante em sede de interpretação. Assim, se A aceita arrendar a B uma garagem por um valor correspondente ao de mercado de arrendamento, por querer auxiliar B, que não encontrava outra pessoa disposta a ceder o gozo de um imóvel com aquela tipologia, nem por isso o negócio se pode qualificar como gratuito. E a esta conclusão temos de chegar mesmo se B conhecesse a efetiva intenção benemérita de A, porque, ainda que a intenção profunda pudesse ser aquela, a declaração negocial orienta-se noutro sentido, pelo que, a não ser em casos comprovados de divergência entre a vontade e a declaração, é a esta que nos devemos ater. No fundo, ou o que o sujeito diz querer não coincide com o que ele quer – e há divergência, a ser resolvida segundo a sua própria qualificação –; ou o que o sujeito diz querer coincide com o que ele quer, ainda que subjacente a essa vontade exista uma intenção que se poderia concretizar mais fortemente por outra via<sup>21</sup>. A diferença está, portanto, entre a vontade e a motivação, não sendo esta relevante.

A compreensão da intencionalidade subjacente à celebração do negócio, como complemento da consideração do equilíbrio prestacional subjetivo, torna-se, ainda, fundamental para a perceção de submodalidades de negócios onerosos. Pensamos, designadamente, nos negócios aleatórios, nos quais pode inexistir mais do que uma prestação. A onerosidade que os reveste resulta da submissão a uma *alea*, a uma possibilidade de ganhar ou de perder<sup>22</sup>.

---

<sup>21</sup> O sujeito que arrenda para auxiliar o amigo poderia querer beneficiá-lo mais, celebrando com ele um comodato. A vontade negocial não se confunde, porém, com a motivação do negócio.

<sup>22</sup> C. A. Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 403.



No fundo, no momento da celebração do negócio, desconhece-se a quem vai pertencer a vantagem patrimonial que ele envolve ou, pelo menos, qual a dimensão das vantagens patrimoniais envolvidas<sup>23</sup>.

### **3. Casos problemáticos**

Se no ponto expositivo anterior chegámos à formulação de um critério suficientemente seguro e abrangente de classificação dos negócios onerosos e gratuitos, nem por isso se eliminam todas as dificuldades. A realidade prático-normativa tem-nos evidenciado, ao invés, que elas emergem, talvez fruto do que Pais de Vasconcelos considerou ser o modo polar como se deve pensar a dicotomia<sup>24</sup>. Analisemos, então, algumas hipóteses problemáticas.

#### **3.1. O ato de transmissão dos fogos das cooperativas de habitação e construção para um cooperador**

A propósito das cooperativas para habitação e construção tem-se colocado um problema, que, com eco na jurisprudência e na

---

<sup>23</sup> Como explica Menezes Cordeiro, a álea tem de fazer parte da natureza do negócio de tal modo que ele não faça sentido de outro modo, sendo este um aspeto importante, já que, como recorda o autor, qualquer contrato implica a repartição de riscos. Sobre o ponto, veja-se António Pinto MONTEIRO (coord.), *O contrato na gestão do risco e na garantia da equidade*, Instituto Jurídico da Faculdade de Direito de Coimbra, 2015

<sup>24</sup> Pedro Pais de VASCONCELOS/Pedro Leitão Pais de VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, 286.



doutrina, está longe de gerar consensos. Trata-se da questão da qualificação jurídica do ato de transmissão do imóvel de uma cooperativa habitacional para o cooperador, com implicações práticas de relevo, tanto quanto esteja em causa saber se a essa transmissão se há de aplicar, ou não, o regime da compra e venda ou de outro contrato normativamente típico. Em última instância está também – é esse um dos argumentos mobilizados – a natureza onerosa ou gratuita dos negócios em causa.

Se por um lado a lei qualifica a dita transmissão como uma compra e venda, denota-se por parte dos tribunais e dos autores uma certa resistência em aderir à solução legal, sobretudo por se olhar para a relação interna entre o cooperador e a cooperativa à luz do nexo cooperativo que os une e por se ter consciência da diversa qualificação com que somos confrontados em ordenamentos jurídicos estrangeiros. Entre os autores que se pronunciaram sobre a matéria, podemos encontrar dois grandes grupos. No primeiro, filiamos todos aqueles que, aderindo a uma posição contratualista ou dualista, entendem que os diversos negócios celebrados entre a cooperativa e os cooperadores se libertam do nexo de cooperatividade, sendo-lhes aplicáveis as regras próprias do tipo negocial concretamente em causa; ao segundo grupo, pertencem todos os outros que, militando numa posição societária ou monista, sustentam que qualquer relação particular estabelecida entre a cooperativa e os cooperadores deve ficar sujeita às regras cooperativas, por só ser compreensível no seio do nexo de cooperatividade em que emergem e que as condiciona. No meio-termo, situam-se os que, não antevendo qualquer óbice para a celebração de contratos típicos ou atípicos entre a cooperativa e os cooperadores, admitem que algumas regras possam sofrer desvios,



quando estejam em causa aspetos que surjam numa relação de dependência direta com a relação cooperativa<sup>25</sup>.

A opção entre uma das duas posições, porém, não pode basear-se numa mera alternativa ideológica entre duas concepções do mundo cooperativo e das relações que cada cooperativa de habitação e construção estabelece com os seus cooperadores. Na verdade, mesmo tendo em consideração que o legislador não tem todo o monopólio da criação da juridicidade e que não temos de nos ater às qualificações normativas por ele disponibilizadas, importa não esquecer que nos situamos num sistema de legislação, pelo que, em face da indicação precisa contida no artigo 26º RJCHC, a apontar para a celebração de um contrato de compra e venda entre os sujeitos mencionados, haveremos de, em primeiro lugar, saber se o regime

---

<sup>25</sup> Sobre o ponto, cf. Mariana Pinheiro de ALMEIDA, “A aquisição de fogo pelo cooperador numa cooperativa de habitação: natureza jurídica”, *Jurisprudência Cooperativa Comentada*, (coord. Deolinda Aparício MEIRA), INCM, Lisboa, 2012, 595 s.; Raul GUICHARD, “Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 17 de Dezembro de 2009”, *CES*, nº33 (2010/2011), 257 s.; Raul GUICHARD, “Capacidade das cooperativas. Relações entre cooperativas e cooperadores”, 521 s.; Deolinda Aparício MEIRA, *O regime económico das cooperativas*, 220 s. (falando de uma mera atribuição); C. PROENÇA, “Da possibilidade de celebração de uma compra e venda de um imóvel e de um contrato promessa de compra e venda entre uma cooperativa e um sócio”, *Jurisprudência Cooperativa Comentada*, (coord. Deolinda Aparício MEIRA), INCM, Lisboa, 2012, 529 s.; A. AFONSO, “O problema da responsabilidade de cooperativa de habitação pelos defeitos de construção de fogo vendido a cooperador”, *Jurisprudência Cooperativa Comentada*, (coord. Deolinda Aparício MEIRA), INCM, Lisboa 2012, 505 s.; Paulo DUARTE, “Reflexos jurídico-obrigacionais da cooperatividade nos negócios jurídicos celebrados pelas cooperativas de habitação e construção”, *Jurisprudência Cooperativa Comentada*, (coord. Deolinda Aparício MEIRA), INCM, Lisboa, 2012, 479 s.



específico ditado pelas restantes normas afasta ou não a possível qualificação do negócio como compra e venda e, num segundo momento, cotejar a intencionalidade normativa dos hipotéticos casos concretos *decidendi*, contextualizados pelo setor cooperativo e pelas relações que nesse domínio se desenvolvem, com a intencionalidade normativa do tipo contratual em questão, de modo a saber se se justifica ou não uma correção normativa da norma. É neste contexto que a questão da onerosidade ou a gratuidade do ato poderá avultar.

De acordo com o artigo 27º RJCHC, o preço terá de ter apenas em consideração o respetivo custo, ponderado nos termos do artigo 17º do mesmo diploma. Além da limitação do valor, muitas vezes, ele é fixado unilateralmente pela cooperativa. Este dado seria, de acordo com alguns autores, suficiente para afastar a compra e venda do quadro da transmissão da propriedade do fogo da cooperativa para o cooperador. De acordo com Mariana Pinheiro de Almeida, o pagamento de um preço e o escopo lucrativo são elementos caracterizadores do contrato de compra e venda. Ademais, o preço incluiria o custo da coisa e a margem de lucro, pelo que falhando um destes requisitos falharia a qualificação da transmissão como compra e venda<sup>26</sup>. É que, segundo a sua posição, no quadro de uma cooperativa, o que estaria em causa não seria o preço, mas o custo.

Não cremos que qualquer um destes argumentos seja procedente. De facto, o núcleo obrigacional essencial do contrato de compra e venda é integrado pela obrigação de entrega da coisa e pela

---

<sup>26</sup> Cf. Mariana Pinheiro de ALMEIDA, “A aquisição de fogo pelo cooperador numa cooperativa de habitação: natureza jurídica”, 600 s.



obrigação de pagamento do preço: são estas as prestações primárias e principais a que as partes se obrigam. Ora, o preço não tem que incluir qualquer lucro: não só pode haver vendas com prejuízo, dado que determina, inclusivamente, por motivos de proteção da concorrência, que o legislador as sancione, como a onerosidade a que somos conduzidos pelo contrato de compra e venda nos leva a considerar a existência de duas prestações unidas por um nexo de corresponsabilidade, entre as quais não tem de se estabelecer um equilíbrio objetivo, mas apenas subjetivo. Por outro lado, se é certo que o preço determinado no mercado pode envolver uma componente de lucro, a desvalorização dos bens pode determinar que um particular venda uma coisa por um preço inferior ao custo de aquisição, não se podendo falar em lucro, mas numa menos-valia que se produz. A argumentação da autora, a ser correta, levar-nos-ia a desqualificar como compra e venda o contrato celebrado entre A e B, nos termos do qual o primeiro, pela falta de jeito para o negócio, transmite a propriedade do seu computador ao segundo por um preço muito inferior ao que ele vale no mercado de usados<sup>27</sup>.

O erro de conceptualização das categorias classificatórias do negócio jurídico leva Mariana Pinheiro de Almeida a incorrer noutra imprecisão. Na verdade, tendo em conta que a doação modal “ainda existe quando, apesar da realização do encargo, o donatário recebe um benefício que represente um valor superior àquele que se obrigou a despende em consequência dos encargos”<sup>28</sup>, a autora

---

<sup>27</sup> Cf., sobre esta questão, A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil II*, 107; C.A. Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 401 s.

<sup>28</sup> Luís Menezes LEITÃO, *Direito das Obrigações*, vol. III, *Contratos em especial*, 7ª edição, Almedina, Coimbra, 2010, 207 s.



aventa – embora em termos académicos e teóricos – a possibilidade de configurar o contrato em causa como uma doação modal<sup>29</sup>. Simplesmente, erra, ao não se aperceber que, para que haja uma doação, tem de existir um *animus* de liberalidade, uma intenção de criar um enriquecimento na esfera do donatário, ao qual corresponderá necessariamente um empobrecimento na esfera do doador. Ora, a intencionalidade predicativa dos casos de transmissão da propriedade de um fogo pela cooperativa para o cooperador não é assimilada pela intencionalidade predicativa do regime das doações, ainda que oneradas com encargos. O valor pago é o valor correspondente ao custo e o facto de, perante “o desenvolvimento do mercado económico considerado normal, aquele [ir] receber um bem com um valor de mercado mais elevado do que aquilo que efetivamente paga” não serve para contrariar a comutatividade que se anuncia no desenho da relação jurídica<sup>30</sup>. É que o valor de mercado não é apto para determinar ou afastar o equilíbrio que se pretende ver estabelecido ao nível de um contrato de compra e venda<sup>31</sup>.

Poder-se-ia colocar a questão de saber se estaríamos diante de uma compra e venda mista com doação. Esta caracterizar-se-ia por a

---

<sup>29</sup> Cf. Mariana Pinheiro de ALMEIDA, “A aquisição de fogo pelo cooperador numa cooperativa de habitação: natureza jurídica”, 602.

<sup>30</sup> Cf. Mariana Pinheiro de ALMEIDA, “A aquisição de fogo pelo cooperador numa cooperativa de habitação: natureza jurídica”, 602 s.

<sup>31</sup> No sentido de a consideração do preço e da natureza não lucrativa não afastarem a qualificação de compra e venda, cf. C. PROENÇA, “Da possibilidade de celebração de uma compra e venda de um imóvel e de um contrato promessa de compra e venda entre uma cooperativa e um sócio”, 533. Refira-se, porém, que a autora defende a existência de uma compra e venda cooperativa.



prestação só em parte ser coberta pelo valor da contraprestação, não por as partes estabelecerem um equilíbrio subjetivo, diverso do equilíbrio objetivo, mas por haver a intenção clara de uma delas de beneficiar gratuitamente o outro contraente. No fundo, o caráter misto do negócio seria determinado pelo *animus* que lhe estaria subjacente. Não nos parece, contudo, plausível falar-se de um *animus donandi*. Ele inexistente no caso de cada contrato individualmente considerado; a intenção de gerar benefícios para os cooperadores é global e estatutária, mas não se incorpora em cada negócio jurídico concretamente celebrado. Ou seja, o benefício resulta da inserção do cooperador na cooperativa, para o que tem de contribuir com montantes pecuniários, e não da celebração daquele contrato nos moldes previstos na lei. Dito de outro modo, se o cooperador recebe um benefício, este tem uma causa – a sua inserção na cooperativa, para a qual contribui e a qual constitui, no seu substrato. Tal como o sócio de uma sociedade comercial tem direito a um lucro, em virtude do pacto social, o cooperador tem direito a um benefício – embora não lucrativo – por fazer parte do substrato da pessoa coletiva. O ato constitutivo da cooperativa garante – com uma perspectiva solidarística e distributiva – que venha a adquirir por um preço inferior àquele que se fixaria no mercado. Mas inexistente um *animus donandi* da pessoa coletiva: o cooperador tem direito a comprar pelo preço de custo, em virtude da imersão no todo social. De facto, o benefício que se gera não resulta daquele contrato em particular, mas de uma lógica solidarística que opera entre todos os cooperadores. A cooperativa visa criar um benefício para os cooperadores porque elimina intermediários. No fundo, são os próprios cooperadores, numa lógica distributiva e através de uma sinergia de esforços, que garantem o que individualmente não



conseguiam. Mas do ponto de vista da aquisição do imóvel, eles pagam pela transmissão da propriedade o correspondente ao seu valor. Não há, portanto, analogia possível com a situação do tio de A, construtor civil, que resolve vender um apartamento ao sobrinho por um valor residual.

### 3.2. As doações modais

A doação é o contrato pelo qual uma pessoa, por espírito de liberalidade e à custa do seu património, dispõe gratuitamente de uma coisa ou de um direito, ou assume uma obrigação, em benefício de outro contraente. De acordo com o artigo 963º CC, as doações podem ser oneradas com encargos. Significa isto que ao contrato de doação foi aposta uma cláusula modal ou modo<sup>32</sup> e que, portanto, o próprio donatário vai suportar sacrifícios. Resulta daqui uma questão incontornável: perder-se-á a natureza gratuita do negócio, encaminhando-nos para o domínio da onerosidade?

Não cremos que a resposta possa, *a priori*, ser afirmativa. Ainda que se imponha a realização de um encargo ao donatário e, assim, ainda que este haja de realizar uma prestação (positiva ou negativa), não deixa de estar presente o *animus liberandi* ou *animus donandi*. Doador e donatário não olham para as duas prestações no sentido de se equilibrarem, ainda que em termos subjetivos. Ao invés, no espírito do doador haverá sempre a vontade de beneficiar a sua

---

<sup>32</sup> Sobre o ponto, cf. Antunes VARELA, *Ensaio sobre o conceito de modo*, Coimbra, 1955



contraparte.

O encargo que se impõe ao donatário não deixa de ser entendido como um esforço residual que ele tem de cumprir, mas que não compromete o benefício que recebe. Isso mesmo parece transparecer a partir da disciplina legal da cláusula modal. Nos termos do artigo 963º/2 CC, o donatário não é obrigado a cumprir os encargos senão dentro dos limites do valor da coisa ou do direito doado. Quer isto dizer que, ainda que do ponto de vista do donatário e em termos práticos, o negócio assuma foros de onerosidade, há um efetivo controlo sobre os termos do encargo, de modo a que aquele não fique privado do benefício que lhe foi atribuído.

Por outro lado, não se pode afirmar que haja uma relação de corresponsabilidade entre as duas atribuições patrimoniais, de tal modo que, em caso de não cumprimento do modo, embora tanto o doador como os seus herdeiros e, bem assim, quaisquer interessados possam exigir o cumprimento dos encargos, não haverá necessariamente direito à resolução. Pelo contrário, o doador só pode resolver o negócio quando tal direito lhe tenha sido conferido pelo contrato. Como explica Mota Pinto, “não bastará (...) provar, por qualquer meio, que a cláusula modal foi causa impulsiva da doação, isto é, que o doador a não teria feito se soubesse que o inadimplemento teria lugar; é necessário que o direito de resolução lhe seja conferido pelo contrato e, portanto, corresponda a uma vontade real suscetível de desentranhar a sua eficácia em sede interpretativa”<sup>33</sup>.

Acresce que, porque o modo não implica inelutavelmente um

---

<sup>33</sup> C. A. Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 587.



encargo de natureza patrimonial e porque o beneficiário do encargo pode ser um terceiro, a aposição de uma cláusula modal a uma doação não obsta a que o efetivo empobrecimento do doador se verifique.

Adequadamente compreendidos estes aspetos do regime, entende-se que só em situações extremas (e pontuais) podemos considerar que as doações modais perdem a natureza gratuita. Seria necessário, para tanto, que o encargo imposto tendesse a equivaler o sacrifício do doador e que a *intenção de transmitir a propriedade sem uma contrapartida pecuniária* fosse acompanhada da intenção de, em compensação, obter para si ou para terceiro um benefício de outro nível. Afastamo-nos de uma lógica de tudo ou nada na qualificação dos negócios como onerosos ou gratuitos para nos encaminharmos para uma apreciação gradativa que atende à materialidade subjacente aos casos concretos<sup>34</sup>.

### 3.3. Os concursos públicos (promessas públicas)

Outro domínio problemático diz respeito aos concursos atributivos de prémios. Sobre esta questão o Supremo Tribunal de Justiça pronunciou-se no Acórdão de 9 de janeiro de 1990<sup>35</sup>. Em causa estava saber se certos bens eram bens próprios de um dos

---

<sup>34</sup> Em sentido diverso, Manuel de ANDRADE, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, II, 56, considerando que não constituem puros e simples negócios onerosos nem puros e simples negócios gratuitos

<sup>35</sup> Proc. nº78601, relator Eliseu Ferreira, in *Boletim do Ministério da Justiça*, 393, 1990, 603 s.



cônjuges ou bens comuns, para efeitos de partilha subsequente a um processo de divórcio. Tornava-se, portanto, imperioso determinar a natureza onerosa ou gratuita do título de aquisição dos referidos bens, atento o regime de comunhão de adquiridos que vigorava entre o casal. Mais especificamente, seria necessário indagar em que medida era ou não possível estabelecer uma concreta analogia entre a doação e os prémios obtidos em concursos públicos, já que o artigo 1722º CC considera bens próprios aqueles que advierem aos cônjuges, na constância do matrimónio, por doação ou sucessão.

No referido acórdão, pode ler-se que, “na qualificação de bens próprios ou comuns, dúvidas se têm levantado quanto a bens adquiridos mediante contratos aleatórios (seguro, lotarias, rifas, apostas), promessas públicas e concursos públicos”. cremos que nenhuma razão haverá para se suscitarem dificuldades a propósito dos contratos aleatórios, como, aliás, reconhece o aresto. Na verdade, a aleatoriedade envolve uma forma de onerosidade, ao implicar a submissão das partes a um risco de ganhar ou de perder. Numa outra formulação, o coletivo de juízes considerou que não há, nestes contratos, nenhum intuito de liberalidade, já que qualquer deles permite auferir lucros, sendo uma atividade comercial.

No tocante aos concursos públicos, qualificáveis como promessas públicas, e, portanto, como negócios unilaterais, o promitente fica “vinculado logo que, mediante anúncio público, oferece uma prestação a quem se encontre numa determinada situação ou pratique certo ato, positivo ou negativo”. Como explicita o Supremo Tribunal de Justiça, “a atribuição patrimonial umas vezes tem caráter de onerosidade, designadamente quando tenha por equivalente ou corresponsivo uma prestação que para o promitente represente a prestação de um serviço; outras vezes tem o caráter de liberalidade,



destinando-se a galardoar o concorrente mais dotado em qualidades físicas ou intelectuais”<sup>36</sup>. Assim, por exemplo, o prémio atribuído pela descoberta de um criminoso deve ser entendido – continua o acórdão – como a contrapartida de uma prestação efetuada pelo beneficiário; ao invés, o prémio literário que visa premiar aquele que escreve o melhor romance do ano reveste um caráter de liberalidade.

No caso concreto, estavam em causa bens ganhos em concursos televisivos. Entendeu o Supremo Tribunal de Justiça que eles se assumem como verdadeiros espetáculos: “a empresa organizadora dos concursos visa em muitos casos a realização de espetáculos, com a colaboração dos concorrentes, com fins lucrativos”. E bem. Emergem, unidas por umnexo de corresponsabilidade, duas prestações que se equilibram: o prémio e a atividade desenvolvida pelo concorrente. Nessa medida, estamos diante de negócios unilaterais onerosos. Repare-se, ademais, que esta corresponsabilidade é acompanhada da intenção de estabelecer o equilíbrio de que se cura, estando ausente qualquer *animus* de liberalidade.

#### **4. As novas formas de gratuidade: as aplicações digitais (Apps)**

Sedimentado que está o critério classificatório dos negócios onerosos e gratuitos, mesmo por referência a casos eivados de um grau de problematidade superior, é chegado o tempo de tentarmos perceber que natureza revestem certos vínculos contratuais que o

---

<sup>36</sup> *Boletim do Ministério da Justiça*, 393, 1990, 605.



novo mundo digital foi forjando.

A recente realidade digital trouxe, de facto, à luz do dia novos esquemas contratuais. São inúmeras as aplicações que podem ser *gratuitamente* descarregadas para os dispositivos móveis (computadores, *smartphones*, *tablets*); são inúmeras as redes sociais em que os sujeitos se podem inscrever como utilizadores. O denominador comum entre todos estes aplicativos ou sites é a *gratuidade*. O consumidor não paga um preço pela prestação de conteúdos digitais que recebe. Contudo, cede, as mais das vezes, os seus dados pessoais ao fornecedor da aplicação. Este armazena-os, processa-os e transmite-os a terceiros, para um ulterior tratamento. A partir daqui criam-se perfis de comportamento, e são *vendidos* dados em larga escala (*big data*), com as mais diversas finalidades: verificação de identidades, deteção de fraudes, finalidades publicitárias, finalidades políticas, entre muitas outras<sup>37</sup>. A transação de dados pessoais envolve grandes quantitativos pecuniários, existindo, inclusivamente, empresas que têm como objeto a negociação em torno da informação pessoal recolhida<sup>38</sup>.

Ao fornecerem determinados conteúdos digitais, as empresas que desenvolvem as plataformas de comunicação ou as aplicações recebem, em contrapartida, a possibilidade de aceder aos dados pessoais dos utilizadores que, depois de processados e anonimizados, podem conformar-se como uma verdadeira

---

<sup>37</sup> Luz Martínez VELENCOSO/Marina Sancho LÓPEZ, “El nuevo concepto de onerosidad en el mercado digital. Realmente es gratis la App?”, *Indret*, 1/2018.

<sup>38</sup> Luz Martínez VELENCOSO/Marina Sancho LÓPEZ, “El nuevo concepto de onerosidad en el mercado digital. Realmente es gratis la App?”, 12, falando do papel dos *data brokers*.



*commodity.*

A questão que se coloca é, portanto, a de saber se estaremos, de facto, em todos esses contratos de fornecimento de conteúdos digitais, perante contratos gratuitos ou se, ao invés, eles se cobrem com a nota de onerosidade.

Em abstrato, podemos aventar diversas hipóteses. Num primeiro cenário, o utilizador da aplicação ou da plataforma de comunicação utiliza-a pensando estar a aceder a um serviço gratuito e acaba, para que a mesma funcione, por consentir que o fornecedor aceda a alguns dos seus dados pessoais. Num segundo cenário, os conteúdos digitais são prestados como contrapartida do fornecimento de dados pessoais e/ou têm como finalidade a partilha de informação por parte do utilizador.

A Diretiva (UE) 2019/770, que define os requisitos a que devem obedecer os contratos de fornecimento de conteúdos digitais ou de prestação de serviços digitais, determina, no seu artigo 5º/1, que o profissional deve fornecer os conteúdos ou serviços digitais ao consumidor, sem demora indevida, depois da celebração do contrato, e em conformidade com os requisitos objetivos e subjetivos, consagrados nos artigos 7º e 8º. Ou seja, os conteúdos ou serviços digitais devem corresponder à descrição, à quantidade e à qualidade e ter a funcionalidade, a compatibilidade, a interoperabilidade e as demais características exigidas pelo contrato; ser adequados a qualquer finalidade específica para a qual o consumidor os destine e que tenha sido comunicada ao profissional, o mais tardar no momento da celebração do contrato, e relativamente à qual o profissional tenha manifestado concordância; ser fornecidos juntamente com todos os acessórios e instruções,



inclusivamente de instalação, e apoio ao cliente, tal como exigidos pelo contrato; ser atualizados; ser adequados às utilizações a que os conteúdos ou serviços digitais do mesmo tipo normalmente se destinam, tendo em conta, sendo caso disso, o direito da União e o direito nacional em vigor, as normas técnicas ou, na falta de tais normas técnicas, os códigos de conduta específicos do setor que forem aplicáveis; corresponder à quantidade e possuir as qualidades e as características de desempenho, inclusive no que respeita à funcionalidade, compatibilidade, acessibilidade, continuidade e segurança, que são habituais em conteúdos ou serviços digitais do mesmo tipo e que o consumidor possa razoavelmente esperar, dada a natureza do conteúdo ou serviço digital e tendo em conta qualquer declaração pública feita pelo profissional ou em nome deste, ou por outras pessoas em estádios anteriores da cadeia contratual, particularmente através de publicidade ou rotulagem; ser fornecidos juntamente com os acessórios e as instruções que o consumidor possa razoavelmente esperar receber; estar em conformidade com quaisquer versões de teste ou pré-visualizações dos conteúdos ou serviços digitais disponibilizadas pelo profissional antes da celebração do contrato.

Por outro lado, o prestador do serviço deve fornecer as atualizações necessárias, incluindo atualizações de segurança, durante o período em que os conteúdos digitais ou os serviços digitais devam ser fornecidos nos termos desse mesmo contrato, nas hipóteses de fornecimento contínuo durante um determinado lapso temporal; ou durante o período em que o consumidor possa razoavelmente contar com esse serviço acessório, dado o tipo e finalidade dos conteúdos ou serviços digitais e tendo em consideração as circunstâncias e natureza do contrato, nos casos em



que há único ato de fornecimento ou uma série de atos individuais de fornecimento. Exige-se da parte do consumidor a diligência para proceder às referidas atualizações, sob pena de se excluir qualquer responsabilidade do fornecedor.

Lidamos, assim, com duas hipóteses distintas: uma em que existe um único fornecimento ou diversos atos individuais de fornecimento; outra em que o fornecimento é contínuo. No primeiro caso, o fornecedor é responsável por qualquer falta de conformidade que exista no momento do fornecimento; na segunda alternativa, o profissional é responsável pelas faltas de conformidade que ocorram ou se manifestem no período durante o qual os conteúdos ou serviços digitais devam ser fornecidos.

Em casos de não fornecimento, o consumidor deve solicitar ao profissional o fornecimento dos conteúdos ou serviços digitais; caso tal não ocorra, sem demora indevida, ou num prazo adicional, convencionado pelas partes, tem direito a resolver o contrato. O direito à resolução opera imediatamente se o fornecedor declarar que não vai fornecer os conteúdos ou serviços digitais ou se tiver sido convencionado um termo necessário. Nas hipóteses de falta de conformidade, o consumidor tem direito à reposição dos conteúdos ou serviços digitais em conformidade, salvo se tal for impossível ou se se manifestar desproporcional para o fornecedor, a uma redução do preço ou à resolução do contrato. Estes remédios não são alternativos, existindo uma precedência necessária entre eles. A resolução tem eficácia retroativa, devendo o profissional reembolsar



o consumidor de todos os montantes pagos no âmbito do contrato<sup>39</sup>. Uma vez resolvido o contrato, o consumidor deve abster-se de utilizar os conteúdos digitais e de colocá-los à disposição de terceiros. Sempre que aqueles tiverem sido fornecidos num suporte material, o consumidor deve, a pedido e a expensas do profissional, devolver sem demora indevida o suporte material.

Nos termos do artigo 20º, caso o profissional seja responsável perante o consumidor pelo não fornecimento dos conteúdos ou serviços digitais ou por uma falta de conformidade resultante de um ato ou omissão de uma pessoa em estádios anteriores da cadeia contratual, o profissional deve beneficiar do direito a agir contra a pessoa ou pessoas responsáveis na cadeia de transações comerciais. Caberá ao direito interno determinar a pessoa contra a qual o profissional pode exercer o seu direito de regresso.

Sublinhe-se, *in fine*, que, de acordo com o artigo 10º, se houver um impedimento ou limitação à utilização de conteúdos ou serviços digitais, por força da violação de direitos de terceiros, em especial direitos de propriedade intelectual, o consumidor deve ter direito aos meios de ressarcimento por falta de conformidade.

A diretiva incrementa, no quadro do mercado digital, a proteção que era dispensada ao consumidor. O seu âmbito de aplicação, contudo, é circunscrito. Designadamente, a nova disciplina aplica-se a qualquer contrato em que o profissional forneça ou se comprometa

---

<sup>39</sup> A eficácia retroativa será parcial se o contrato estipular o fornecimento de conteúdos ou serviços digitais em troca do pagamento de um preço e durante um determinado período, e os conteúdos ou serviços digitais tiverem estado em conformidade durante um período anterior à rescisão do contrato.



a fornecer conteúdos ou serviços digitais ao consumidor e o consumidor pague ou se comprometa a pagar o respetivo preço. De fora parecem ficar os negócios gratuitos. Aplica-se, igualmente, nas hipóteses 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<sup>40</sup>, exceto se os dados pessoais facultados pelo

---

<sup>40</sup> Cf., a este propósito, o *considerandum* 24 Diretiva (UE) 2019/770. Pode ler-se, aí, que «os conteúdos ou serviços digitais são, além disso, frequentemente fornecidos em situações em que o consumidor não paga um preço, mas faculta dados ao operador. Esses modelos de negócios específicos aplicam-se já de diferentes formas numa parte considerável do mercado. Embora reconhecendo plenamente que a proteção dos dados pessoais é um direito fundamental e que, por conseguinte, os dados pessoais não podem ser considerados um produto de base, a presente diretiva deverá assegurar que os consumidores gozem, no contexto desses modelos de negócio, do direito a meios de ressarcimento ao abrigo do contrato. Por conseguinte, a presente diretiva deverá ser aplicável aos contratos em que o profissional fornece ou se compromete a fornecer conteúdos digitais ou a prestar serviços digitais ao consumidor e este fornece ou compromete-se a facultar dados pessoais. Os dados pessoais podem ser facultados ao profissional no momento em que o contrato é celebrado ou posteriormente, como nos casos em que o consumidor dá o seu consentimento para que o profissional utilize os dados pessoais eventualmente carregados ou criados pelo consumidor no âmbito da utilização dos conteúdos ou serviços digitais. O direito da União em matéria de proteção de dados pessoais prevê uma lista exaustiva dos fundamentos jurídicos para o tratamento lícito de dados pessoais. A presente diretiva deverá aplicar-se a todo e qualquer contrato em que o consumidor faculta ou se compromete a facultar dados pessoais ao operador. Por exemplo, a presente diretiva deverá aplicar-se aos casos em que o consumidor abre uma conta nas redes sociais e indica um nome e um endereço de correio eletrónico que são utilizados para outros fins que não apenas o fornecimento de conteúdos ou serviços digitais ou o



consumidor forem exclusivamente tratados pelo profissional para fornecer os conteúdos ou serviços digitais em conformidade com o que é imposto pela diretiva, ou para o profissional cumprir os requisitos legais a que está sujeito, não procedendo ao tratamento desses dados para quaisquer outros fins<sup>41</sup>. Não se integram, assim,

---

cumprimento dos requisitos legais. Deverá igualmente aplicar-se sempre que o consumidor dê o seu consentimento relativamente a todo o tipo de material que constitua dados pessoais, como fotografias ou mensagens que irá carregar, posteriormente processado pelo profissional para fins de comercialização. No entanto, os Estados-Membros deverão continuar a ser livres de determinar se estão preenchidos os requisitos previstos pelo direito nacional para a formação, existência e validade de um contrato».

<sup>41</sup> De notar que a Diretiva (UE) 2019/770 não se aplica aos conteúdos ou serviços digitais que estejam incorporados em bens ou com eles estejam interligados e sejam fornecidos com os bens nos termos de um contrato de compra e venda dos mesmos, independentemente de os conteúdos ou serviços digitais serem fornecidos pelo profissional ou por um terceiro. Quanto a estes releva a Diretiva (UE) 2019/771, que vem regular certos aspetos do contrato de compra e venda entre um consumidor e um vendedor. Dispõe o artigo 3º que a presente diretiva é aplicável aos contratos de compra e venda entre um consumidor e um vendedor; e aos contratos celebrados entre um consumidor e um vendedor para o fornecimento de mercadorias a fabricar ou a produzir, que são considerados, para estes efeitos, contratos de compra e venda. O bem objeto do contrato é considerado qualquer bem móvel tangível e qualquer bem com elementos digitais, isto é, qualquer bem móvel tangível que incorpore ou esteja interligado com um conteúdo ou serviço digital, ou que com este esteja interligado, de tal modo que a falta desse conteúdo ou serviço digital impeça os bens de desempenharem as suas funções. Significa isto que, apesar de a diretiva não se aplicar aos contratos para o fornecimento de conteúdo ou serviços digitais, é aplicável a conteúdos ou serviços digitais que estejam incorporados em bens, ou com eles estejam interligados com esses bens, e sejam fornecidos com os bens nos termos de um contrato de compra



---

e venda, independentemente de os conteúdos ou serviços digitais serem fornecidos pelo vendedor ou por um terceiro. Nos termos do artigo 3º/3, “em caso de dúvida sobre se o fornecimento de conteúdos ou serviços digitais incorporados ou interligados fazem parte do contrato de compra e venda, presume-se que os conteúdos ou serviços digitais estão abrangidos pelo contrato de compra e venda”. Estes conteúdos digitais traduzem-se nos dados produzidos e fornecidos em formato digital, entre os quais se integram os sistemas operativos, aplicações e outro *software*. De acordo com o *considerandum* 15, «a inclusão do fornecimento dos conteúdos ou serviços digitais incorporados ou interligados no contrato de compra e venda celebrado com o vendedor deverá depender do conteúdo desse contrato. A presente diretiva deverá incluir conteúdos ou serviços digitais incorporados ou interligados cujo fornecimento seja explicitamente exigido pelo contrato. Deverá também incluir os contratos de compra e venda que podem ser entendidos como abrangendo o fornecimento de conteúdos específicos ou a prestação de um de um serviço digital específico, atendendo a que esses conteúdos e serviços são habituais nos bens do mesmo tipo e que o consumidor pode razoavelmente esperar a sua presença, dada a natureza dos bens e tendo em conta qualquer declaração pública feita pelo vendedor ou em nome deste ou por outras pessoas em fases anteriores da cadeia de transações, incluindo o produtor. Se, por exemplo, uma televisão inteligente tiver sido anunciada como incluindo uma determinada aplicação de vídeo, considerar-se-á que tal aplicação faz parte do contrato de compra e venda. Esta solução deverá aplicar-se independentemente de os conteúdos ou serviços digitais estarem pré-instalados nos próprios bens ou terem de ser descarregados posteriormente noutros dispositivos e estarem apenas interligados aos bens. A título de exemplo, um telemóvel inteligente pode vir com uma aplicação normalizada pré-instalada fornecida nos termos do contrato de compra e venda, como por exemplo uma aplicação de alarme ou uma aplicação de câmara. Outro exemplo possível é o de um relógio inteligente. Nesse caso, o próprio relógio seria o bem que integra elementos digitais, que só podem desempenhar as suas funções com uma aplicação fornecida nos termos do contrato de compra e venda, mas que deverá ser descarregada pelo consumidor num telemóvel inteligente; nesse caso, a



no âmbito de relevância da Diretiva (UE) 2019/770 as hipóteses em que os conteúdos ou serviços digitais não são fornecidos ou prestados em contrapartida de um preço, quando o profissional recolhe dados pessoais exclusivamente para fornecer os conteúdos

---

aplicação seria assim o elemento digital interligado. Tal deverá aplicar-se também se os conteúdos ou serviços digitais incorporados ou interligados não forem fornecidos pelo próprio vendedor, mas sim, nos termos do contrato de compra e venda, por terceiros. A fim de evitar incertezas para os operadores e para os consumidores relativamente à questão de saber se o fornecimento dos conteúdos ou serviços digitais faz parte do contrato de compra e venda, deverão aplicar-se as regras da presente diretiva». Porém, nos termos do *considerandum* 16, «se a falta de conteúdos ou serviços digitais incorporados ou interligados não impedir os bens de desempenharem as suas funções ou se o consumidor celebrar um contrato de fornecimento de conteúdos ou serviços digitais que não faça parte de um contrato de compra e de bens com elementos digitais, esse contrato deverá considerar-se distinto do contrato de compra e venda dos bens, mesmo que o vendedor atue como intermediário nesse segundo contrato com o operador terceiro, e poderá estar abrangido pelo âmbito de aplicação da Diretiva (UE)2019/770. Por exemplo, se o consumidor descarregar uma aplicação de jogo de uma loja de aplicações para um telemóvel inteligente, o contrato de fornecimento da aplicação de jogo é distinto do contrato de compra e venda do próprio telemóvel inteligente. Por conseguinte, a presente diretiva deverá apenas aplicar-se ao contrato de compra e venda do telemóvel inteligente, enquanto o fornecimento da aplicação de jogo deverá estar abrangido pela Diretiva (UE) 2019/770, caso se encontrem preenchidas as condições nela previstas. Outro exemplo é o caso em que é expressamente acordado que o consumidor compra um telemóvel inteligente sem um sistema operativo específico e posteriormente celebra com um terceiro um contrato para o fornecimento de um sistema operativo. Nesse caso, o fornecimento do sistema operativo comprado em separado não faz parte do contrato de compra e venda e, por conseguinte, não é abrangido pelo âmbito de aplicação da presente diretiva, mas poderá estar abrangido pelo âmbito de aplicação da Diretiva (UE) 2019/770, caso se encontrem preenchidas as condições nela previstas».



ou serviços digitais ou unicamente para efeitos de cumprimento dos requisitos legais. De acordo com o *considerandum* 25, “tais situações podem incluir, por exemplo, os casos em que o registo do consumidor for exigido pela legislação aplicável para fins de segurança e de identificação”. Do mesmo modo, pode ler-se que “a presente diretiva também não deverá ser aplicada em situações em que o profissional recolhe metadados, tais como informações relativas ao dispositivo do consumidor ou ao seu histórico de navegação, exceto se esta situação for considerada um contrato ao abrigo do direito nacional. Também não se deverá aplicar a situações em que o consumidor, sem ter celebrado qualquer contrato com o profissional, esteja exposto a anúncios com o intuito exclusivo de aceder a conteúdos ou serviços digitais”.

A análise do quadro normativo ditado pela Diretiva (UE) 2019/770 permite-nos extrair algumas conclusões.

Em primeiro lugar, o regime de tutela do consumidor que é edificado parece ficar circunscrito às hipóteses de onerosidade contratual. O legislador europeu entendeu, de facto, que só a onerosidade justificava os deveres impostos ao prestador do serviço de conteúdos digitais. O âmbito de relevância do diploma é, primeiramente, recortado a partir da estrutura negocial em que o sujeito A fornece certos conteúdos ou serviços digitais a B e este se compromete a pagar um determinado preço.

O pagamento do preço é equiparado, para efeitos de delimitação do âmbito de intencionalidade problemática, à cedência de dados pessoais ao profissional prestador do serviço. Também nessas hipóteses, porque existem duas prestações que se contrapõem e se equilibram, se justifica a maior exigência em relação ao profissional.



Já não será assim se os dados pessoais facultados pelo consumidor servirem apenas para fornecer os conteúdos ou serviços digitais ou para cumprir requisitos legais, não se procedendo ao seu tratamento para quaisquer outros fins. Numa hipótese destas – v.g., quando o utilizador tem de fornecer a sua localização geográfica para que a aplicação instalada possa funcionar<sup>42</sup> –, desde que aqueles dados não sejam tratados para quaisquer outros fins, há apenas uma prestação, que é realizada com um *animus liberandi*. A gratuidade pode, de facto, afirmar-se, tanto quanto não haja, igualmente, para o prestador do serviço ou dos conteúdos qualquer benefício que compense a sua prestação.

Situação diversa é aquela em que o sujeito fornece uma aplicação – aparentemente gratuita – para, com base no comportamento ativo do beneficiário, recolher dados pessoais que, uma vez anonimizados (ou não, dependendo do consentimento que obtenha para a sua transmissão), podem ser transmitidos a terceiros, obtendo com isso avultados lucros. Numa hipótese como esta não existe a intenção de gerar um benefício a outrem, sem receber qualquer contrapartida, ao mesmo tempo que existem duas prestações que se equilibram, pelo menos subjetivamente.

Repare-se que o caso é diverso daquele em que o sujeito que beneficia de uma aplicação ou do acesso a uma plataforma/site tem de autorizar publicidade na página para que possa aceder aos conteúdos da mesma. Neste caso, o benefício que o prestador do conteúdo digital obtém não resulta diretamente de uma prestação

---

<sup>42</sup> Pense-se, por exemplo, numa aplicação gps ou numa aplicação de informação meteorológica.



efetuada pelo utilizador, mas, de modo não inelutável, das condições que um maior número de visualizações potencia. Em rigor, não se perde a gratuitidade do negócio por dois motivos: em primeiro lugar, não existe da parte do utilizador uma verdadeira contraprestação que equivalha a um sacrifício compensador da prestação do prestador dos conteúdos; em segundo lugar, existe, de facto, um *animus* de liberalidade, embora não seja, como não tem de ser, acompanhado de um intuito generoso, altruísta ou benemérito<sup>43</sup>.

A onerosidade ao nível do mercado digital circunscreve-se às hipóteses em que existe uma prestação que efetivamente é realizada pelo utilizador que beneficia do serviço ou dos conteúdos e que serve como contrapartida daquela que o prestador do serviço cumpre. Esta prestação pode traduzir-se no pagamento de um preço ou na «cedência» de dados pessoais para serem objeto de tratamento futuro.

Se com isto comprovamos a bondade do critério classificatório que *ab initio* elegemos, na esteira da melhor doutrina, para compreender a cisão entre os negócios onerosos e os negócios gratuitos, nem por isso se atenuam as dificuldades. A questão que se impõe é saber se os dados pessoais podem ser encarados como uma

---

<sup>43</sup> Manuel de ANDRADE, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, II, 56, sublinhando que o autor da liberalidade não tem de proceder sempre por motivos altruísticos, antes podendo proceder por “motivos interessados (conseguir vantagens ainda maiores da outra parte) ou até malévolos (comprometer a outra parte). Só que estes motivos ficam estranhos ao conteúdo do negócio. A intenção liberal reside apenas na consciência e vontade negocial de dar e receber uma prestação, uma vantagem, sem contrapartida (no todo ou em parte)”.



nova moeda para estes efeitos<sup>44</sup>. O sentido da pergunta é, obviamente (todos o entendemos), impróprio. Na verdade, a moeda há de assumir características especialíssimas, que estão ausentes da negociação que ora acompanhamos. Fará, no entanto, sentido pensar que os dados pessoais são bens com valor transacionável, aquilo que na linguagem anglo-saxónica vem conhecido por *commodity*<sup>45</sup>.

A isto não obsta o facto de os dados pessoais fazerem parte integrante de um direito de personalidade, por natureza intransmissível, inalienável e irrenunciável. De facto, o que está em causa – como os autores têm procurado explicar – não é a transmissão dos dados pessoais no sentido de ceder o exclusivo dos mesmos a um terceiro, mas a limitação voluntária do direito de personalidade, permitindo que esse terceiro tenha acesso a um círculo de reserva do seu titular.

Numa outra perspetiva, os dados pessoais não podem ser configurados como coisas. Coisa é entendida pela doutrina como “bens (ou entes) de carácter estático, desprovidos de personalidade e não integradores do conteúdo necessário desta, suscetíveis de

---

<sup>44</sup> Colocando a mesma questão e respondendo negativamente, cf. Luz Martínez VELENCOSO/Marina Sancho LÓPEZ, “El nuevo concepto de onerosidad en el mercado digital. Realmente es gratis la App?”, 13 s.

<sup>45</sup> Departamento de Proteção e defesa do consumidor, *Proteção de dados pessoais nas relações de consumo: para além da informação creditícia*, Brasília, 2010, 11, considerando que “a informação pessoal, especificamente, desponta como uma verdadeira *commodity* em torno da qual surgem novos modelos de negócio que, de uma forma ou de outra, procuram extrair valor monetário do intenso fluxo de informações pessoais proporcionado pelas modernas tecnologias da informação”.



constituírem objeto de relações jurídicas”<sup>46</sup>. Para tal, é necessário que os bens apresentem algumas características, a saber: a) existência autónoma ou separada; b) possibilidade de apropriação exclusiva por alguém; c) aptidão para satisfazer interesses ou necessidades humanas. Note-se que, pelo contrário, não é necessário que “se trate de bens efetivamente apropriados”, podendo tratar-se das “res nullius, como os animais bravios ou os peixes não apropriados”<sup>47</sup>. A dificuldade de qualificar os dados pessoais como coisa passa, portanto, pela exigência de apropriação exclusiva por alguém, tanto quanto os dados pessoais pertencem, em primeira linha, ao titular dos mesmos. Ora, o titular dos dados pessoais, mesmo quando permite o acesso de terceiros ao conteúdo dos mesmos, não lhes atribui o direito de uso exclusivo. Inexiste, por isso, um direito de propriedade sobre os dados pessoais, o que nos mostra que não há aqui qualquer coisificação do ser pessoa ou de bens que integrem o conteúdo essencial da sua personalidade. Acresce que estamos diante de bens que integram o conteúdo necessário da personalidade, decaindo também por essa via a possibilidade de qualificação como coisa.

Em abstrato podemos, então, aventar duas hipóteses: ou o prestador do serviço ou conteúdos digitais armazena os dados pessoais que lhe são transmitidos, no sentido já compreendido de a eles ter acesso, e transmite-os a um terceiro que os processa, estabelecendo, através da mineração, padrões e perfis, que depois utiliza ou vende a outros terceiros que neles tiverem interesse; ou o prestador do serviço ou conteúdos digitais procede ele próprio à

---

<sup>46</sup> C. A. Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 341 s.

<sup>47</sup> Cf. C. A. Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 343.



tarefa de anonimização, catalogação, mineração e perfilização dos dados que depois são “vendidos” como dados não pessoais<sup>48</sup>.

As duas hipóteses em teoria consideradas não levantam a mesma ordem de problemas ou, pelo menos, não requerem a mesma ponderação judicativa. De facto, no que aos dados pessoais (isto é,

---

<sup>48</sup> Se, nos termos da al. a) do artigo 3º da Lei nº67/98, os dados pessoais eram definidos como qualquer informação, de qualquer natureza e independentemente do respetivo suporte, incluindo som e imagem, relativa a uma pessoa singular identificada ou identificável, sendo considerada identificável a pessoa que possa ser identificada direta ou indiretamente, designadamente por referência a um número de identificação ou a um ou mais elementos específicos da sua identidade física, fisiológica, psíquica, económica, cultural ou social, o artigo 4º/1 RGPD vem estabelecer que dados pessoais integram toda a informação relativa a uma pessoa singular identificada ou identificável, sendo 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. Não obstante a diversa formulação, cremos que a ampliação da noção não é senão aparente. De facto, a falta de referência aos dados de localização ou identificadores por via eletrónica, bem como aos elementos da identidade genética não nos condenava à sua exclusão do âmbito de relevância da lei nº67/98. Aliás, o TJUE, no acórdão de 19 de Outubro de 2016 (Proc. C-582/14), em atenção à Diretiva 95/46/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, que a Lei nº67/98 vem transpor para o ordenamento jurídico interno (devendo, por isso, ser interpretada de acordo com o direito comunitário), considera que o endereço de protocolo internet dinâmico (IP) é um dado pessoal. De outro modo não poderia, aliás, deixar de ser, atenta a intencionalidade predicativa da disciplina, vertida não só na noção de dado pessoal, como nos princípios norteadores do tratamento de dados. Os dados não pessoais resumem-se, portanto, aos dados que não se relacionam com a pessoa singular ou que, sendo relativos a ela, não a permitem identificar.



não anonimizados) diz respeito, haveremos de saber se o consentimento do titular do direito abarca ou não a possível transmissão a terceiros e com que finalidades. Dependendo da resposta, o ato pode ser lícito ou ilícito, podendo fazer emergir uma pretensão indemnizatória. Podendo verificar-se em concreto a assimilação da intencionalidade do caso pela intencionalidade problemática das duas modalidades básicas de responsabilidade – responsabilidade contratual e responsabilidade extracontratual –, haveremos de ter em conta a disciplina contida no Regulamento Geral de Proteção de Dados para definir os contornos da responsabilização que assoma no horizonte. Facilitando-se a imputação em certos moldes, constatam-se, ainda assim, dificuldades ressarcitórias evidentes. A primeira delas prende-se com o facto de poder não se verificar um dano. Mesmo se descontarmos o problema de saber como interpretar a referência que o RGPD faz aos danos materiais e imateriais – questionando se os segundos devem ou não passar pelo crivo do artigo 496º CC –, haverá situações em que o dano verificado é coletivo e não individualizado. Pense-se, por exemplo, numa hipótese em que uma rede social fornece ilicitamente os dados dos seus utilizadores a um terceiro, que os utiliza para campanhas de marketing político não autorizadas, que condicionam os resultados eleitorais nacionais. Nesse caso, havendo ilicitude, não haverá, contudo, dano que possa sustentar a responsabilização do sujeito.

Noutras situações, poderá ocorrer um dano que, contudo, é suplantado pelo lucro ilicitamente obtido pelo responsável pelo



tratamento de dados – o *controller*<sup>49</sup>. Para quem, como nós, recuse que a responsabilidade civil seja chamada a repor as situações de lucro ilícito, ficaremos sem possibilidade de resolver o problema por esta via. Aventa-se, então, a possibilidade de se recorrer às regras do enriquecimento sem causa. O problema tem-se colocado a propósito dos direitos de personalidade, envolvendo a problematização dos chamados danos punitivos. Encontrando-se obstáculos de índole constitucional e civil à adoção, no nosso ordenamento jurídico, de uma punição desse jaez, não restam dúvidas que – cumprindo-se o requisito da subsidiariedade – a solução pensável para fazer face às situações de lucro ilícito será a chamada à colação das regras do enriquecimento sem causa<sup>50</sup>. A isso não obsta a natureza pessoal do direito violado. Algumas vozes levantam-se, contudo, dizendo que, quando em causa estejam direitos de personalidade, é difícil conceber-se a convocação do enriquecimento sem causa, pensado sobretudo para situações patrimonialmente cunhadas, ou por não atribuírem a tais direitos o estatuto de verdadeiros direitos subjetivos ou pela consideração do conteúdo não patrimonial dos

---

<sup>49</sup> Nos casos que abstratamente estamos a configurar o *controller* pode ser o prestador do serviço ou conteúdos digitais e/ou o terceiro a quem os dados não autorizadamente tenham sido transmitidos. Sobre o ponto, cf. Mafalda Miranda BARBOSA, “Data controllers e data processors: da responsabilidade pelo tratamento de dados à responsabilidade civil”, *Revista de Direito Comercial*, 2018, 416 s.; Id., “Covid-19 e plataformas de *streaming*: breve reflexão”, *Revista de Direito Comercial*, 4-2020, 989.

<sup>50</sup> Sobre o ponto, cf. Mafalda Miranda BARBOSA, Do nexos de causalidade ao nexos de imputação. Contributo para a compreensão da natureza binária e personalística do requisito causal ao nível da responsabilidade civil extracontratual, *Principia*, 2013; Id., “Reflexões em torno da responsabilidade civil: teleologia e teleonomologia em debate”, *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. LXXXI, Coimbra, 2005, 511 s.



mesmos<sup>51</sup>. Não cremos, porém, que haja razão de ser nas objeções. Consoante explicita Menezes Leitão<sup>52</sup>, “a comercialização ocorre no mercado e constitui uma forma de aproveitamento dos bens da personalidade na atual sociedade económica. Se tal ocorre como dado de facto, não pode deixar de se considerar que se verificou uma evolução das concepções da sociedade no sentido da função económica dos direitos de personalidade e do valor representado pela sua comercialização, suficiente para que o enriquecimento sem causa não possa ignorar a sua proteção”. No fundo, o que o autor nos vem dizer, alicerçando-se na doutrina estrangeira, é que os direitos

---

<sup>51</sup> Dando nota disso, Menezes LEITÃO, *O enriquecimento sem causa no direito civil. Estudo dogmático sobre a viabilidade da configuração unitária do instituto face à contraposição entre as diferentes categorias do enriquecimento sem causa*, Almedina, Coimbra, 2005, 718-719. Note-se que, mesmo tendo em conta que da lesão de bens pessoais podem decorrer danos patrimoniais, se não esquecermos que a principal preocupação dos referidos autores é evitar que o lesante beneficie com a situação, e ligarmos isto ao que dissemos a propósito da indemnizabilidade dos danos não patrimoniais – que encontram aqui um lugar privilegiado de emergência –, somos levados a concluir que o problema perde, uma vez mais, relevância prática. Sem que com isto pretendamos, obviamente, fazer equivaler o enriquecimento sem causa com a responsabilidade civil.

Sobre a possibilidade de recurso ao enriquecimento sem causa quando estejam em causa direitos de personalidade, cf. Leite CAMPOS, *A subsidiariedade da obrigação de restituir o enriquecimento*, Almedina, Coimbra 2003, 470 s. Afirma o autor, a propósito da determinação do requisito à custa de outrem, que “o direito de propriedade, os direitos sobre bens imateriais e os próprios direitos de personalidade reservam para o seu titular toda a utilidade retirável dos bens que têm por objeto”.

<sup>52</sup> Menezes LEITÃO, *O enriquecimento sem causa no direito civil. Estudo dogmático sobre a viabilidade da configuração unitária do instituto face à contraposição entre as diferentes categorias do enriquecimento sem causa*, 714 s. e 954.



de personalidade, hodiernamente, apresentam um cariz também patrimonial<sup>53</sup>.

O recurso ao enriquecimento sem causa tem, aliás, uma vantagem evidente. De facto, sendo o proveito económico que se obtém – o lucro – resultado não só dos dados pessoais individualizadamente considerados, mas do tratamento que deles foi feito, as regras especiais de determinação da obrigação de restituir o indevido – a afastar a restituição de todo o lucro e a impor, apenas, a restituição do enriquecimento obtido à custa do titular do direito – implicarão uma tomada em consideração desse aspeto fundamental.

Tratando-se de dados não pessoais (isto é, anonimizados), parece não se levantar qualquer problema na relação com o titular dos dados pessoais a partir dos quais foram gerados. Colocando-se a questão de saber a quem é que eles pertencem: ao titular dos dados pessoais?; ao sujeito que cria os dados – dados agregados?; ao que trabalha os dados?; ao que cria o programa que permite o seu tratamento?, a única questão que resta é a de saber se no processo de criação dos dados não pessoais (anonimizados, agregados, etc.) houve ou não alguma interferência ilícita com o direito de personalidade em causa. A ter havido, o problema é equacionado nos termos anteriormente referidos, podendo aventar-se, depois de

---

<sup>53</sup> Menezes LEITÃO, O enriquecimento sem causa no direito civil. Estudo dogmático sobre a viabilidade da configuração unitária do instituto face à contraposição entre as diferentes categorias do enriquecimento sem causa, nota 1943, onde o autor, a propósito do aproveitamento da imagem alheia, questiona a interpretação que há de ser feita do artigo 79ºCC, bem como nota 1945, onde se questiona a possibilidade de aplicação do enriquecimento sem causa quando em causa esteja não um direito especial de personalidade, mas o direito geral de personalidade);



fazer funcionar o mecanismo próprio da responsabilidade civil, a mobilização das regras do enriquecimento sem causa; a não ter havido, isso significa que houve uma justificação para a transferência da destinação de conteúdo patrimonial viabilizada pelo direito de personalidade – direito à proteção de dados pessoais – para a esfera de quem vai ganhar com isso. Esse fundamento, essa causa há de ser encontrada na divulgação dos dados pessoais por parte do titular, com uma ou mais finalidades específicas. Ora, se assim é, então facilmente percebemos que aos dados pessoais é reconhecido um conteúdo de aproveitamento patrimonial, o qual pode funcionar como contrapartida prestacional num contrato que haja sido celebrado<sup>54</sup>.

Inexistindo a intenção de gerar um benefício em relação à contraparte, existindo duas atribuições patrimoniais que se compensam, sendo uma causa da outra, podemos concluir que os novos contratos forjados no mercado digital devem ser qualificados como onerosos. Deteta-se, portanto, uma divergência clara entre a percepção económica pessoal – a pessoa que “descarrega” a aplicação fá-lo convicta de que a mesma é gratuita – e a natureza jurídica do negócio que é celebrado.

Em última instância, esta constatação dever-nos-ia levar a refletir sobre a necessidade de se reforçarem os especiais deveres de informação que ao nível da proteção de dados pessoais avultam,

---

<sup>54</sup> Note-se que não se está com isso a dizer que as obrigações têm de ter um conteúdo patrimonial. Frisamos este ponto por estar em causa a distinção entre os negócios onerosos e gratuitos. Acerca do ponto, veja-se Manuel de ANDRADE, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, II, 54, considerando que a classificação visa apenas os negócios patrimoniais.



# REVISTA DE DIREITO COMERCIAL

numa clara apologia do aumento da transparência no mercado digital, que, contudo, não nos pode condenar às consequências nefastas do excesso de informação.

Mafalda Miranda Barbosa



# REVISTA DE DIREITO COMERCIAL

[www.revistadedireitocomercial.com](http://www.revistadedireitocomercial.com)  
2020-11-11