

DO CONSENTIMENTO ENQUANTO CONDIÇÃO DE LICITUDE PARA O TRATAMENTO DE DADOS PESSOAIS POR PARTE DAS ADMINISTRAÇÕES PÚBLICAS: UMA ABORDAGEM CRÍTICA

Joel A. Alves¹

<https://doi.org/10.21814/uminho.ed.148.18>

Sumário: §0. Enquadramento. §1. A relação do consentimento com as demais condições de licitude. §2. Os requisitos para a obtenção de um consentimento válido. §3. A (tendencial) inadequação do consentimento enquanto condição de licitude para o tratamento de dados pessoais por parte das Administrações Públicas. §4. Considerações finais.

Resumo: No presente artigo procurar-se-á efetuar uma apreciação crítica sobre a (sobre)utilização do consentimento, enquanto condição de licitude para o tratamento de dados pessoais, procurando esclarecer que este não só não é o *único*, como nem sequer é o *primeiro meio*, ou o *meio juridicamente mais adequado*, para as entidades administrativas legitimarem a generalidade das atividades de tratamento por si desenvolvidas.

Palavras-chave: Consentimento; RGPD; condições de licitude; Administrações Públicas.

¹ Assistente Convidado na Escola de Direito da Universidade do Minho. Doutorando em Ciências Jurídicas, na especialidade de Ciências Jurídicas Públicas, na Escola de Direito da Universidade do Minho. A colaboração no presente escrito foi efetuada com o apoio financeiro da Fundação para a Ciência e Tecnologia, ao abrigo da Bolsa de Investigação para Doutoramento melhor identificada pela referência 2022.13673.BD. joel.ara.alves@gmail.com

§0. Enquadramento

Na esteira da Diretiva 95/46/CE², o Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados³ continua a erigir o *consentimento* como um dos seis fundamentos jurídicos que permitem legitimar o tratamento de informações relativas a pessoas singulares identificadas ou identificáveis⁴.

Sucede que, a despeito da importância que lhe é reconhecida⁵ – a ponto de gozar de referência expressa ao nível da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia⁶ –, muitas parecem ser ainda as dúvidas que se colocam quanto a esta condição de licitude. Circunstância que, em nossa ótica, em nada tem contribuído para a sua adequada utilização.

Ora, a este propósito, é especialmente paradigmático o caso das Administrações Públicas; estruturas onde se tem assistido a uma (pouco saudável) tendência para a solicitação do consentimento dos titulares dos dados por tudo e por nada⁷, como que se ignorando que, na maioria das vezes, os tratamentos de dados realizados pelas entidades administrativas “não dependem da vontade do titular dos dados e, mesmo quando esta poderia

² Diretiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de Outubro de 1995, relativa à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados.

³ 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 (de ora em diante, abreviadamente designado pela sigla «RGPD» ou simplesmente por «Regulamento»).

⁴ Nesse sentido, cfr. COMITÉ EUROPEU PARA A PROTEÇÃO DE DADOS, “Diretrizes 05/2020 relativas ao consentimento na aceção do Regulamento 2016/679”, 4 de maio de 2020, p. 5; GRUPO DE TRABALHO DO ARTIGO 29º PARA A PROTEÇÃO DE DADOS, Orientações relativas ao consentimento na aceção do Regulamento (UE) 2016/679”, 10 de abril de 2018, p. 3. No plano jurisprudencial, cfr. entre outros, Tribunal de Justiça da União Europeia, Acórdão de 11 de novembro de 2020, *Orange Romania*, Processo C-61/19, §34.

⁵ Qualificando o consentimento como um “aspecto essencial do direito fundamental à proteção de dados pessoais”, cfr. GRUPO DE TRABALHO DO ARTIGO 29º PARA A PROTEÇÃO DE DADOS, “Parecer 15/2011 sobre a definição de consentimento”, 13 de julho de 2011, p. 6. Em sentido idêntico, veja-se, entre outros, CORDEIRO, A. Barreto Menezes, *Direito da Proteção de Dados: à luz do RGPD e da Lei n.º 58/2019*, Almedina, Coimbra, 2020, p. 167; PELINO, Enrico, “I Diritti dell’interessato”, in *Il Regolamento Privacy Europeo: commentario alla nuova disciplina sulla protezione dei dati personali* (coord. BOLOGNINI, Luca / PELINO, Enrico / BISTOLFI, Camilla), Giuffrè Editore, Milão, p. 212; SALMERÓN, Manuel Fernández, *La Protección de los datos personales en las Administraciones Públicas*, Thomson Civitas, Madrid, 2003, p. 93.

⁶ Cfr. artigo 8º, nº 2, do diploma em causa, onde se lê que quaisquer informações juridicamente qualificáveis como dados pessoais “devem ser objeto de um tratamento leal, para fins específicos e com o *consentimento da pessoa interessada* ou com outro fundamento legítimo previsto por lei” (sublinhado nosso).

⁷ Alertando para realidade, cfr. FONSECA, Isabel Celeste M., “Governança Pública Digital e a Proteção de Dados Pessoais: notas breves sobre as dificuldades de harmonização”, in *Estudos de E.Governança, Transparência e Proteção de Dados* (coord. FONSECA, Isabel Celeste M.), Almedina, Coimbra, 2021, p. 25.

ser relevante, ele surge numa posição de dependência ou vulnerabilidade” em relação àquelas⁸.

Neste contexto, o presente artigo pretende contribuir para a modificação de tal realidade: (i) por um lado, esclarecendo qual a relação do consentimento com as demais condições de licitude previstas no RGPD (§1), bem como os requisitos jurídicos a que este deve obedecer, por forma a que possa ser obtido de forma válida (§2); (ii) por outro, argumentando que, salvo pontuais exceções, este não constituirá um fundamento adequado para as atividades de tratamento levadas a cabo pelas Administrações Públicas (§3).

§1. A relação do consentimento com as demais condições de licitude

Nos termos do artigo 8º, nº 2, da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, quaisquer dados pessoais “devem ser objeto de um tratamento leal, para fins específicos, e com o consentimento da pessoa interessada ou com outro fundamento legítimo previsto por lei”⁹.

Significa isto que, entre outras exigências, o direito primário da União faz depender o tratamento de dados pessoais de um requisito básico: “os dados pessoais só podem ser tratados com o consentimento da pessoa interessada ou com outro fundamento legítimo previsto por lei”¹⁰. Princípio que o RGPD reafirma e concretiza, no seu artigo 6º, nº 1, determinando que o tratamento de dados pessoais apenas se poderá considerar legítimo se e na medida em que se verifique pelo menos uma das seguintes seis situações¹¹:

⁸ Cfr. CALVÃO, Filipa Urbano, “RGPD na Administração Pública: a perspetiva (de um membro) da CNPD”, in *Direito da Proteção de Dados: perspetivas públicas e privadas* (coord. FARINHO, Domingos Soares / MARQUES, Francisco Paes, FREITAS, Tiago Fidalgo de), 2.ª edição, Almedina, Coimbra, 2023, p. 14.

⁹ A importância de tal preceito, bem como das diferentes exigências que dele decorrem, tem sido, de resto, reiteradamente sublinhada pela jurisprudência. Nesse sentido, veja-se, entre outros, Tribunal de Justiça da União Europeia, Acórdão de 16 de julho de 2020, *Facebook Ireland e Schrems*, Processo C-311/18, §173; Tribunal de Justiça da União Europeia, Acórdão de 9 de março de 2017, *Manni*, Processo C-398/15, §40; Tribunal de Justiça da União Europeia, Acórdão de 13 de maio de 2014, *Google Spain*, Processo C-131/12, §69.

¹⁰ Cfr. Tribunal de Justiça da União Europeia, Acórdão de 17 de outubro de 2013, *Schwarz*, Processo C-91/12, §31.

¹¹ Cfr. KOTSCHY, Waltraut, Anotação ao artigo 6º do RGPD, in *The EU General Data Protection Regulation (GDPR): a commentary* (coord. KUNER, Christopher / BYGRAVE, Lee A. / DOCKSEY, Christopher), Oxford University Press, Oxford, 2020, p. 329. No plano jurisprudencial, veja-se, entre outros, Tribunal de Justiça da União Europeia, Acórdão de 1 de agosto de 2022, *Vyriausioji tarnybinės etikos komisija*, Processo C-184/20, §67; Tribunal de Justiça da União Europeia, Acórdão de 22 de junho de 2021, *Latvijas Republikas Saeima*, Processo C-439/19, §99.

(i) o titular dos dados tiver dado o seu consentimento para o tratamento dos seus dados pessoais para uma ou mais finalidades específicas; (ii) o tratamento for necessário para a execução de um contrato no qual o titular dos dados é parte, ou para diligências pré-contratuais a pedido do titular dos dados; (iii) o tratamento for necessário para o cumprimento de uma obrigação jurídica a que o responsável pelo tratamento esteja sujeito; (iv) o tratamento for necessário para a defesa de interesses vitais do titular dos dados ou de outra pessoa singular; (v) o tratamento for necessário ao exercício de funções de interesse público ou ao exercício da autoridade pública de que o responsável pelo tratamento se encontre investido; (vi) o tratamento for necessário para efeitos dos interesses legítimos prosseguidos pelo responsável pelo tratamento ou por terceiros, exceto se prevalecerem os interesses ou direitos e liberdades fundamentais do titular que exijam a proteção dos seus dados pessoais, muito particularmente, se o titular for uma criança¹².

Pese embora a ordem em que os supramencionados fundamentos resultam enumerados, no âmbito do preceito em causa – *primeiro* o consentimento; *depois* os restantes –, importa, todavia, advertir que o Regulamento coloca as diferentes condições de licitude numa relação de horizontalidade¹³, não estabelecendo qualquer hierarquia entre as mesmas¹⁴.

¹² Para uma apresentação sumária de cada uma das referidas condições, cfr., com as necessárias adaptações, GRUPO DE TRABALHO DO ARTIGO 29º PARA A PROTEÇÃO DE DADOS, “Parecer 06/2014 sobre o conceito de interesses legítimos do responsável pelo tratamento na aceção do artigo 7º da Diretiva 95/46/CE”, 9 de abril de 2014, pp. 25 e ss.

¹³ Nesse sentido, cfr., entre outros, BOLOGNINI, Luca / PELINO, Enrico, “Condizioni di Liceità”, in *Il Regolamento Privacy Europeo: commentario alla nuova disciplina sulla protezione dei dati personali* (coord. BOLOGNINI, Luca / PELINO, Enrico / BISTOLFI, Camilla), Giuffrè Editore, Milão, p. 279; LYNSKEY, Orla, *The Foundations of EU Data Protection Law*, Oxford University Press, Oxford, 2015, p. 186; SAMANIEGO, Francisco Javier Sempere, “La Licitud del Tratamiento. (Comentario al Artículo 6 RGD y al Artículo 8 LOPDGD y Disposición Adicional Duodécima LOPDGD)”, in *Comentario al Reglamento General de Protección de Datos y a la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales* (coord. REIGADA, Antonio Trancoso), Tomo I, Civitas / Thomson Reuters, Navarra, 2021, p. 928; VARELA, Borja Adsuara, “El Consentimiento”, in *Reglamento General de Protección de Datos: hacia un nuevo modelo europeo de privacidad* (coord. CARO, María Álvarez / GAYO, Miguel Recio), Editorial Reus, Madrid, p. 158.

¹⁴ Cfr. KOTSCHY, Waltraut, Anotação ao artigo 6º do RGD, in *The EU General Data Protection Regulation (GDPR): a commentary* (coord. KUNER, Christopher / BYGRAVE, Lee A. / DOCKSEY, Christopher), Oxford University Press, Oxford, 2020, p. 329; MONIZ, Graça Canto, *Manual de Introdução à Proteção de Dados Pessoais*, Almedina, Coimbra, 2023, p. 72. Numa perspetiva idêntica, ainda que por referência ao quadro jurídico da Diretiva 95/46/CE, veja-se, com as necessárias adaptações e atualizações, GRUPO DE TRABALHO DO ARTIGO 29º PARA A PROTEÇÃO DE DADOS, “Parecer 06/2014 sobre o conceito de interesses legítimos do responsável pelo tratamento na aceção do artigo 7º da Diretiva 95/46/CE”, 9 de abril de 2014, p. 15.

O mesmo é dizer que, para tal diploma – tal como para a anterior Diretiva 95/46/CE¹⁵ e para a própria Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia¹⁶ – *o consentimento é apenas um de entre vários fundamentos jurídicos para o tratamento de dados pessoais*¹⁷. Razão pela qual, a sua importância deva ser contextualizada¹⁸ – sendo liminarmente de afastar a ideia de que este goza de qualquer espécie de *preferência* ou *prioridade* normativa em relação às demais condições de licitude, a que anteriormente nos reportámos¹⁹.

§2. Os requisitos para a obtenção de um consentimento válido

Acresce que, para constituir um fundamento válido para o tratamento de dados pessoais, deve o consentimento qualificar-se como uma “manifestação de vontade, livre, específica, informada e inequívoca, pela qual o titular dos dados aceita, mediante declaração ou ato positivo inequívoco, que os

¹⁵ Cfr. GRUPO DE TRABALHO DO ARTIGO 29º PARA A PROTEÇÃO DE DADOS, “Parecer 15/2011 sobre a definição de consentimento”, 13 de julho de 2011, pp. 8 e ss.; SAMANIEGO, Francisco Javier Sempere, “La Licitud del Tratamiento. (Comentario al Artículo 6 RGPD y al Artículo 8 LOPDGDD y Disposición Adicional Duodécima LOPDGDD)”, in *Comentario al Reglamento General de Protección de Datos y a la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales* (coord. REIGADA, Antonio Trancoso), Tomo I, Civitas / Thomson Reuters, Navarra, 2021, pp. 928-929.

¹⁶ Cfr. BOLOGNINI, Luca / PELINO, Enrico, “Condizioni di Liceità”, in *Il Regolamento Privacy Europeo: commentario alla nuova disciplina sulla protezione dei dati personali* (coord. BOLOGNINI, Luca / PELINO, Enrico / BISTOLFI, Camilla), Giuffrè Editore, Milão, p. 279; GRUPO DE TRABALHO DO ARTIGO 29º PARA A PROTEÇÃO DE DADOS, “Parecer 15/2011 sobre a definição de consentimento”, 13 de julho de 2011, p. 6.

¹⁷ Nesse sentido, cfr., entre outros, GRUPO DE TRABALHO DO ARTIGO 29º PARA A PROTEÇÃO DE DADOS, “Parecer 15/2011 sobre a definição de consentimento”, 13 de julho de 2011, pp. 8 e ss.; GRUPO DE TRABALHO DO ARTIGO 29º PARA A PROTEÇÃO DE DADOS, “Parecer 06/2014 sobre o conceito de interesses legítimos do responsável pelo tratamento na aceção do artigo 7º da Diretiva 95/46/CE”, 9 de abril de 2014, pp. 25 e ss.

¹⁸ Cfr. CORDEIRO, A. Barreto Menezes, *Direito da Proteção de Dados: à luz do RGPD e da Lei n.º 58/2019*, Almedina, Coimbra, 2020, p. 170. Numa perspetiva idêntica, sustentando que “el consentimiento no es sino un elemento más para la protección de la integridad del individuo frente a la utilización de sus datos personales, pero no es ni el único ni (...) el más importante”, veja-se SALMERÓN, Manuel Fernández, *La Protección de los datos personales en las Administraciones Públicas*, Thomson Civitas, Madrid, 2003, p. 287.

¹⁹ Partilhando do mesmo entendimento, veja-se, entre outros, KOTSCHY, Waltraut, Anotação ao artigo 6º do RGPD, in *The EU General Data Protection Regulation (GDPR): a commentary* (coord. KUNER, Christopher / BYGRAVE, Lee A. / DOCKSEY, Christopher), Oxford University Press, Oxford, 2020, p. 329; LYNSKEY, Orla, *The Foundations of EU Data Protection Law*, Oxford University Press, Oxford, 2015, p. 186.

dados pessoais que lhe dizem respeito sejam objeto de tratamento”²⁰. O que pressupõe o preenchimento de quatro condições cumulativas²¹.

2.1. Liberdade

Assim, e em primeiro lugar, o consentimento do titular dos dados deve ser *livre*²². O que, antes de mais, implica que este seja obtido sem qualquer das *faltas ou vícios da vontade*, previstos nos artigos 240º e ss. do nosso Código Civil²³ – como seja, paradigmaticamente, a *coação*²⁴.

Sucede que, como a doutrina tem advertido, para efeitos do RGPD, “a ausência de liberdade não se circunscreve a situações em que a vontade [do titular dos dados] tenha sido exteriorizada debaixo de ameaça”²⁵. Pelo contrário: para tal Regulamento, “qualquer elemento que constitua pressão ou influência desadequada sobre o titular dos dados (...) e que o impeça de exercer livremente a sua vontade tornará o consentimento inválido”²⁶. Pelo que “todos os condicionamentos à liberdade do titular dos dados devem ser considerados”²⁷.

Nesta senda, premissa fundamental parece ser a de que o titular dos dados disponha de uma *verdadeira escolha* relativamente à prestação ou não do

²⁰ Cfr. artigo 4º, nº 11, do RGPD.

²¹ Em sentido idêntico, cfr., entre outros, BYGRAVE, Lee A. / TOSONI, Luca, Anotação ao artigo 4º, nº 11, do RGPD, in *The EU General Data Protection Regulation (GDPR): a commentary* (coord. KUNER, Christopher / BYGRAVE, Lee A. / DOCKSEY, Christopher), Oxford University Press, Oxford, 2020, p. 181; MONIZ, Graça Canto, *Manual de Introdução à Proteção de Dados Pessoais*, Almedina, Coimbra, 2023, p. 73.

²² Para mais desenvolvimentos, cfr. com especial interesse, COMITÉ EUROPEU PARA A PROTEÇÃO DE DADOS, “Diretrizes 05/2020 relativas ao consentimento na aceção do Regulamento 2016/679”, 4 de maio de 2020, pp. 7 e ss.

²³ Em sentido próximo, ainda que por referência ao Código Civil espanhol, veja-se, por analogia, VÁZQUEZ, Isabel-Cecilia del Castillo, “Consentimiento (Comentario al Art. 4.11 RGPD)”, in *Comentario al Reglamento General de Protección de Datos y a la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales* (coord. REIGADA, Antonio Trancoso), Tomo I, Civitas / Thomson Reuters, Navarra, 2021, p. 683. Numa perspetiva mais ampla, defendendo que o consentimento do titular dos dados não pode deixar de se considerar sujeito ao regime do negócio jurídico, previsto nos artigos 217º e ss. do nosso Código Civil, na medida em que este não contradiga o RGPD, cfr. CORDEIRO, A. Barreto Menezes, *Direito da Proteção de Dados: à luz do RGPD e da Lei n.º 58/2019*, Almedina, Coimbra, 2020, pp. 172 e 173.

²⁴ Para uma visão introdutória sobre o instituto em questão, veja-se, por todos, PINTO, Carlos Alberto da Mota, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.ª edição, 2.ª reimpressão, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, pp. 529 e ss.

²⁵ Cfr. CORDEIRO, A. Barreto Menezes, *Direito da Proteção de Dados: à luz do RGPD e da Lei n.º 58/2019*, Almedina, Coimbra, 2020, p. 174.

²⁶ Cfr. COMITÉ EUROPEU PARA A PROTEÇÃO DE DADOS, “Diretrizes 05/2020 relativas ao consentimento na aceção do Regulamento 2016/679”, 4 de maio de 2020, p. 8.

²⁷ Cfr. CORDEIRO, A. Barreto Menezes, *Direito da Proteção de Dados: à luz do RGPD e da Lei n.º 58/2019*, Almedina, Coimbra, 2020, p. 174.

respetivo consentimento²⁸. Exigência que, conforme clarificado pelo Comité Europeu para a Proteção de Dados, dificilmente se poderá considerar cumprida sem a verificação de, pelo menos, quatro critérios²⁹.

2.1.1. Desequilíbrio de poder

Desta feita, a fim de determinar se um consentimento pode ou não considerar-se livre, cumpre, desde logo, avaliar da relação entre titular dos dados e responsável pelo tratamento.

Isto porque, nos termos do considerando 43 do RGPD, o consentimento “não deverá constituir fundamento jurídico válido para o tratamento de dados pessoais em casos específicos em que exista um desequilíbrio manifesto entre o titular dos dados e o responsável pelo seu tratamento” – leia-se, em situações em que o primeiro se apresente numa situação de *vulnerabilidade* e/ou *dependência* face ao segundo³⁰, seja por se encontrar numa relação de subordinação jurídica em relação ao mesmo (e.g. contrato de trabalho), seja por força de outras circunstâncias especiais (como sejam a própria natureza do responsável pelo tratamento, ou outros fatores financeiros, emocionais ou práticos relevantes)³¹.

2.1.2. Condicionalidade

Por outro lado, importa igualmente ter em conta a situação específica em que o consentimento se encontra subordinado à execução de um contrato ou à prestação de um serviço³².

²⁸ Nesse sentido, cfr., entre outros, BYGRAVE, Lee A. / TOSONI, Luca, Anotação ao artigo 4º, nº 11, do RGPD, in *The EU General Data Protection Regulation (GDPR): a commentary* (coord. KUNER, Christopher / BYGRAVE, Lee A. / DOCKSEY, Christopher), Oxford University Press, Oxford, 2020, p. 182; MONIZ, Graça Canto, *Manual de Introdução à Proteção de Dados Pessoais*, Almedina, Coimbra, 2023, p. 72.

²⁹ Cfr. COMITÉ EUROPEU PARA A PROTEÇÃO DE DADOS, “Diretrizes 05/2020 relativas ao consentimento na aceção do Regulamento 2016/679”, 4 de maio de 2020, pp. 8 e ss.

³⁰ Cfr. BYGRAVE, Lee A. / TOSONI, Luca, Anotação ao artigo 4º, nº 11, do RGPD, in *The EU General Data Protection Regulation (GDPR): a commentary* (coord. KUNER, Christopher / BYGRAVE, Lee A. / DOCKSEY, Christopher), Oxford University Press, Oxford, 2020, p. 182.

³¹ Cfr. GRUPO DE TRABALHO DO ARTIGO 29º PARA A PROTEÇÃO DE DADOS, “Parecer 15/2011 sobre a definição de consentimento”, 13 de julho de 2011, pp. 14 e ss.

³² Cfr. COMITÉ EUROPEU PARA A PROTEÇÃO DE DADOS, “Diretrizes 05/2020 relativas ao consentimento na aceção do Regulamento 2016/679”, 4 de maio de 2020, p. 8.

É que, conforme o Advogado-Geral Maciej Szpunar recordou nas conclusões apresentadas no processo Planet49, o artigo 7º, nº 4, do RGPD, estabelece “uma proibição de agrupar”³³. Proibição essa que, embora não sendo absoluta³⁴, obriga o responsável pelo tratamento a encarar “com a máxima atenção” eventuais situações de agregação ou associação do consentimento³⁵. Afinal, o considerando 43 do Regulamento não deixa margem para dúvidas: deve presumir-se que “o consentimento não é dado de livre vontade (...) se a execução de um contrato, incluindo a prestação de um serviço, depender do consentimento apesar de o consentimento não ser necessário para a mesma execução”³⁶.

2.1.3. Granularidade

Acresce que, de acordo com esta última disposição, deve também presumir-se que “o consentimento não é dado de livre vontade se não for possível dar consentimento separadamente para diferentes operações de tratamento de dados pessoais, ainda que seja adequado no caso específico”. Daí que, estando em causa atividades que envolvam o tratamento de dados pessoais para várias finalidades, o consentimento só se possa considerar um fundamento de legitimidade válido caso seja obtido de forma *granular*³⁷ – isto é, caso seja conferida aos titulares dos dados a possibilidade de escolherem quais as

³³ Cfr. SZPUNAR, Maciej, Conclusões apresentadas em 21 de março de 2019, Processo C-673/13, Planet49, §97.

³⁴ Nesse sentido, veja-se, com especial interesse, COMITÉ EUROPEU PARA A PROTEÇÃO DE DADOS, “Diretrizes 05/2020 relativas ao consentimento na aceção do Regulamento 2016/679”, 4 de maio de 2020, p. 12, onde se esclarece que: “o artigo 7º, nº 4, só é aplicável se os dados solicitados não forem necessários para a execução do contrato (incluindo a prestação de um serviço) e a execução desse contrato ficar subordinada à obtenção desses dados com base no consentimento. Em contrapartida, se o tratamento for necessário para a execução do contrato (incluindo a prestação de um serviço), então o artigo 7º, nº 4, não é aplicável”.

³⁵ Assim decorre da própria formulação textual do referido artigo 7º, nº 4, do RGPD, onde se lê que: “o avaliar se o consentimento é dado livremente, há que verificar com a máxima atenção se, designadamente, a execução de um contrato, inclusive a prestação de um serviço, está subordinada ao consentimento para o tratamento de dados pessoais que não é necessário para a execução desse contrato” (destaque nosso).

³⁶ É certo que a presunção em causa é ilidível. Todavia, para que possa ser afastada, sempre terá o responsável pelo tratamento de conseguir demonstrar que o consentimento do titular dos dados foi obtido de livre vontade (cfr. artigos 5º, nº 2, e 7º, nº 1, do RGPD). O que não se afigura uma tarefa fácil. Alertando para tal circunstância, veja-se, em especial, COMITÉ EUROPEU PARA A PROTEÇÃO DE DADOS, “Diretrizes 05/2020 relativas ao consentimento na aceção do Regulamento 2016/679”, 4 de maio de 2020, pp. 12-13.

³⁷ Nesse sentido, cfr., entre outros, COMITÉ EUROPEU PARA A PROTEÇÃO DE DADOS, “Diretrizes 05/2020 relativas ao consentimento na aceção do Regulamento 2016/679”, 4 de maio de 2020, p. 14; MONIZ, Graça Canto, *Manual de Introdução à Proteção de Dados Pessoais*, Almedina, Coimbra, 2023, pp. 73 e ss, em especial, p. 76.

finalidades para que autorizam o tratamento dos seus dados (permitindo-se, por exemplo, que estes consentam na realização de algumas operações de tratamento, mas não noutras)³⁸.

2.1.4. Ausência de prejuízos

Finalmente, dispõe o considerando 42 do RGPD que “não se deverá considerar que o consentimento foi dado de livre vontade se o titular dos dados (...) não puder recusar nem retirar o consentimento sem ser prejudicado”. O que significa que a validade do consentimento depende, ainda, da inexistência de *consequências negativas relevantes* para os titulares dados – seja se estes não autorizarem o tratamento dos respetivos dados, seja se, ainda que tendo inicialmente consentido na sua realização, os mesmos vierem a revogar o consentimento originariamente prestado, nos termos do artigo 7º, nº 3, do Regulamento³⁹.

2.2. Especificidade

Em segundo lugar, para ser válido, o consentimento deve ser *específico*⁴⁰. Condição que, por sua vez, apela, fundamentalmente, ao cumprimento de três subcritérios ou exigências básicas⁴¹.

2.2.1. Especificação em função da finalidade

Destarte, há que começar por realçar que “a especificidade do consentimento apresenta uma relação muito clara com a finalidade ou o conjunto de finalidades prosseguido”⁴². Razão pela qual, por *consentimento específico*, deva, antes de mais, entender-se um consentimento obtido em consonância com o

³⁸ Cf. COMITÉ EUROPEU PARA A PROTEÇÃO DE DADOS, “Diretrizes 05/2020 relativas ao consentimento na aceção do Regulamento 2016/679”, 4 de maio de 2020, p. 14.

³⁹ *Idem*, p. 14.

⁴⁰ *Idem*, pp. 15 e ss.

⁴¹ *Idem*, p. 16.

⁴² Cf. PINHEIRO, Alexandre Sousa, Anotação ao artigo 4º, nº 11, do RGPD, in *Comentário ao Regulamento Geral de Proteção de Dados* (coord. PINHEIRO, Alexandre Sousa), Almedina, Coimbra, 2018, p. 168.

artigo 5º, nº 1, alínea b), do RGPD⁴³ – mormente, no segmento em que determina que quaisquer dados pessoais devem “ser recolhidos para finalidades *determinadas, explícitas e legítimas* e não podendo ser tratados posteriormente de uma forma incompatível com essas finalidades” (destaque nosso).

Quer isto dizer que, para efeitos do Regulamento, não se afigura aceitável um mero *consentimento genérico*⁴⁴, prestado para *finalidades vagas*⁴⁵, como por exemplo, “melhorar a experiências dos utilizadores” ou “para fins de comercialização”⁴⁶. De todo: para ser válido, “o consentimento deve ser específico para a finalidade do tratamento”⁴⁷. Finalidade essa, que deve ser identificada de *forma clara e suficientemente detalhada*, não deixando espaço para incertezas ou ambiguidades quanto ao seu significado e intenção⁴⁸.

2.2.2. Granularidade

Adicionalmente, deve o *consentimento específico* ser capaz de responder à regra “tantos consentimentos quanto finalidades”⁴⁹. O que, à semelhança do que se deixou dito a propósito do requisito do consentimento livre, implica *granularidade*⁵⁰, ou seja, dissociação das diversas finalidades do tratamento e obtenção de um consentimento separado relativamente a cada uma delas⁵¹ –

⁴³ Nesse sentido, cfr., entre outros, MONIZ, Graça Canto, *Manual de Introdução à Proteção de Dados Pessoais*, Almedina, Coimbra, 2023, p. 77.

⁴⁴ Cfr. GRUPO DE TRABALHO DO ARTIGO 29º PARA A PROTEÇÃO DE DADOS, “Parecer 15/2011 sobre a definição de consentimento”, 13 de julho de 2011, p. 19.

⁴⁵ Nesse sentido, cfr., entre outros, VÁZQUEZ, Isabel-Cecilia del Castillo, “Consentimiento (Comentario al Art. 4.11 RGPD)”, in *Comentario al Reglamento General de Protección de Datos y a la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales* (coord. REIGADA, Antonio Trancoso), Tomo I, Civitas / Thomson Reuters, Navarra, 2021, p. 687.

⁴⁶ Nesse sentido, cfr., entre outros, COMITÉ EUROPEU PARA A PROTEÇÃO DE DADOS, “Diretrizes 05/2020 relativas ao consentimento na aceção do Regulamento 2016/679”, 4 de maio de 2020, p. 16, nota 30.

⁴⁷ Cfr. AGÊNCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA UNIÃO EUROPEIA / CONSELHO DA EUROPA, “Manual da Legislação Europeia sobre Proteção de Dados”, Serviços das Publicações da União Europeia, Luxemburgo, 2022, p. 166.

⁴⁸ Cfr. GRUPO DE TRABALHO DO ARTIGO 29º PARA A PROTEÇÃO DE DADOS, “Parecer 3/2013 sobre limitação da finalidade”, 2 de abril de 2013, pp. 19 e ss.

⁴⁹ Nesse sentido, cfr. PELINO, Enrico, “I Diritti dell’interessato”, in *Il Regolamento Privacy Europeo: commentario alla nuova disciplina sulla protezione dei dati personali* (coord. BOLOGNINI, Luca / PELINO, Enrico / BISTOLFI, Camilla), Giuffrè Editore, Milão, p. 215.

⁵⁰ Cfr. COMITÉ EUROPEU PARA A PROTEÇÃO DE DADOS, “Diretrizes 05/2020 relativas ao consentimento na aceção do Regulamento 2016/679”, 4 de maio de 2020, pp. 15 e ss., em especial, p. 16.

⁵¹ Idem, p. 14. Em sentido idêntico, cfr., entre outros, CORDEIRO, A. Barreto Menezes, *Direito da Proteção de Dados: à luz do RGPD e da Lei n.º 58/2019*, Almedina, Coimbra, 2020, p. 181; VÁZQUEZ, Isabel-Cecilia del Castillo,

assim resulta, desde logo, do considerando 32 do RGPD, onde se estabelece que “o consentimento deverá abranger todas as atividades de tratamento realizadas com a mesma finalidade”; porém, “nos casos em que o tratamento sirva fins múltiplos, deverá ser dado um consentimento para todos esses fins”⁵².

2.2.3. Separação entre as informações relacionadas com a obtenção do consentimento para o tratamento de dados pessoais e as informações sobre outras questões

Por último, “o consentimento apenas poderá ser específico se for disponibilizado ao titular de dados visado toda a informação necessária”⁵³. Informação essa que, todavia, não pode ser prestada de uma qualquer maneira: “para cumprir o elemento «específico», o responsável pelo tratamento deve aplicar uma separação clara entre as informações relacionadas com a obtenção de consentimento para atividades de tratamento de dados e as informações sobre outras questões”⁵⁴. Numa palavra: deve escrupulosamente observar o disposto no artigo 7º, nº 2, do RGPD – em especial, no segmento em que determina que “se o consentimento do titular dos dados for dado no contexto de uma declaração escrita que diga também respeito a outros assuntos, *o pedido de consentimento deve ser apresentado de uma forma que o distinga claramente desses outros assuntos*” (destaque nosso).

⁵² “Consentimiento (Comentario al Art. 4.11 RGPD)”, in *Comentario al Reglamento General de Protección de Datos y a la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales* (coord. REIGADA, Antonio Trancoso), Tomo I, Civitas / Thomson Reuters, Navarra, 2021, pp. 687 e ss.

⁵³ Relacionando a disposição em causa com o critério da especificidade do consentimento, cfr., entre outros, PELINO, Enrico, “I Diritti dell’interessato”, in *Il Regolamento Privacy Europeo: commentario alla nuova disciplina sulla protezione dei dati personali* (coord. BOLOGNINI, Luca / PELINO, Enrico / BISTOLFI, Camilla), Giuffrè Editore, Milão, p. 215; AGÊNCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA UNIÃO EUROPEIA / CONSELHO DA EUROPA, “Manual da Legislação Europeia sobre Proteção de Dados”, Serviços das Publicações da União Europeia, Luxemburgo, 2022, p. 167; VÁZQUEZ, Isabel-Cecilia del Castillo, “Consentimiento (Comentario al Art. 4.11 RGPD)”, in *Comentario al Reglamento General de Protección de Datos y a la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales* (coord. REIGADA, Antonio Trancoso), Tomo I, Civitas / Thomson Reuters, Navarra, 2021, pp. 687-688.

⁵³ Cfr. CORDEIRO, A. Barreto Menezes, Anotação ao artigo 4º do RGPD, in *Comentário ao Regulamento Geral de Proteção de Dados e à Lei n.º 58/2019* (coord. CORDEIRO, A. Barreto Menezes), Almedina, Coimbra, 2021, p. 91.

⁵⁴ Cfr. COMITÉ EUROPEU PARA A PROTEÇÃO DE DADOS, “Diretrizes 05/2020 relativas ao consentimento na aceção do Regulamento 2016/679”, 4 de maio de 2020, p.18.

2.3. Informação

Em terceiro lugar – e em estreita conexão com os requisitos anteriormente analisados⁵⁵ –, o consentimento do titular dos dados deve ser *informado*⁵⁶. Requisito que impõe ao responsável pelo tratamento especiais obrigações, tanto no plano *substancial* (conteúdo das informações a fornecer), como *formal* (forma como essas informações são disponibilizadas)⁵⁷.

2.3.1. Requisitos quanto ao conteúdo

Neste contexto, é entendimento do Comité Europeu para a Proteção de Dados que um consentimento informado sempre terá de incluir, pelo menos, as seguintes informações: (i) a identidade do responsável pelo tratamento; (ii) a finalidade de cada uma das operações de tratamento em relação às quais se procura obter o consentimento; (iii) que (tipo de) dados serão recolhidos e utilizados; (iv) existência do direito de retirar o consentimento; (v) informações sobre a utilização dos dados para decisões automatizadas, em conformidade com o artigo 22º, nº 2, alínea c), do RGPD, quando pertinente e (vi) informações sobre os possíveis riscos de transferências de dados devido à inexistência de uma decisão de adequação e de garantias adequadas, tal como previsto no artigo 46º do Regulamento⁵⁸.

Sem embargo, ponto é que os artigos 13º e 14º do RGPD contemplam uma série de outras importantes informações que devem necessariamente ser facultada ao titular dos dados “na fase de início do ciclo de tratamento”⁵⁹. Donde, ainda que o responsável pelo tratamento não se encontre obrigado a incorporar esses elementos suplementares no próprio

⁵⁵ Nesse sentido, defendendo que “um consentimento livre é, necessariamente, um consentimento informado”, cfr. MONIZ, Graça Canto, *Manual de Introdução à Proteção de Dados Pessoais*, Almedina, Coimbra, 2023, p. 77. Por outro lado, destacando a interdependência entre os requisitos do consentimento específico e do consentimento informado, veja-se BYGRAVE, Lee A. / TOSONI, Luca, Anotação ao artigo 4º, nº 11, do RGPD, in *The EU General Data Protection Regulation (GDPR): a commentary* (coord. KUNER, Christopher / BYGRAVE, Lee A. / DOCKSEY, Christopher), Oxford University Press, Oxford, 2020, p. 183.

⁵⁶ Cfr. COMITÉ EUROPEU PARA A PROTEÇÃO DE DADOS, “Diretrizes 05/2020 relativas ao consentimento na aceção do Regulamento 2016/679”, 4 de maio de 2020, pp. 17 e ss.

⁵⁷ *Idem*.

⁵⁸ *Idem*, pp. 17 e 18.

⁵⁹ Cfr. GRUPO DE TRABALHO DO ARTIGO 29º PARA A PROTEÇÃO DE DADOS, “Orientações relativas à transparência na aceção do Regulamento 2016/679”, 11 de abril de 2018, p. 16.

pedido de consentimento (podendo optar por os disponibilizar num outro local, como por exemplo, uma declaração de confidencialidade)⁶⁰, se afigure amiudadamente recomendável que este assim o faça⁶¹ – quando mais não seja, por razões de mera ordem prática⁶².

2.3.2. Requisitos quanto à forma

Em qualquer caso, o considerando 42 do RGPD é taxativo: o consentimento deve ser solicitado “de uma forma inteligível e de fácil acesso, numa linguagem clara e simples”. Pelo que, embora fique ao critério do responsável pelo tratamento decidir a forma e o formato em que as informações suprarreferidas são disponibilizadas⁶³, o mesmo deva assegurar que estas se mostram suscetíveis de ser devidamente apreendidas pelo “cidadão médio”⁶⁴.

Desta feita, parece o Regulamento desde logo desaconselhar o recurso a formulações excessivamente longas e/ou impregnadas de terminologia jurídica⁶⁵: para ser informado, o consentimento deve ser fácil de compreender para o comum dos mortais e não só para aqueles que disponham de conhecimentos técnicos especializados na área do direito⁶⁶. Ademais, importa que o responsável pelo tratamento tenha em conta o seu público-alvo, adaptando as informações fornecidas de acordo com as suas características e

⁶⁰ Cfr. COMITÉ EUROPEU PARA A PROTEÇÃO DE DADOS, “Diretrizes 05/2020 relativas ao consentimento na aceção do Regulamento 2016/679”, 4 de maio de 2020, p. 19.

⁶¹ Nesse sentido, veja-se, entre outros, DIENST, Sebastian, “Key requirements for lawful processing of personal data from a business perspective”, in *New European General Data Protection Regulation: a practitioner’s guide* (coord. RÜCKER, Daniel / KUGLER, Tobias), Nomos, Baden-Baden, 2018, p. 95.

⁶² Em sentido próximo, admitindo que, “na prática, o cumprimento dos deveres de informação [previstos nos artigos 13.º e 14.º do RGPD] e o cumprimento do requisito de consentimento informado podem conduzir a uma abordagem integrada em muito casos”, COMITÉ EUROPEU PARA A PROTEÇÃO DE DADOS, “Diretrizes 05/2020 relativas ao consentimento na aceção do Regulamento 2016/679”, 4 de maio de 2020, p. 19.

⁶³ Sufragando tal entendimento, veja-se, entre outros, MONIZ, Graça Canto, *Manual de Introdução à Proteção de Dados Pessoais*, Almedina, Coimbra, 2023, p. 79; VÁZQUEZ, Isabel-Cecilia del Castillo, “Consentimiento (Comentario al Art. 4.11 RGPD)”, in *Comentario al Reglamento General de Protección de Datos y a la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales* (coord. REIGADA, Antonio Trancoso), Tomo I, Civitas / Thomson Reuters, Navarra, 2021, p. 692.

⁶⁴ A expressão em causa é expressamente utilizada pelo GRUPO DE TRABALHO DO ARTIGO 29º PARA A PROTEÇÃO DE DADOS, in “Parecer 15/2011 sobre a definição de consentimento”, 13 de julho de 2011, p. 23.

⁶⁵ Cfr. COMITÉ EUROPEU PARA A PROTEÇÃO DE DADOS, “Diretrizes 05/2020 relativas ao consentimento na aceção do Regulamento 2016/679”, 4 de maio de 2020, p. 18.

⁶⁶ *Idem, ibidem.*

especificidades próprias⁶⁷ – mormente, nas situações em que possa estar em causa o tratamento de dados pessoais relativos a pessoas singulares vulneráveis, em particular, crianças⁶⁸.

Finalmente, também a *acessibilidade* e a *visibilidade* da informação devem ser encaradas como elementos da maior relevância⁶⁹. Daí que, para cumprir o RGPD, não baste ao responsável pelo tratamento satisfazer as exigências de *qualidade da informação* a que anteriormente nos reportamos: antes e ainda é necessário que a informação por este disponibilizada se apresente ao titular dos dados de uma forma *claramente visível e proeminente*⁷⁰.

2.4. Inequivocidade

Em quarto e último lugar, o consentimento do titular dos dados deve ser *inequívoco*⁷¹ – isto é, dado mediante um “ato positivo claro”⁷², que não deixe dúvidas relativamente à vontade do titular dos dados⁷³: para que estejamos perante um consentimento inequívoco “tem de ser óbvio que o titular dos dados deu o consentimento para o tratamento em causa”⁷⁴.

Significa isto que, para efeitos do RGPD, só um *comportamento ativo*, por parte do titular dos dados, com vista a manifestar o seu consentimento,

⁶⁷ *Idem*, p. 19.

⁶⁸ *Idem, ibidem*. Especial atenção devem igualmente merecer as pessoas com deficiências - nomeadamente, surdos, mudos e cegos. Para mais desenvolvimentos, cfr. VÁZQUEZ, Isabel-Cecilia del Castillo, “Consentimiento (Comentario al Art. 4.11 RGPD)”, in *Comentario al Reglamento General de Protección de Datos y a la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales* (coord. REIGADA, Antonio Trancoso), Tomo I, Civitas / Thomson Reuters, Navarra, 2021, p. 692.

⁶⁹ Cfr. AGÊNCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA UNIÃO EUROPEIA / CONSELHO DA EUROPA, “Manual da Legislação Europeia sobre Proteção de Dados”, Serviços das Publicações da União Europeia, Luxemburgo, 2022, p. 166.

⁷⁰ *Idem, ibidem*. No mesmo sentido, ainda que por referência ao quadro jurídico da Diretiva 95/46/CE, veja-se, por analogia, GRUPO DE TRABALHO DO ARTIGO 29º PARA A PROTEÇÃO DE DADOS, “Parecer 15/2011 sobre a definição de consentimento”, 13 de julho de 2011, p. 22.

⁷¹ Cfr. COMITÉ EUROPEU PARA A PROTEÇÃO DE DADOS, “Diretrizes 05/2020 relativas ao consentimento na aceção do Regulamento 2016/679”, 4 de maio de 2020, pp. 20 e ss.

⁷² Cfr. considerando 32 do RGPD.

⁷³ Nesse sentido, cfr., entre outros, AGÊNCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA UNIÃO EUROPEIA / CONSELHO DA EUROPA, “Manual da Legislação Europeia sobre Proteção de Dados”, Serviços das Publicações da União Europeia, Luxemburgo, 2022, p. 166; BYGRAVE, Lee A. / TOSONI, Luca, Anotação ao artigo 4º, nº 11, do RGPD, in *The EU General Data Protection Regulation (GDPR): a commentary* (coord. KUNER, Christopher / BYGRAVE, Lee A. / DOCKSEY, Christopher), Oxford University Press, Oxford, 2020, p. 185.

⁷⁴ Cfr. COMITÉ EUROPEU PARA A PROTEÇÃO DE DADOS, “Diretrizes 05/2020 relativas ao consentimento na aceção do Regulamento 2016/679”, 4 de maio de 2020, p. 20.

pode entrar em linha de conta⁷⁵. Exigência que, naturalmente, “excluye la pasividad como manifestación del consentimiento tácito, es decidir, inferido de la «falta de una manifestación contraria al tratamiento»”⁷⁶.

Tal entendimento é, de resto, reforçado pelo disposto no considerando 32 do Regulamento, onde se lê que “o silêncio, as opções pré-validadas ou a omissão não deverão (...) constituir um consentimento” – ou, pelo menos, um consentimento suscetível de ser configurado como um fundamento jurídico válido para o tratamento de dados pessoais, nos termos dos artigos 6º, nº 1, alínea a), e 4º, nº 11, deste mesmo diploma. Por outro lado, também “a inatividade da parte do titular dos dados, bem como a mera utilização de um serviço, não podem ser encarados como manifestação ativa de escolha”⁷⁷.

De todo o modo, cumpre, ainda assim, esclarecer que “o RGPD não faz depender a validade do consentimento de uma forma especial”⁷⁸. Afinal, também aqui o referido considerando 32 do Regulamento é claro: a manifestação de vontade do titular dos dados pode ser expressa tanto “mediante uma declaração escrita, inclusive em formato eletrónico”, como através de “uma declaração oral”. Ou ainda, “mediante outra declaração ou conduta que indique claramente nesse contexto que [este] aceita o tratamento proposto dos seus dados pessoais” (e.g. deslizar o dedo por uma barra no ecrã, assentir com a cabeça em frente a uma câmara inteligente, rodar o telemóvel no sentido dos ponteiros do relógio ou movimentá-lo de forma a desenhar no ar o número oito, etc.)⁷⁹.

⁷⁵ Nesse sentido, cfr. Tribunal de Justiça da União Europeia, Acórdão de 11 de novembro de 2020, *Orange Romania*, Processo C-61/19, §§35 e 36.

⁷⁶ Cfr. VÁZQUEZ, Isabel-Cecilia del Castillo, “Consentimiento (Comentario al Art. 4.11 RGPD)”, in *Comentario al Reglamento General de Protección de Datos y a la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales* (coord. REIGADA, Antonio Trancoso), Tomo I, Civitas / Thomson Reuters, Navarra, 2021, p. 681.

⁷⁷ Cfr. COMITÉ EUROPEU PARA A PROTEÇÃO DE DADOS, “Diretrizes 05/2020 relativas ao consentimento na aceção do Regulamento 2016/679”, 4 de maio de 2020, p. 21. Em sentido confluyente, veja-se, *inter alia*, AGÊNCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA UNIÃO EUROPEIA / CONSELHO DA EUROPA, “Manual da Legislação Europeia sobre Proteção de Dados”, Serviços das Publicações da União Europeia, Luxemburgo, 2022, p. 166.

⁷⁸ Cfr. CORDEIRO, A. Barreto Menezes, *Direito da Proteção de Dados: à luz do RGPD e da Lei n.º 58/2019*, Almedina, Coimbra, 2020, p. 184. No mesmo sentido, sustentando que “quanto all’ espressione del consenso, vige il principio della libertà delle forme”, veja-se PELINO, Enrico, “I Diritti dell’ interessato”, in *Il Regolamento Privacy Europeo: commentario alla nuova disciplina sulla protezione dei dati personali* (coord. BOLOGNINI, Luca / PELINO, Enrico / BISTOLFI, Camilla), Giuffrè Editore, Milão, p. 211.

⁷⁹ Os exemplos em questão são avançados pelo COMITÉ EUROPEU PARA A PROTEÇÃO DE DADOS, in “Diretrizes 05/2020 relativas ao consentimento na aceção do Regulamento 2016/679”, 4 de maio de 2020, p. 22.

2.5. Explicitude

Sucedem que, em certas situações, nas quais se presume existir um risco acrescido para os direitos e liberdades dos titulares dos dados, o RGPD sujeita o consentimento ao cumprimento de uma quinta condição: nesses casos, para ser válido, o consentimento deve ainda ser *explícito*⁸⁰. O que, pressupondo um grau de exigência adicional relativamente ao requisito do consentimento inequívoco⁸¹, torna particularmente recomendável o recurso à forma escrita⁸². Mais: dependendo das circunstâncias em presença, pode até justificar-se que o consentimento seja assinado pelo titular dos dados, “por forma a eliminar todas as dúvidas possíveis e uma potencial falta de provas no futuro”⁸³.

2.6. Requisitos adicionais

Seja como for, ponto é que “quando o tratamento for realizado com base no consentimento, o responsável pelo tratamento deve poder demonstrar que o titular dos dados deu o seu consentimento para o tratamento dos seus dados pessoais”⁸⁴. Pelo que, independentemente do que se acabou de referir, o responsável pelo tratamento sempre terá de conservar evidências que lhe permitam garantir a conformidade com esta obrigação⁸⁵.

⁸⁰ Assim ocorrerá, nos termos do Regulamento, sempre que esteja em causa (i) o tratamento de dados pessoais de categorias especialmente protegidas; (ii) a transferência de dados pessoais para países terceiros ou organizações internacionais na ausência de garantias adequadas; ou (iii) decisões tomadas exclusivamente com base no tratamento automatizado de dados pessoais, incluindo a definição de perfis, que produzam efeitos na esfera jurídica do titular dos dados, ou que o afetem significativamente de uma forma similar. Para mais desenvolvimentos, veja-se, por todos, COMITÉ EUROPEU PARA A PROTEÇÃO DE DADOS, “Diretrizes 05/2020 relativas ao consentimento na aceção do Regulamento 2016/679”, 4 de maio de 2020, pp. 23 e ss.

⁸¹ Com efeito, “esta exigência adicional traduz-se, pelo menos, em dois requisitos: (i) sendo o termo explícito sinónimo de exposto, significa que o consentimento inferido de certas ações e comportamentos não é admissível e (ii) exigem-se esforços adicionais, ou um grau de diligência adicional, para o obter”. Cfr. MONIZ, Graça Canto, *Manual de Introdução à Proteção de Dados Pessoais*, Almedina, Coimbra, 2023, p. 83.

⁸² Cfr. COMITÉ EUROPEU PARA A PROTEÇÃO DE DADOS, “Diretrizes 05/2020 relativas ao consentimento na aceção do Regulamento 2016/679”, 4 de maio de 2020, pp. 23-24.

⁸³ Idem, p. 24. Ainda assim, o Comité deixa claro que “a referida declaração escrita não é a única maneira de obter consentimento explícito e não se pode dizer que o RGPD recomenda declarações escritas e assinadas em todas as circunstâncias que exigem um consentimento explícito válido”.

⁸⁴ Cfr. artigo 7º, nº 1, do RGPD.

⁸⁵ Nesse sentido, cfr., entre outros, BYGRAVE, Lee A. / TOSONI, Luca, Anotação ao artigo 4º, nº 11, do RGPD, in *The EU General Data Protection Regulation (GDPR): a commentary* (coord. KUNER, Christopher / BYGRAVE, Lee A. / DOCKSEY, Christopher), Oxford University Press, Oxford, 2020, p. 185.

Ademais, importa não perder de vista que “outros requisitos previstos no direito civil quanto à validade do consentimento, tais como a capacidade jurídica, também serão naturalmente aplicáveis no contexto da proteção de dados”⁸⁶. Razão pela qual, nos pareça nomeadamente de afastar a validade do consentimento prestado por menores de idade⁸⁷ – salvo (i) em situações de emancipação⁸⁸, ou (ii) na medida em que se encontrem integralmente preenchidas as condições constantes do artigo 8º do RGPD, lido em conjugação com o artigo 1º, nº 1, alínea b), da Diretiva (UE) 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, bem como com o artigo 16º da Lei nº 58/2019, de 8 de agosto⁸⁹.

§3. A (tendencial) inadequação do consentimento enquanto condição de licitude para o tratamento de dados pessoais por parte das Administrações Públicas

Aqui chegados, percebem-se, pois, as razões pelas quais o consentimento dificilmente poderá ser encarado como um fundamento de legitimidade adequado, nos casos em que o responsável pelo tratamento se configure como uma entidade administrativa. É que, goste-se ou não se goste, a verdade é que a maioria das atividades de tratamento de dados pessoais desenvolvidas pelas Administrações Públicas não dependem da vontade do titular dos dados⁹⁰: antes resultam de uma imposição do legislador⁹¹ – ou, quando mais não seja, do reconhecimento, por parte do responsável pelo tratamento, de que o

⁸⁶ Cfr. AGÊNCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA UNIÃO EUROPEIA / CONSELHO DA EUROPA, “Manual da Legislação Europeia sobre Proteção de Dados”, Serviços das Publicações da União Europeia, Luxemburgo, 2022, p. 130.

⁸⁷ Cfr. artigo 122º do Código Civil.

⁸⁸ Cfr. artigo 133º do Código Civil.

⁸⁹ Para mais desenvolvimentos, cfr., entre outros, CORDEIRO, A. Barreto Menezes, *Direito da Proteção de Dados: à luz do RGPD e da Lei n.º 58/2019*, Almedina, Coimbra, 2020, pp. 191 e ss.

⁹⁰ Cfr. CALVÃO, Filipa Urbano, “RGPD na Administração Pública: a perspetiva (de um membro) da CNPD”, in *Direito da Proteção de Dados: perspetivas públicas e privadas* (coord. FARINHO, Domingos Soares / MARQUES, Francisco Paes, FREITAS, Tiago Fidalgo de), 2.ª edição, Almedina, Coimbra, 2023, p. 14.

⁹¹ Pense-se, designadamente, no que sucede com as atividades de tratamento de dados pessoais decorrentes de determinados deveres de publicidade a que as entidades administrativas se encontram legalmente sujeitas, como

tratamento de dados pessoais se apresenta como necessário para a realização de determinados interesses públicos, específica e expressamente colocados por lei a seu cargo⁹².

Acresce que, mesmo em situações em que a vontade do titular dos dados se poderia equacionar como relevante, o mesmo tende a aparecer numa posição de dependência ou vulnerabilidade na relação com a Administração⁹³. Isto é: naquilo que a doutrina administrativista qualifica como uma *posição de desvantagem (ou desfavorável)*⁹⁴. Donde, este acabe por não ter qualquer alternativa realista senão aceitar o tratamentos dos respetivos dados pessoais, de acordo com as condições propostas pelo responsável pelo tratamento⁹⁵.

É certo que, casos poderá haver em que os particulares se apresentam perante a Administração numa relação de *paridade*⁹⁶ – ou mesmo até, de eventual *supremacia*⁹⁷. Todavia, o próprio considerando 43 do RGPD parece claramente indicar que tal constituirá a *exceção* e não a *regra*, ao estabelecer que, quando o responsável pelo tratamento for uma autoridade ou organismo público, dever-se-á presumir a existência de um “desequilíbrio manifesto entre o titular dos dados e o responsável pelo seu tratamento”⁹⁸.

sejam, por exemplo, os consagrados nos artigos 4º e 5º da Lei nº 35/2014, de 20 de junho, que aprova a Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas, ou no artigo 127º do Código dos Contratos Públicos.

⁹² “Por exemplo, uma autoridade tributária pode recolher e tratar os dados relativos à declaração fiscal de uma pessoa para determinar e verificar o valor do imposto a pagar. Uma associação profissional, como uma ordem dos advogados ou uma ordem dos médicos, investida de autoridade pública para tal, pode levar a cabo procedimentos disciplinares contra alguns dos seus membros. Outro exemplo possível é o de um órgão de poder local, como uma autoridade municipal, que tenha por missão administrar uma biblioteca, uma escola ou uma piscina local”. Assim o clarificou o recentemente extinto GRUPO DE TRABALHO DO ARTIGO 29º PARA A PROTEÇÃO DE DADOS, no âmbito do já referido “Parecer 06/2014 sobre o conceito de interesses legítimos do responsável pelo tratamento na aceção do artigo 7º da Diretiva 95/46/CE”, 9 de abril de 2014, p. 33.

⁹³ Assim sucederá, designadamente, nos casos em que o fornecimento de determinados dados pessoais se apresente ao titular dos dados como um comportamento necessário para assegurar a produção de um efeito jurídico favorável ou não perder um certo efeito útil já produzido. Nesse sentido, apresentando como exemplo o caso em que um estudante necessita de forçosamente «consentir» no fornecimento dos seus dados pessoais, sob pena de ver rejeitada a sua candidatura a uma bolsa de estudos, cfr. VÁZQUEZ, Isabel-Cecilia del Castillo, “Consentimiento (Comentario al Art. 4.11 RGPD)”, in *Comentario al Reglamento General de Protección de Datos y a la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales* (coord. REIGADA, Antonio Trancoso), Tomo I, Civitas / Thomson Reuters, Navarra, 2021, p. 685.

⁹⁴ Para mais desenvolvimentos, cfr., por todos, ANDRADE, José Carlos Vieira de, *Lições de Direito Administrativo*, 5.ª edição, Imprensa da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2017, pp. 77 e ss.

⁹⁵ Cfr. COMITÉ EUROPEU PARA A PROTEÇÃO DE DADOS, “Diretrizes 05/2020 relativas ao consentimento na aceção do Regulamento 2016/679”, 4 de maio de 2020, p. 9.

⁹⁶ Nesse sentido, cfr. OTERO, Paulo, *Manual de Direito Administrativo*, Volume I, Almedina, Coimbra, 2016, p. 101.

⁹⁷ *Idem, ibidem.*

⁹⁸ *Idem, ibidem.*

O mesmo é dizer que, conquanto a utilização do consentimento como condição de licitude para o tratamento de dados pessoais por parte das Administrações Públicas não se encontre liminarmente excluída⁹⁹, esta apenas poderá ter lugar em circunstâncias muito excepcionais, nas quais a referida presunção se demonstre ilidida – sob pena de o consentimento não se poder qualificar como *livre*; o que determinará a sua invalidade, bem como a consequente ilicitude de todas as atividades desenvolvidas com base no mesmo.

§3. Considerações finais

De acordo com a jurisprudência consolidada do Tribunal de Justiça da União Europeia, para ser considerado legítimo, qualquer tratamento de dados pessoais deve, antes de mais, integrar-se num dos casos previstos, de forma exaustiva e taxativa, no artigo 6º, nº 1, do RGPD¹⁰⁰.

Ocorre que, muito embora apareça em primeiro lugar, no âmbito desse «elenco fechado», o consentimento do titular dos dados é apenas um de entre vários fundamentos jurídicos para o tratamento de dados pessoais¹⁰¹, não gozando de qualquer tipo de *preferência* ou *prioridade* normativa relativamente às demais condições de licitude naquele contempladas¹⁰².

Acresce que, para além de não ser o *único*, “o consentimento nem sempre é o primeiro meio ou o meio mais desejável para legitimar o tratamento de dados pessoais”¹⁰³. É que, para constituir um fundamento válido, para efeitos

⁹⁹ Nesse sentido, avançando ainda exemplos de situações em que a utilização do consentimento pela Administração se poderá considerar ajustada, cfr. COMITÉ EUROPEU PARA A PROTEÇÃO DE DADOS, “Diretrizes 05/2020 relativas ao consentimento na aceção do Regulamento 2016/679”, 4 de maio de 2020, p. 9.

¹⁰⁰ Nesse sentido, veja-se, entre outros, Tribunal de Justiça da União Europeia, Acórdão de 1 de agosto de 2022, *Vyriausioji tarnybinės etikos komisija*, Processo C-184/20, §67; Tribunal de Justiça da União Europeia, Acórdão de 22 de junho de 2021, *Latvijas Republikas Saeima*, Processo C-439/19, §99.

¹⁰¹ Nesse sentido, cfr., entre outros, GRUPO DE TRABALHO DO ARTIGO 29º PARA A PROTEÇÃO DE DADOS, “Parecer 15/2011 sobre a definição de consentimento”, 13 de julho de 2011, pp. 8 e ss.; GRUPO DE TRABALHO DO ARTIGO 29º PARA A PROTEÇÃO DE DADOS, “Parecer 06/2014 sobre o conceito de interesses legítimos do responsável pelo tratamento na aceção do artigo 7º da Diretiva 95/46/CE”, 9 de abril de 2014, pp. 25 e ss.

¹⁰² Partilhando do mesmo entendimento, veja-se, entre outros, KOTSCHY, Waltraut, Anotação ao artigo 6º do RGPD, in *The EU General Data Protection Regulation (GDPR): a commentary* (coord. KUNER, Christopher / BYGRAVE, Lee A. / DOCKSEY, Christopher), Oxford University Press, Oxford, 2020, p. 329; LYNSEY, Orla, *The Foundations of EU Data Protection Law*, Oxford University Press, Oxford, 2015, p. 186.

¹⁰³ Cfr. GRUPO DE TRABALHO DO ARTIGO 29º PARA A PROTEÇÃO DE DADOS, “Parecer 15/2011 sobre a definição de consentimento”, 13 de julho de 2011, p. 11.

do RGPD, este deve necessariamente qualificar-se como uma “manifestação de vontade, livre, específica, informada e inequívoca, 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”¹⁰⁴. Algo que dificilmente se verificará em determinados contextos específicos – como seja, para o que aqui releva, o das Administrações Públicas, fruto do desequilíbrio de poder que amiúde se verifica ao nível da relação entre responsável pelo tratamento e titular dos dados¹⁰⁵.

Nesta senda, ainda que a utilização do consentimento como condição de licitude não se encontre liminarmente excluída nos casos em que o responsável pelo tratamento se configure como uma entidade administrativa¹⁰⁶, parece-nos que a sua invocação deve ser objeto de uma maior *ponderação e seletividade*, sendo reservada para circunstâncias excecionais, ao invés de continuar a ser indevidamente solicitado quase “por tudo e por nada”.

Afinal, ponto é que, nas mais das vezes, existirão outros fundamentos jurídicos mais adequados de que as Administrações Públicas poderão – *rectius*, deverão – lançar mão para legitimarem as atividades de tratamento de dados pessoais por si desenvolvidas – mormente, (i) a necessidade do tratamento para o cumprimento de obrigações legais¹⁰⁷; e/ou (ii) a necessidade do tratamento para o exercício de funções de interesse público ou da autoridade pública de que o responsável pelo tratamento se encontre investido por lei¹⁰⁸.

¹⁰⁴ Cfr. artigo 4º, nº 11, do RGPD.

¹⁰⁵ Cfr. COMITÉ EUROPEU PARA A PROTEÇÃO DE DADOS, “Diretrizes 05/2020 relativas ao consentimento na aceção do Regulamento 2016/679”, 4 de maio de 2020, p. 9.

¹⁰⁶ *Idem, ibidem*.

¹⁰⁷ Cfr. artigo 6º, nº 1, alínea c), do RGPD, lido em conjugação com o artigo 6º, nº 3, do mesmo diploma.

¹⁰⁸ Cfr. artigo 6º, nº 1, alínea e), do RGPD, lido em conjugação com o artigo 6º, nº 3, do mesmo diploma. Para mais desenvolvimentos, veja-se, com especial interesse, ALVES, Joel A. / COSTA, Tiago Branco, “Há vida para além do consentimento(?): contributo para a delimitação do sentido e alcance do artigo 6º, nº 1, al. e), do RGPD à luz da jurisprudência do TJUE”, in *Direito Administrativo e Tecnologia* (coord. SILVA, Artur Flaminio da), 3ª edição, Almedina, Coimbra, 2023, pp. 131 e ss.