

Direito de Oposição à Definição de Perfis

SÉRGIO MIGUEL JOSÉ CORREIA*

Resumo: Contrariamente ao que ocorria com a Diretiva 95/46/CE, o Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados aborda a temática da definição de perfis com especial atenção. Atendendo aos riscos inerentes a este tipo de tratamento de dados pessoais, são colocados à disposição do titular dos dados vários meios de defesa, entre os quais se situa o direito de oposição. No presente estudo, explora-se aquilo em que consiste a definição de perfis, os perigos e malefícios a si associados e os contornos do acionamento daquele poder de reação atribuído ao titular dos dados.

Palavras-chave: *Definição de perfis; direito de oposição; tratamento de dados pessoais; comercialização direta; Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados.*

Abstract: Contrary to the Directive 95/46/EC, the General Data Protection Regulation addresses the issue of profiling with special attention. Given the inherent risks of this type of processing of personal data, various means of defense are made available to the data subject, amongst them being the right to object. This study explores what is profiling, the dangers and harms associated with it and the contours of the aforementioned right attributed to the data subject.

Keywords: *Profiling; right to object; processing of personal data; direct marketing; General Data Protection Regulation.*

* Licenciado e Mestre em Direito e Prática Jurídica, Especialidade de Direito Civil, pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Pós-Graduado em Direito da Proteção de Dados, pelo Centro de Investigação de Direito Privado da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

1. Considerações Iniciais

A globalização e a forte e rápida evolução tecnológica têm contribuído para um crescimento enfático na quantidade de dados pessoais constantemente obtidos quer pelas empresas privadas, quer pelas entidades públicas. Não é de todo exagerado afirmar que o volume de informações pessoais hoje armazenado pelos diversos responsáveis pelo tratamento é vastamente superior àquele que nós detemos sobre as nossas próprias vidas¹.

Para além disto, ininterruptamente constata-se impulsos e avanços no domínio da Inteligência Artificial (*Artificial Intelligence – AI*) e da aprendizagem automática (*machine learning*), da *Big Data* e da Internet de Coisas (*Internet of Things – IoT*), que têm ocasionado um aumento da capacidade dos sistemas automatizados para encontrarem correlações e gerarem ligações entre os dados processados, o que permite determinar, analisar e antever aspetos próprios das pessoas, relacionados, entre outros, com as suas personalidades, comportamentos, interesses e hábitos².

Nesta conjuntura, a definição de perfis tem encontrado amplo espaço para se desenvolver e atravessar os mais diversos setores: as instituições de crédito recorrem a esta prática para efeitos de *credit scoring*³; as seguradoras utilizam a definição de perfis, mormente, com intuítos estatísticos e atuariais, de modo a avaliar e determinar o risco e o prémio para a conclusão e execução

1 CORDEIRO, A. Barreto Menezes, *Direito da Proteção de Dados – À Luz do RGPD e da Lei N.º 58/2019*, Almedina, 2020, p. 29.

2 WP 29, *Guidelines on Automated Individual Decision-Making and Profiling for the Purposes of Regulation 2016/679*, WP251rev.01, Adotadas em 3 de outubro de 2017, com a última redação revista e adotada em 6 de fevereiro de 2018, p. 5, disponível em <https://ec.europa.eu/newsroom/article29/item-detail.cfm?item_id=612053>, consultado a 22 de dezembro de 2021.

3 “A análise do risco de crédito do cliente corresponde a uma fase determinante no processo de tomada de decisão do banco relativamente à concessão de crédito a um cliente. Dessa análise [...] resultará a atribuição de um grau de risco (*risk rating*) e de uma classificação ao cliente (*scoring*), aos quais se associa o nível de *merecimento de crédito* deste. Os fatores considerados nesta avaliação prendem-se com características e circunstâncias associadas ao cliente. Será em função destes resultados que o banco vai decidir a elegibilidade do cliente para a concessão de crédito” – cf. LEAL, Ana Alves, “Aspetos Jurídicos da Análise de Dados na Internet (*Big Data Analytics*) Nos Setores Bancário e Financeiro: Proteção de Dados Pessoais e Deveres de Informação” in CORDEIRO, António Menezes, OLIVEIRA, Ana Perestrelo de. DUARTE, Diogo Pereira (Coord.), *FinTech – Desafios da Tecnologia Financeira*, Almedina, 2017, pp. 75-202, p. 197.

dos contratos de seguro; e na esfera do *marketing* esta técnica serve para melhor dirigir anúncios publicitários de bens e serviços a consumidores com determinadas características, qualidades e elementos pretendidos em comum, ou seja, ao público-alvo. É evidente que os casos expostos não esgotam o universo de atuação da definição de perfis, nem as finalidades para as quais se emprega o dito exercício, contudo não deixam de servir o objetivo de destacar a presença daquela forma de tratamento de dados pessoais na vida quotidiana.

O termo “perfil” refere-se a um conjunto de dados que caracteriza uma determinada categoria de pessoas, categoria esta que servirá para qualificar um certo sujeito⁴. Essencialmente, com a definição de perfis, procede-se à organização de pessoas em grupos de acordo com elementos, qualidades e características comuns, tendo em vista um certo propósito.

Não obstante tratar-se de um exercício com elevadas potencialidades nos mais diversos setores e atividades, comportando benefícios para as pessoas, a economia e a sociedade em geral, a definição de perfis não deixa de corresponder a uma atividade indissociável de sérios riscos e transtornos que não merecem ser desvirtuados. Com isto, justifica-se explorar aquilo em que consiste a definição de perfis, a sua perniciosidade, bem como um dos principais meios de defesa conferidos pelo Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados⁵ ao titular dos dados pessoais: o direito de oposição.

2. Definições de Perfis: Conceito e Elementos Caracterizadores

I. O Regulamento delinea que a definição de perfis (*profiling*) corresponde a “qualquer forma de tratamento automatizado de dados pessoais que consista em utilizar esses dados para avaliar certos aspetos pessoais de uma pessoa, nomeadamente para analisar ou prever aspetos relacionados com o seu desempenho profissional, a sua situação económica, saúde, preferências

4 CoE, The Protection of Individuals with Regard to Automatic Processing of Personal Data in the Context of Profiling, Recommendation CM/Rec(2010)13 and Explanatory Memorandum, Council of Europe Publishing, 2011, pp. 9 e 38, para. 95, disponível em <<https://rm.coe.int/16807096c3>>, consultado a 22 de dezembro de 2021.

5 Regulamento (EU) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016, relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados e que revoga a Diretiva 95/46/CE – de ora em diante, tão-só, RGPD ou Regulamento.

personais, interesses, fiabilidade, comportamento, localização ou deslocações” (art. 4.º, n.º 4, do RGPD).

O vocábulo “tratamento” representa “uma operação ou um conjunto de operações efetuadas sobre dados pessoais ou sobre conjuntos de dados pessoais, por meios automatizados ou não automatizados, tais como a recolha, o registo, a organização, a estruturação, a conservação, a adaptação ou alteração, a recuperação, a consulta, a utilização, a divulgação por transmissão, difusão ou qualquer outra forma de disponibilização, a comparação ou interconexão, a limitação, o apagamento ou a destruição” (art. 4.º, n.º 2, do RGPD). A inclusão da expressão “tais como”, na definição de tratamento, reflete a natureza não taxativa do elenco apresentado naquele mesmo preceito.

Assim, o *profiling* configura uma subcategoria de tratamento de dados pessoais⁶ constituída por três elementos centrais: (i) tratamento automatizado; (ii) de dados pessoais; (iii) com o propósito de avaliar certos aspetos dos titulares⁷.

II. O primeiro requisito demanda a existência de uma forma de tratamento automatizado. Decorre do n.º 1 do art. 2.º do RGPD que o Regulamento é aplicável ao tratamento de dados pessoais por *meios total ou parcialmente automatizados*, bem como ao tratamento por *meios não automatizados* de dados pessoais contidos em ficheiros ou a eles destinados. Configuram-se, assim, três níveis gradativos de automatização dos meios empregues no tratamento: não automatizados, parcialmente automatizados e totalmente automatizados.

O Regulamento não fornece uma conceção daquilo que são meios automatizados. Não o faz acertadamente! Dado os inevitáveis pulos tecnológicos, rapidamente a definição proposta de automatização tornar-se-ia obsoleta, além de que a sua consagração possibilitaria que fosse contornada a

6 OLIVEIRA, Madalena Perestrelo de. “Definição de Perfis e Decisões Individuais Automatizadas no Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados” in CORDEIRO, António Menezes / OLIVEIRA, Ana Perestrelo de / DUARTE, Diogo Pereira (Coord.), *FinTech II – Novos Estudos sobre Tecnologia Financeira*, Almedina, 2019, pp. 61-88, p. 68.

7 WP 29, *Guidelines* cit., pp. 6-7; OLIVEIRA, Madalena Perestrelo de. “Definição de Perfis” cit., p. 68; e CORDEIRO, A. Barreto Menezes, *Direito* cit., p. 148.

proteção das pessoas⁸ com fundamento, precisamente, no conteúdo positivado⁹.

Sem embargo, entende-se que o tratamento por meios automatizados consiste em “operações sobre dados pessoais que envolvam equipamentos de processamento de dados, numa aceção ampla”¹⁰. Enquanto a aceção restrita da expressão corresponde a operações sobre dados pessoais que envolvem única e exclusivamente equipamentos de processamento de dados, a aceção ampla concede lugar à conjugação destes equipamentos com uma intervenção humana circunscrita, englobando, assim, o tratamento total e parcialmente automatizado. Por seu turno, a expressão tratamento por meios não automatizados refere-se a operações sobre dados pessoais que não incluam o recurso a quaisquer equipamentos de processamento de dados¹¹.

Com isto, os distintos graus de automatização, previamente apresentados, podem ser delimitados nos seguintes termos: (i) o tratamento de dados pessoais por meios totalmente automatizados não detém intervenção humana; (ii) o tratamento de dados pessoais por meios parcialmente automatizados embarca uma intervenção humana limitada; e (iii) o tratamento por meios não automatizados é uma expressão sinonima de tratamentos manuais¹².

Assim, quando o Regulamento indica que a definição de perfis corresponde a um tratamento automatizado (art. 4.º, n.º 4, 1ª parte, do RGPD), exclui do domínio do *profiling* os tratamentos por meios não automatizados, ou seja, os tratamentos manuais. Isto, porém, não significa o afastamento dos tratamentos parcialmente automatizados: a 1ª parte do n.º 4 do art. 4.º do RGPD menciona de modo expreso “qualquer forma de tratamento automatizado” e não “tratamento exclusivamente automatizado”¹³. A intervenção humana não adultera a essência do *profiling*, desde que restringida ou limitada, pois o que a definição de perfis exige é alguma forma (total ou parcial) de tratamento

8 Cf. Considerando 15 do RGPD, o qual acrescenta que a proteção das pessoas deverá, por aqueles motivos, ser neutra em termos tecnológicos e deverá ser independente das técnicas utilizadas. Trata-se do princípio da neutralidade tecnológica.

9 CORDEIRO, A. Barreto Menezes, *Direito* cit., p. 85.

10 CORDEIRO, A. Barreto Menezes, *Direito* cit., p. 85.

11 CORDEIRO, A. Barreto Menezes, *Direito* cit., p. 85.

12 CORDEIRO, A. Barreto Menezes, *Direito* cit., pp. 85-86.

13 WP 29, *Guidelines* cit. p. 7.

automatizado^{14/15}.

III. O segundo elemento característico da definição de perfis é o de o tratamento automatizado ser efetuado sobre dados pessoais¹⁶. Consideram-se dados pessoais a informação relativa a uma pessoa singular identificada ou identificável (art. 4.º, n.º 1, 1ª parte, do RGPD). Sobressaltam, assim, quatro elementos particulares: (i) qualquer informação; (ii) relativa a; (iii) pessoa singular; e (iv) identificada ou identificável¹⁷.

Primeiramente, toda a informação pessoal é considerada relevante: da perspetiva do *conteúdo*¹⁸, toda a informação é merecedora de proteção jurídica, por muito fútil ou insignificante que possa aparentar¹⁹. Nesta ordem de ideias, o conceito de dados pessoais engloba todos os aspetos atinentes à pessoa (incluindo as suas crenças, desejos, posições políticas ou religiosas)²⁰, assumindo uma verdadeira flexibilidade e uma extensão ampla²¹. Quanto à *natureza*, o conceito de informação alberga tanto dados objetivos ou factuais, como dados subjetivos (designadamente, opiniões e avaliações subjetivas²²)²³.

14 WP 29, *Guidelines* cit., p. 7; OLIVEIRA, Madalena Perestrelo de. “Definição de Perfis” cit., p. 68; e CORDEIRO, A. Barreto Menezes, *Direito* cit., p. 149.

15 *Prima facie*, a avaliação dos aspetos pessoais do titular dos dados decorrerá por via de processos algorítmicos – cf. CORDEIRO, A. Barreto Menezes, *Direito* cit., p. 149 –, uma vez que o *profiling* envolve estabelecer correlações entre vários conjuntos de informações de modo a efetuar inferências e deduções estatísticas e probabilísticas; tarefa que, de um prisma humano, revela-se extremamente difícil ou até impossível, atendendo à complexidade de todo o procedimento – cf. OLIVEIRA, Madalena Perestrelo de, “Definição de Perfis” cit., p. 68; e CoE, *The Protection* cit., p. 39, para. 97.

16 Conquanto não se imponha a necessidade de efetuar uma análise exaustiva sobre a noção de dados pessoais, há que apresentar os seus pontos mais pertinentes.

17 WP 29, *Opinion 4/2007 on the Concept of Personal Data*, WP 136, Adotado em 20 de junho de 2007, p. 6, disponível em <https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2007/wp136_en.pdf>, consultado a 22 de dezembro de 2021; e CORDEIRO, A. Barreto Menezes, “Dados Pessoais: Conceito, Extensão e Limites”, *Revista de Direito Civil*, III, 2, 2018, pp. 297-321, p. 300.

18 WP 29, *Opinion 4/2007* cit., p. 6.

19 CORDEIRO, A. Barreto Menezes, “Dados Pessoais” cit., p. 301.

20 WP 29, *Opinion 4/2007* cit., pp. 6-7; e CORDEIRO, A. Barreto Menezes, “Dados Pessoais” cit., p. 302.

21 WP 29, *Opinion 4/2007* cit., p. 6.

22 As opiniões e avaliações subjetivas são muito frequentes, por exemplo, na área laboral e no setor bancário e segurador. Assim sendo, são dados pessoais as seguintes informações: “A é um bom trabalhador e merece ser promovido”; “B não é uma pessoa confiável no que tange ao cumprimento das suas obrigações”; e “não é provável que C morra brevemente”. Cf. WP 29, *Opinion 4/2007* cit., p. 6.

23 WP 29, *Opinion 4/2007* cit., p. 6; e CORDEIRO, A. Barreto Menezes, “Dados Pessoais”

Por seu turno, enquadra-se dentro da noção de dados pessoais a informação disponível em qualquer *formato* (v.g., alfabético, gráfico, numérico ou fotográfico) e constante de qualquer suporte²⁴.

Em segundo lugar, a informação tem de ser relativa a uma pessoa, isto é, tem de haver uma relação entre a informação e um sujeito²⁵. Sem prejuízo disto, muitas vezes as informações relacionadas com objetos, podem, indiretamente, dizer respeito a pessoas^{26/27/28}. Tipicamente, os objetos pertencem a alguém, as pessoas detêm algum tipo de influência sobre os objetos ou vice-versa, ou os objetos têm alguma proximidade com sujeitos ou demais objetos²⁹.

É possível apontar três situações em que se pode afirmar que os dados são relativos a uma pessoa. A primeira diz respeito ao *conteúdo*: a informação é relativa à pessoa se incidir sobre esta, ou seja, se for sobre ela³⁰. A segunda situação reporta-se à *finalidade*: os dados serão relativos a alguém se forem utilizados com o propósito de avaliar, tratar de determinada forma ou influenciar o seu estatuto ou o seu comportamento^{31/32}. A última situação alude ao *resultado*: trata-se de informações que, embora não incidam sobre uma pessoa nem tendam a avaliá-la ou influenciá-la, podem, ainda assim, fazê-lo, isto é, são dados que podem ter um impacto nos direitos e interesses de certa pessoa apesar da ausência dos elementos conteúdo ou finalidade^{33/34}. As situações

cit., p. 302.

24 WP 29, *Opinion 4/2007* cit., p. 7; e CORDEIRO, A. Barreto Menezes, “Dados Pessoais” cit., pp. 302-303.

25 WP 29, *Opinion 4/2007* cit., p. 9; e CORDEIRO, A. Barreto Menezes, “Dados Pessoais” cit., p. 303.

26 WP 29, *Opinion 4/2007* cit., p. 9; e CORDEIRO, A. Barreto Menezes, “Dados Pessoais” cit., p. 303.

27 Por exemplo, que determinado computador entrou num *site*, que foi efetuada uma chamada de certo telemóvel e a localização de um veículo em circulação.

28 O mesmo raciocínio é aplicável a eventos e a procedimentos onde seja necessária intervenção humana. Cf. WP 29, *Opinion 4/2007* cit., p. 9.

29 WP 29, *Opinion 4/2007* cit., p. 9.

30 WP 29, *Opinion 4/2007* cit., p. 10; e CORDEIRO, A. Barreto Menezes, “Dados Pessoais” cit., p. 304.

31 WP 29, *Opinion 4/2007* cit., p. 10; e CORDEIRO, A. Barreto Menezes, “Dados Pessoais” cit., p. 304.

32 Considere-se, exemplificativamente, a informação tratada por uma empresa de *marketing* para influenciar o titular dos dados a carregar num anúncio *online*.

33 WP 29, *Opinion 4/2007* cit., p. 11; e CORDEIRO, A. Barreto Menezes, “Dados Pessoais” cit., p. 305.

34 Atente-se ao caso de uma empresa de táxis que instala um sistema de localização por

expostas são alternativas e não cumulativas: quando se verificar, por exemplo, a presença do elemento *conteúdo*, não é necessário recorrer à *finalidade* ou ao *resultado*, na medida em que já se pode declarar que a informação é relativa a alguém³⁵.

Por outro lado, as informações têm de ser relativas a pessoas singulares. Bem evidente desta realidade é o disposto no n.º 1 e 2 do art. 1.º e o Considerando 14 do RGPD, cuja 1ª parte menciona que a proteção conferida pelo Regulamento deverá aplicar-se às pessoas singulares, independentemente da sua nacionalidade ou do seu local de residência. Excluídos do âmbito do Regulamento estão os dados relativos a pessoas coletivas³⁶ e a realidades jurídicas não subjetiváveis – fora dos termos explicitados no requisito anterior (“relativa a”) –, *maxime* as coisas e os animais³⁷.

Em último lugar, a informação tem de ser relativa a uma pessoa singular *identificada ou identificável*. Considera-se que a informação é relativa a uma pessoa singular *identificada* se for suficiente para identificar o sujeito de forma inequívoca, sem que sejam necessários dados adicionais³⁸. Note-se, todavia, que a determinabilidade ou indeterminabilidade da identidade do titular dos dados dependerá sempre do circunstancialismo da hipótese concreta e do nível de autossuficiência da informação detida³⁹. Por sua vez, a informação

satélite para que possa determinar, em tempo real, a posição dos táxis disponíveis. Conquanto a finalidade do tratamento seja fornecer um melhor serviço e conservar combustível, atribuindo a cada cliente que solicite um táxi o veículo que lhe estiver mais próximo, e os dados necessários para o sistema sejam dados relativos aos carros e não aos motoristas, as informações recolhidas permitem avaliar o desempenho destes e verificar, entre outros fatores, se respeitam os limites de velocidade e se procuram os itinerários mais adequados. Nestes termos, os dados podem ser considerados como relativos às pessoas na medida em que podem ter um impacto elevado sobre os motoristas. Cf. WP 29, *Opinion 4/2007* cit., p. 11.

35 WP 29, *Opinion 4/2007* cit., p. 11; e CORDEIRO, A. Barreto Menezes, “Dados Pessoais” cit., p. 304.

36 Aduz a 2ª parte do Considerando 14 do RGPD que o Regulamento “[...] não abrange o tratamento de dados pessoais relativos a pessoas coletivas, em especial a empresas estabelecidas enquanto pessoas coletivas, incluindo a denominação, a forma jurídica e os contactos da pessoa coletiva”. Todavia, diz-nos CORDEIRO, A. Barreto Menezes, “Dados Pessoais” cit., p. 307 que a informação sobre pessoas coletivas pode encontrar-se sujeita ao RGPD quando respeite, direta ou indiretamente, a pessoas singulares – será o caso, por exemplo, em que o nome do sócio ou sócios consta da denominação da pessoa coletiva.

37 CORDEIRO, A. Barreto Menezes, “Dados Pessoais” cit., pp. 305-306.

38 WP 29, *Opinion 4/2007* cit., pp. 12-13; e CORDEIRO, A. Barreto Menezes, “Dados Pessoais” cit., pp. 311-312.

39 WP 29, *Opinion 4/2007* cit., p. 13; e CORDEIRO, A. Barreto Menezes, “Dados

será relativa a uma pessoa *identificável* quando, segundo um critério de razoabilidade, exista a suscetibilidade de o responsável pelo tratamento, ou de um terceiro, conseguir determinar a identidade do titular dos dados pessoais, através da conjugação de informação adicional com a que já detém ou não⁴⁰ – isto é o que resulta da correlação entre a 2ª parte do n.º 1 do art. 4.º e o Considerando 26 do RGPD.

Cumpra aclarar que a identificação de uma pessoa não se prende imperativamente com o deslindar do seu nome: basta o recurso a identificadores para distinguir ou isolar alguém dos demais (*single out*)⁴¹. Cabe aqui chamar a atenção para a tecnologia que, pela sua própria natureza, possibilita rastrear – ou “perseguir” – e observar as pessoas *online*, ou que viabiliza, indiretamente, que estas sejam seguidas e observadas. As pessoas podem ser associadas a identificadores por via eletrónica, fornecidos pelos seus dispositivos, aplicações (*apps*), ferramentas e protocolos – tais como os endereços de IP (*Internet Protocol*) e testemunhos de conexão (*cookies*)⁴². Estes identificadores deixam vestígios que podem ser utilizados para a definição de perfis (*profiling*) e a identificação dos sujeitos, particularmente quando combinados com identificadores únicos e outras informações recebidas pelos servidores⁴³.

Pegue-se nos *cookies* para ilustrar esta realidade. Os testemunhos de conexão consistem em pequenos ficheiros de texto que são armazenados no computador ou dispositivo móvel dos utilizadores quando estes visitam um *site online*. A funcionalidade dos testemunhos de conexão cinge-se, essencialmente, à monitorização e registo da atividade, comportamentos e outras informações dos cibernautas (como *usernames* e *passwords* para facilitar futuros *logins*, itens adicionados ao carrinho de compras em lojas *online*, hiperligações que foram clicadas anteriormente, quais as páginas *web* mais visitadas, entre muitas outras); para tanto, o *modus operandi* dos *cookies* envolve imputar ao

Pessoais” cit., p. 312.

40 WP 29, *Opinion 4/2007* cit., p. 13; e CORDEIRO, A. Barreto Menezes, “Dados Pessoais” cit., p. 312.

41 WP 29, *Opinion 4/2007* cit., p. 14; e LEAL, Ana Alves, “Aspetos Jurídicos” cit., pp. 108-109.

42 Assim o confirma o Considerando 30 do RGPD.

43 Considerando 30 do RGPD.

utilizador um número ou código exclusivo de forma a identificá-lo⁴⁴.

Veja-se que, no domínio do *marketing*, isto consubstancia uma prática enraizada, nomeadamente a propósito do *behavioural targeting* (ou *online profiling*), em que é observada a atividade de alguém na internet como forma a construir o seu perfil – atendendo às suas preferências e aos seus interesses revelados durante a navegação *online* – para que lhe sejam dirigidos anúncios publicitários alusivos a produtos e serviços que se coadunam com o mesmo: conquanto o concreto indivíduo não seja identificado pelo nome, é-lhe imputado um número ou um código único, diferenciando-o dos restantes utilizadores da internet⁴⁵. Deste modo, logra-se construir a personalidade de uma pessoa específica e categorizá-la segundo critérios socioeconómicos, psicológicos, filosóficos ou outros, sendo-lhe posteriormente (ou até mesmo em tempo real) atribuídas certas decisões, baseadas no seu perfil⁴⁶.

Em suma, a identificação de uma pessoa não passa, fatalmente, pelo iluminar do seu nome, ou identidade civil⁴⁷, bastando diferenciá-la ou isolá-la de todos os demais, o que é possível através dos supramencionados identificadores, que detêm uma ligação próxima e imediata com a pessoa física⁴⁸.

IV. O último elemento que compõe o *profiling* é o intento de avaliar certos aspetos pessoais de alguém. O n.º 4 do art. 4.º do RGPD indica que a definição de perfis envolve avaliar determinados fatores pessoais de um sujeito, designadamente analisar ou prever aspetos relacionados com o seu desempenho profissional, a sua situação económica, saúde, preferências, interesses, fiabilidade, comportamento, localização ou deslocações.

Na prática, a definição de perfis envolve com acentuada frequência o recurso a modelos de análise preditiva (*predictive analytics*). Este modelo de análise de dados implica o processo de identificação de padrões a partir

44 WP 29, *Opinion 1/2008 on Data Protection Issues Related to Search Engines*, WP 148, Adotado em 4 de abril de 2008, p. 7, disponível em: <https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2008/wp148_en.pdf>, consultado a 22 de dezembro de 2021; e LEAL, Ana Alves, “Aspetos Jurídicos” cit., p. 108.

45 LEAL, Ana Alves, “Aspetos Jurídicos” cit., pp. 107-108.

46 WP 29, *Opinion 4/2007* cit., p. 14.

47 WP 29, *Opinion 4/2007* cit., p. 14; e LEAL, Ana Alves, “Aspetos Jurídicos” cit., pp. 108-109.

48 WP 29, *Opinion 4/2007* cit., p. 14.

de conjuntos de dados, de forma a prever resultados, eventos, tendências ou comportamentos futuros; ou seja, após a deteção de padrões relevantes nos dados analisados, associa-se, com base em estatística e probabilidade, esses padrões a determinados resultados, comportamentos, eventos ou tendências futuras⁴⁹.

Assim sendo, a definição de perfis envolve a recolha de informações sobre uma pessoa e a avaliação dos seus atributos pessoais ou padrões comportamentais com mira a enquadrá-la em certo grupo ou categoria para, em última instância, prever fatores pessoais seus (como, por exemplo, os seus interesses futuros, sentido de voto nas próximas eleições, a sua capacidade para executar uma futura tarefa ou o presumível cumprimento atempado de obrigações ainda não assumidas)⁵⁰.

Todavia, a definição de perfis não implica unicamente que sejam efetuadas previsões futuras sobre as pessoas: de resto resulta este entendimento do próprio n.º 4 do art. 4.º do RGPD quando refere que o objetivo do tratamento automatizado sobre dados pessoais é avaliar elementos pessoais de uma pessoa, nomeadamente *analisar ou prever* aspetos específicos (considere-se, exemplificativamente, a análise da situação económica ou do estado de saúde do titular dos dados).

De qualquer modo, o que decorre deste terceiro elemento é que não se revela satisfatória a organização ou estruturação dos dados pessoais recolhidos, isto é, não consubstancia uma definição de perfis a mera categorização de pessoas atendendo a concretas qualidades ou características (v.g. idade, sexo e altura)⁵¹. O vocábulo “avaliar” presente no n.º 4 do art. 4.º do RGPD conduz à tese de que o *profiling* pede algo mais do que a simples catalogação: postula a existência de qualquer tipo de apreciação ou juízo sobre uma pessoa^{52/53}.

49 LEAL, Ana Alves, “Aspetos Jurídicos” cit., pp. 82-83.

50 WP 29, *Guidelines* cit., p. 7.

51 WP 29, *Guidelines* cit., p. 7; e CORDEIRO, A. Barreto Menezes, *Direito* cit., p. 149.

52 WP 29, *Guidelines* cit., p. 7; e CORDEIRO, A. Barreto Menezes, *Direito* cit., p. 149.

53 Desde modo, se uma empresa tenciona classificar os seus clientes atendendo à idade destes, com finalidades, tão-só, estatísticas e para ter uma visão geral agregada daqueles, sem tirar ilações ou efetuar quaisquer previsões, então a utilidade não é apreciar as características individuais dos clientes, pelo que não se está no campo do *profiling*, por faltar o último elemento caracterizador da figura. Cf. WP 29, *Guidelines* cit., p. 7.

3. Perigos Intrínsecos à Definição de Perfis

I. Conquanto o *profiling* consubstancie uma mais-valia para os indivíduos, organizações e para a própria comunidade de um modo geral⁵⁴, não deixa de ser uma atividade concatenada com riscos que não devem ser observados com desmazelo e leviandade. Nestes termos, a tutela atribuída ao titular dos dados perante a definição de perfis encontra a sua fundamentação na perniciosidade subjacente a esta subcategoria de tratamento de dados pessoais.

i) Um malefício sisudo proveniente da definição de perfis, que tende a passar despercebido aos próprios titulares dos dados, é a criação de novos dados decorrente da categorização de um sujeito⁵⁵. O *profiling*, mais do que identificar as pessoas que se inserem num concreto grupo, potencializa, através das técnicas, correlações e inferências aplicadas, a descoberta de atributos específicos de um indivíduo que este não transmitiu diretamente ou deduz não serem conhecidos⁵⁶.

Através da combinação e interligação de dados, existe até a possibilidade de serem obtidos ou inferidos dados sensíveis (também apelidados de dados especiais) a partir de preferências e atributos que não o são⁵⁷, ou seja, decorrente da interligação de *non-sensitive data* (ou “*harmless information*”⁵⁸)⁵⁹. Embora o Regulamento não forneça um conceito de dados sensíveis, o RGPD elenca taxativamente⁶⁰ os dados que lhe integram, dispondo o n.º 1 do art. 9.º que “é proibido o tratamento de dados pessoais que revelem

54 Como forma a esclarecer alguns dos benefícios associados a este tratamento de dados observe-se o que sucede no domínio da comercialização de produtos e serviços: a definição de perfis possibilita segmentar melhor os mercados e adequar os bens e serviços às necessidades individuais dos consumidores, bem como calcular os seus custos em função das características e categorias de pessoas, designadamente do seu poder de compra. Cf. CoE, *The Protection* cit., pp. 6 e 41, para. 108; e WP 29, *Guidelines* cit., p. 5.

55 CoE, *The Protection* cit., pp. 6 e 28, para. 50.

56 CoE, *The Protection* cit., pp. 6 e 28, para. 50; e WP 29, *Guidelines* cit., p. 9.

57 CoE, *The Protection* cit., p. 25, para. 37, e p. 31, para. 61; e WP 29, *Guidelines* cit., p. 15.

58 Esta expressão é utilizada em CoE, *The Protection* cit., p. 25, para. 37 para designar os dados pessoais não pertencentes às categorias de dados sensíveis.

59 Por exemplo, é possível inferir o estado de saúde de uma pessoa articulando os registos das suas compras de produtos alimentares com informações concernentes com a qualidade e o valor energético daqueles alimentos. Cf. WP 29, *Guidelines* cit., p. 15.

60 CORDEIRO, A. Barreto Menezes, *Direito* cit., p. 133.

a origem racial ou étnica, as opiniões políticas, as convicções religiosas ou filosóficas, ou a filiação sindical, bem como o tratamento de dados genéticos⁶¹, dados biométricos⁶² para identificar uma pessoa de forma inequívoca, dados relativos à saúde⁶³ ou dados relativos à vida sexual ou orientação sexual de uma pessoa”. Os dados especiais consistem numa modalidade de dados que são, pela sua natureza, especialmente sensíveis do ponto de vista dos direitos e liberdades fundamentais, uma vez que o contexto do tratamento desses dados poderá implicar riscos significativos para os direitos e liberdades fundamentais do titular⁶⁴.

Os cuidados peculiares a ter com os dados sensíveis justificam-se por quatro ordens de razão: (i) pelo princípio da não discriminação – plasmado, entre outros locais, no n.º 1 do art. 21.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia –; (ii) pela natureza de direito fundamental detida pela grande parte dos dados apresentados; (iii) pela situação de vulnerabilidade em que se encontra, em algumas das situações, o titular dos dados – pense-se nos dados relativos à saúde –; (iv) ou pelos efeitos nocivos que podem advir do seu tratamento⁶⁵. No fundo, consubstanciam dados com um cariz marcadamente pessoal⁶⁶.

Por outro lado, a integração de uma pessoa numa certa categoria significa necessariamente serem-lhe, também, atribuídas outras informações derivadas daquele grupo, embora só sejam com ele partilhadas determinadas características, criando-se, desta forma, novos dados relativamente àquele sujeito^{67/68}. Tipicamente, o titular dos dados não suspeita – nem o poderia

61 *Vide* o n.º 13 do art. 4.º do Regulamento.

62 *Vide* o n.º 14 do art. 4.º do Regulamento.

63 *Vide* o n.º 15 do art. 4.º, bem como o Considerando 35 do Regulamento.

64 Considerando 51 do RGPD.

65 Com este entendimento, CORDEIRO, A. Barreto Menezes, *Direito* cit., p. 133, que menciona, com igualdade, o dissenso em torno destes fundamentos, existindo quem considere que o critério para integrar certos dados nesta categoria especial é turvo e puramente arbitrário.

66 CORDEIRO, A. Barreto Menezes, *Direito* cit., p. 133.

67 CoE, *The Protection* cit., pp. 28-29, para. 53.

68 Pegando num exemplo com a análise preditiva (*predictive analytics*): se se prevê que os sujeitos que são parte de uma categoria, por partilharem as características A e B, com elevada probabilidade, interessar-se-ão futuramente por um novo produto (característica C), então a pessoa que tem as qualidades A e B também é dotada da característica C. Recorrendo a outro caso: se uma instituição de crédito deteta que as pessoas pertencentes ao grupo com os atributos D e E têm graves dificuldades em cumprir as suas obrigações pecuniárias (qualidade

fazer atendendo à magnitude e complexidade do processo – das correlações que decorrem nem dos resultados a que estas conduzem.

ii) Importa reiterar que uma parte nuclear do *profiling* apoia-se na estatística e na probabilidade⁶⁹. Efetivamente, os perfis são padrões oriundos de um processamento estatístico e probabilístico da informação recolhida, pelo que não espelham infalivelmente a realidade, mas, tão-só, uma versão desta assente no processo de análise de dados efetuado⁷⁰. Enquanto tal, uma consequência inevitável é a incerteza em torno do resultado a que conduz o procedimento técnico *sub oculis*⁷¹. Existem dois erros suscetíveis de ocorrer com a definição de perfis: a introdução errónea de um sujeito em certo grupo (falsos positivos), sendo-lhe, assim, atribuído características erradas, e a exclusão de alguém de um grupo a que efetivamente pertence (falsos negativos)^{72/73}.

Isto pode suceder, por um lado, por os dados recolhidos serem inexatos: as decisões ou os perfis fundados em dados desatualizados – contando que não se tratem de dados que apenas têm interesse num estado desatualizado por dizerem respeito a realidades passadas (por exemplo, dados médicos que descrevem um estado clínico antigo)⁷⁴ – ou incorretos serão forçosamente imprecisos, conduzindo a previsões ou declarações inadequadas e desacertadas em relação ao sujeito visado⁷⁵. Por outro lado, mesmo que os dados a analisar sejam corretos, podem não ser suficientemente representativos – por não terem sido obtidos todos os dados que relevam para a construção do perfil – ou os algoritmos podem conter enviesamentos humanos ocultos (*hidden bias*)⁷⁶, tais

F) então muito provavelmente será recusada a concessão de crédito a alguém que tenha as características D e E por lhe ser imputada a qualidade F.

69 OLIVEIRA, Madalena Perestrelo de, “Definição de Perfis” cit., p. 68; e CoE, *The Protection* cit., p. 29, para. 54, e p. 39, para. 97.

70 OLIVEIRA, Madalena Perestrelo de, “Definição de Perfis” cit., p. 69.

71 CoE, *The Protection* cit., pp. 6 e 29; e WP 29, *Guidelines* cit., p. 6.

72 CoE, *The Protection* cit., p. 29, para. 54.

73 Tome-se como exemplo certos clientes de uma instituição de crédito, considerados como indesejáveis por o perfil traçado estar associado a um grupo com um elevado risco de incumprimento, quando na realidade não é isto que se verificaria; ou os clientes a quem é concedido um crédito, por se enquadrarem numa categoria com conotações positivas, quando de facto não cumpriram atempadamente as suas obrigações. Cf. CoE, *The Protection* cit., p. 29, para. 54.

74 CORDEIRO, A. Barreto Menezes, *Direito* cit., p. 159.

75 WP 29, *Guidelines* cit., p. 12.

76 OLIVEIRA, Madalena Perestrelo de. “Definição de Perfis” cit., p. 69; e WP 29,

como critérios discriminatórios.

iii) Enquanto efeitos colaterais da identificação de perfis que se inserem numa concreta categoria ou grupo aponta-se, ainda, a suscetível estigmatização, através da perpetuação de estereótipos existentes, e a segregação social⁷⁷.

A definição de perfis comporta um verdadeiro potencial discriminatório, possibilitando a negação, injustificada, de bens e serviços a certos grupos de pessoas com base na sua origem racial ou étnica, estatuto económico, idade, género, orientação sexual, convicções religiosas ou por padecerem de quaisquer deficiências, entre muitos outros fatores⁷⁸. É imperativo mencionar que nem todo o tratamento desigual representa uma discriminação: o exercício da definição de perfis implica, pela sua própria natureza, uma distinção entre utilizadores, clientes, consumidores e cidadãos, visando um tratamento não igualitário entre eles⁷⁹. O que não pode ser aceite é um tratamento diferenciado arbitrário, sem nenhum motivo aparente ou apoiado em justificações que não sejam razoáveis e que atentem contra o princípio da igualdade⁸⁰.

De qualquer modo, é inegável que esta categorização limita, no fundo, as pessoas às preferências sugeridas, produzindo, enquanto tal, impactos na sua liberdade de escolha relativamente a determinados produtos ou serviços (v.g., serem recomendados certos filmes e séries, músicas e livros em detrimento de outros; ou serem propostos certos fluxos de notícias e ocultados outros)⁸¹.

iv) Um dos métodos através do qual é possível criar perfis é com recurso à pegada digital que os cibernautas deixam ao navegarem pela internet. Através da atividade de alguém *online* (como os vídeos e as imagens visualizadas, as fotografias publicadas, as notícias e os *tweets* partilhados, as páginas *web* visitadas e os *likes* nas redes sociais) é possível obter-se, entre outros aspetos pessoais, as suas características psicológicas⁸². Nestes termos, vigora um real perigo de persuasão psicológica e manipulação em massa, uma vez detetado

Guidelines cit., p. 12.

77 WP 29, *Guidelines* cit., p. 5.

78 CoE, *The Protection* cit., pp. 6-7; e WP 29, *Guidelines* cit., p. 6.

79 CoE, *The Protection* cit., p. 41, para. 108.

80 CoE, *The Protection* cit., p. 41, paras. 106-107.

81 WP 29, *Guidelines* cit., pp. 5-6.

82 MATZ, S. C. , KOSINSKI, M. , NAVE, G. , STILLWELL, D. J., “Psychological Targeting as an Effective Approach to Digital Mass Persuasion”, *Proceedings of the National Academy of Sciences*, 114, 48, 2017, pp. 12714-12719, p. 12714.

um grupo de pessoas que seja facilmente influenciável⁸³.

As investigações têm deslindado que adaptar o conteúdo dos anúncios às qualidades psicológicas de certas pessoas, particularmente daquelas mais vulneráveis, é uma operação suscetível de modificar amplamente o comportamento daqueles sujeitos⁸⁴. Conquanto a influência possa ser benéfica para as próprias pessoas (como persuadir um grupo com maus hábitos alimentares a ter uma alimentação saudável), ela pode também, em contrariedade, seguir um sentido perverso (tal como convencer uma categoria de pessoas facilmente viciáveis a participar em jogos de azar⁸⁵ ou manipulá-las a votar em certo sentido através da distorção da sua perceção da realidade).

Entretanto, importa notar que, em qualquer dos casos, independentemente da índole dos seus resultados, a persuasão pode configurar-se deletéria, porquanto, com ou sem consequências benéficas, a manipulação pode ser percecionada como algo intrusivo, por parte do titular dos dados.

II. Os perigos em torno do *profiling* pintam um quadro estarrecedor da vulnerabilidade e fragilidade suscetível de pairar sobre as pessoas. Alicerçadas nestas justas preocupações, as instituições da União Europeia sentiram-se compelidas a realçar no Considerando 72 do RGPD que a definição de perfis está subjugada às regras que regem o tratamento de dados pessoais, entre as quais a licitude do tratamento (art. 6.º) e os princípios da proteção de dados (art. 5.º).

4. Direito de Oposição

I. O Regulamento confere ao titular dos dados certos instrumentos de autodefesa que possibilitam a sua reação quando o tratamento comporte elevados riscos ou seja indesejado⁸⁶, entre estes consta o direito de oposição.

Proclama o Regulamento que o titular dos dados tem o direito de se opor

83 MATZ, S. C., KOSINSKI, M., NAVE, G., STILLWELL, D. J., “Psychological Targeting” cit., p. 12714.

84 MATZ, S. C., KOSINSKI, M., NAVE, G., STILLWELL, D. J., “Psychological Targeting” cit., p. 12715.

85 MATZ, S. C., KOSINSKI, M., NAVE, G., STILLWELL, D. J., “Psychological Targeting” cit., p. 12714.

86 LEAL, Ana Alves, “Aspetos Jurídicos” cit., pp. 122-123.

à definição de perfis (art. 21.º, n.º 1, do RGPD)^{87/88}. Contudo, não se trata de um poder de exercício livre, tendo o titular de o fundamentar através de razões relacionadas com a sua situação particular (art. 21.º, n.º 1, do RGPD). Segundo o que resulta da 2ª parte do n.º 1 do art. 21.º do RGPD, a situação particular do titular dos dados andar concatenada com os seus direitos e liberdades ou interesses⁸⁹ (de índole pessoal, social ou profissional⁹⁰). Encontra-se, assim, positivada uma solução ampla e casuística, cabendo apenas ao titular ser claro e preciso nos motivos que apresenta para a não realização do processo de *profiling*⁹¹.

Todavia, nos termos do n.º 1 do art. 21.º do RGPD, ainda que devidamente justificado, o direito de oposição apenas pode ser invocado perante um número circunscrito de situações: quando o tratamento for necessário ao exercício de funções de interesse público ou ao exercício da autoridade pública de que está investido o responsável pelo tratamento (art. 6.º, n.º 1, al. e) do RGPD); e quando o tratamento for necessário para efeito dos interesses legítimos prosseguidos pelo responsável pelo tratamento ou por terceiros (art. 6.º, n.º 1, al. f) do RGPD)⁹².

O n.º 1 do art. 21.º do RGPD também menciona as hipóteses em que o tratamento é realizado para fins diferentes daqueles para os quais os dados tenham sido recolhidos (art. 6.º, n.º 4, do RGPD), ou seja, à partida, o direito

87 O direito de oposição é um corolário da natureza pessoal do direito à autodeterminação informacional – cf. CORDEIRO, A. Barreto Menezes, *Direito* cit., p. 299 –, que concede a cada um o direito de controlar, em todas as fases do tratamento, a informação disponível a seu respeito, impedindo que a pessoa se transforme num simples objeto de informações ou num produto – cf. CANOTILHO, J. J. Gomes, MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, I, 4ª Edição, Coimbra Editora, 2007, p. 551; e LEAL, Ana Alves, “Aspetos Jurídicos” cit., p. 124.

88 A menção direta à definição de perfis no n.º 1 do art. 21.º do RGPD pode ser tida como dispensável, no sentido de que a sua omissão não removeria o direito do titular dos dados a opor-se à definição de perfis nos contextos traçados, permanecendo a norma aplicável em tais circunstâncias. Simplesmente, visa-se chamar a atenção (e bem!) para estes casos mais melindrosos. Cf. CORDEIRO, A. Barreto Menezes, *Direito* cit., p. 302.

89 CORDEIRO, A. Barreto Menezes, *Direito* cit., p. 301.

90 WP 29, *Guidelines* cit., p. 19.

91 CORDEIRO, A. Barreto Menezes, *Direito* cit., p. 301.

92 A existência de interesses legítimos prosseguidos pelo responsável pelo tratamento ou por terceiros não basta para fundar um tratamento lícito: há que levar a cabo um teste de ponderação, confrontando o peso que assumem *in casu* os interesses legítimos do responsável ou de terceiros e os interesses, direitos e liberdades do titular (art. 6.º, n.º 1, al. f), do RGPD).

de oposição pode operar quando os dados pessoais forem reutilizados para a prática de novas operações de tratamento, entre as quais se localiza o *profiling*. No entanto, a referência feita ao n.º 4 do art. 6.º do RGPD pelo n.º 1 do art. 21.º do RGPD deve ser ignorada, por se tratar de um erro, não constando aquela menção nos correspondentes artigos das demais versões do Regulamento⁹³.

Nesta senda, o direito em apreço possibilita que o titular se oponha ao tratamento lícito dos seus dados pessoais⁹⁴. Pode-se apontar uma tripla justificação para esta realidade.

Desde logo, em contrariedade aos demais fundamentos jurídicos, que colocam o titular em primeiro plano, sustentando-se no seu direito à autodeterminação informacional e nos seus interesses, os fundamentos de licitude para o tratamento de dados pessoais contemplados nas alíneas e) e f) do n.º 1 do art. 6.º do RGPD visam prosseguir interesses de terceiros (individuais ou coletivos)⁹⁵.

Entre todas as exclusões, merece ser destacado que fora do campo de incidência deste direito encontram-se as situações em que o titular tiver dado o seu consentimento para o tratamento dos seus dados pessoais para uma ou mais finalidades específicas (art. 6.º, n.º 1, al. a) do RGPD). Sendo o consentimento do titular o expoente máximo do controlo dos dados e, como tal, do princípio da autodeterminação informacional⁹⁶, para os casos em que o titular não haja previsto todas as consequências que decorrem do seu consentimento, não tenha antecipado eventuais e prováveis evoluções tecnológicas que permitem ao responsável pelo tratamento retirar dos seus dados pessoais mais informações do que o titular esteja disposto a partilhar ou, tão-só, quando o titular pretenda voltar atrás por ter alterado subjetivamente a sua opinião, o n.º 3 do art. 7.º do RGPD reserva o direito à revogação do consentimento⁹⁷.

Em segundo lugar, atendendo às particularidades dos fundamentos jurídicos indicados no n.º 1 do art. 21.º do RGPD, é possível que uma decisão

93 FIDALGO, Vítor Palmela, “Artigo 21.º” in CORDEIRO, A. Barreto Menezes (Coord.), *Comentário ao Regulamento Geral de Proteção de Dados e à Lei n.º 58/2019*, Almedina, 2021, pp. 213-220, p. 217.

94 Considerando 69 do RGPD.

95 CORDEIRO, A. Barreto Menezes, *Direito* cit., p. 301.

96 LEAL, Ana Alves, “Aspetos Jurídicos” cit., p. 150.

97 CORDEIRO, A. Barreto Menezes, *Direito* cit., p. 188.

seja tomada, pelo responsável pelo tratamento, com desconhecimento da particular situação em que se encontra o titular dos dados; o direito de oposição, nos contornos em que foi traçado, viabiliza que o titular dê a conhecer ao responsável pelo tratamento a dita situação especial⁹⁸.

Por último, estender o direito de oposição a outros fundamentos de licitude seria, em certas circunstâncias, gerador de uma verdadeira inconsistência de um prisma dogmático: o exercício do direito de oposição no contexto da execução de um contrato (art. 6.º, n.º 1, al. b), do RGPD) representaria um abuso de direito, *in concreto* o tipo *venire contra factum proprium*, e quando o tratamento fosse necessário para o cumprimento de uma obrigação legal a que o responsável pelo tratamento estivesse sujeito (art. 6.º, n.º 1, al. c), do RGPD), prevaleceria sempre a Lei sobre a vontade do titular dos dados⁹⁹.

Com tudo isto, torna-se patente as razões particulares que motivam a contenção do direito de oposição às circunstâncias indicadas no n.º 1 do art. 21.º do RGPD, não se admitindo a sua extensão aos demais fundamentos de licitude.

Ademais, o direito de oposição obedece, numa primeira fase, a uma lógica potestativa: “a constituição [deste direito] (em sentido técnico-jurídico) na esfera do titular dos dados depende de prévia declaração unilateral deste, dirigida ao responsável pelo tratamento; só então este, na posição passiva, passa a estar adstrito ao *dever* de [...] cessar o [...] tratamento [dos dados pessoais]. A mecânica potestativa que antecede a constituição [deste direito] permite antever que em causa [está um meio de defesa] do titular dos dados *também* perante condutas lícitas do responsável pelo tratamento; é que, de outra forma, sendo o tratamento proibido, e em contraste com este funcionamento potestativo, o responsável pelo tratamento estaria já (independentemente de qualquer impulso de defesa por parte do titular dos dados) obrigado a não praticar nenhum comportamento tendente a esse tratamento. Por isso, nesses casos, e diferentemente do que aqui se analisa, conta-se com o binómio «direito/dever» desde o início, sem que seja precedido pelo binómio «poder/sujeição»¹⁰⁰.

98 CORDEIRO, A. Barreto Menezes, *Direito* cit., p. 301.

99 CORDEIRO, A. Barreto Menezes, *Direito* cit., pp. 301-302.

100 LEAL, Ana Alves, “Aspetos Jurídicos” cit., p. 133.

Opondo-se o titular dos dados ao *profiling*, o responsável pelo tratamento tem de interromper o processo de definição de perfis ou evitar o seu começo, até se verificar, sendo esse o caso, que existem motivos legítimos do responsável pelo tratamento prevalecentes sobre os interesses, os direitos e as liberdades do titular dos dados (art. 18.º, n.º 1, al. d), do RGPD)¹⁰¹.

II. Sem prejuízo da limitação do tratamento, os dois requisitos cumulativos anunciados – o tratamento se fundar na alínea e) ou f) do n.º 1 do art. 6.º do RGPD e o titular conjurar motivos relacionados com a sua situação particular – não bastam por si só para que imperativamente cesse o tratamento *sub oculis*. Perante o exercício do direito de oposição, o responsável pelo tratamento deve analisar o pedido feito pelo titular¹⁰² e cessar o tratamento, exceto (i) se apresentar razões imperiosas e legítimas para esse tratamento que prevaleçam sobre os interesses, direitos e liberdades do titular dos dados, ou (ii) se o tratamento for necessário para efeitos de declaração, exercício ou defesa de um direito num processo judicial (art. 21.º, n.º 1, 2ª parte, do RGPD).

O Regulamento não clarifica o que se deve entender por “razões imperiosas e legítimas”. Não obstante, os tratamentos a que o titular se pode opor – aqueles a que alude as alíneas e) e f) do n.º 1 do art. 6.º *ex vi* n.º 1 do art. 21.º do RGPD – apontam no sentido de que a expressão “razões legítimas” engloba quer interesses do próprio responsável, quer interesses de terceiros¹⁰³. No que concerne ao vocábulo “imperioso”, este aparenta incutir a ideia de que as razões legítimas devem posicionar-se num limiar mais elevado do que os interesses, direitos e liberdades declarados pelo titular dos dados, de modo a prevalecer sobre estes^{104/105}.

O responsável pelo tratamento tem, deste modo, de cumprir um exigente

101 WP 29, *Guidelines* cit., p. 18.

102 CORDEIRO, A. Barreto Menezes, *Direito* cit., p. 302.

103 CORDEIRO, A. Barreto Menezes, *Direito* cit., p. 303.

104 WP 29, *Guidelines* cit., p. 19.

105 WP 29, *Guidelines* cit., p. 18 retrata, exemplificativamente, uma razão imperiosa e legítima, indicado o caso em que a definição de perfis serve para prever a propagação de doenças contagiosas. Com efeito, para além de outros contextos, existem razões legítimas e imperiosas nas situações em que a definição de perfis acarreta vantagens para a sociedade como um todo ou para a comunidade em geral.

exercício de ponderação¹⁰⁶, onde é considerada a significância do *profiling* para o seu objetivo específico, o impacto da definição de perfis sobre os interesses, os direitos e as liberdades do titular dos dados – devendo o *profiling* ser limitado ao mínimo necessário para atingir a finalidade visada, isto é, ser o menos intrusivo possível – e a medida da prevalência das razões imperiosas e legítimas sobre os interesses, direitos e liberdades do titular dos dados¹⁰⁷.

Compete, assim, ao responsável pelo tratamento provar que os seus interesses legítimos imperiosos prevalecem sobre os interesses ou direitos e liberdades do titular dos dados, de modo a justificar a definição de perfis^{108/109}. Em caso de dúvida, prevalecerá a posição do titular dos dados, devendo o responsável pelo tratamento cessar o mesmo¹¹⁰.

III. Uma vez invocada a oposição e devidamente justificada pelo titular dos dados e não sendo o seu exercício obstaculizado com base na 2ª parte do n.º 1 do art. 21.º do RGPD, o responsável pelo tratamento deve cessar o processo de *profiling* (art. 21.º, n.º 1, do RGPD) e, mediante pedido apresentado pelo titular, eliminar, sem demora injustificada, os dados pessoais utilizados para criar o perfil, bem como o próprio perfil¹¹¹ (art. 17.º, n.º 1, al. c), do RGPD). Em contrariedade, verificando-se que os motivos legítimos do responsável prevalecem sobre os do titular dos dados, é anulada a limitação que foi implementada ao referido tratamento, nos termos da al. d) do n.º 1 do art. 18.º do RGPD, quando este último manifestou a sua oposição. Nesta eventualidade, o titular deve ser informado previamente à dita anulação que a limitação do tratamento vai ser, precisamente, anulada porque os motivos legítimos do responsável pelo tratamento prevalecem sobre os seus (art. 18.º, n.º 3, do RGPD).

106 WP 29, *Guidelines* cit., p. 19; e LEAL, Ana Alves, “Aspetos Jurídicos” cit., p. 134.

107 WP 29, *Guidelines* cit., pp. 18-19.

108 Considerando 69 do RGPD.

109 Evidencia-se, desta forma, que o teste de ponderação imposto pelo n.º 1 do art. 21.º do RGPD é diferente daquele que resulta da alínea f) do n.º 1 do art. 6.º do RGPD: não basta que o responsável demonstre que os interesses, direitos ou liberdades fundamentais do titular não prevaleceram sobre os seus interesses legítimos, mas que estes são, também, imperiosos. Cf. WP 29, *Guidelines* cit., p. 19.

110 CORDEIRO, A. Barreto Menezes, *Direito* cit., p. 303.

111 WP 29, *Guidelines* cit., p. 18.

O direito de oposição pode ser exercido em qualquer momento (art. 21.º, n.º 1, do RGPD). Contudo, esta referência temporal deve ser entendida como antes do tratamento ou na sua pendência, não podendo o mencionado direito ser invocado após o término do tratamento¹¹², pois, se este já transcorreu, a oposição perde o seu sentido. Por outro lado, a oposição por parte do titular apenas opera para o futuro: o direito de oposição não tem efeitos retroativos¹¹³.

IV. O titular pode, talqualmente, opor-se ao tratamento dos seus dados pessoais quando estes estejam a ser tratados para efeitos de comercialização direta (art. 21.º, n.º 2, do RGPD). O direito de oposição relativo ao *marketing* direto abrange também a definição de perfis, na medida em que esteja relacionada com aquela comercialização (art. 21.º, n.º 2, *in fine*, do RGPD).

O direito assume *in casu* uma dimensão incondicional: não é necessário efetuar qualquer ponderação de interesses, devendo o responsável pelo tratamento respeitar a vontade do titular sem questionar os motivos subjacentes à oposição¹¹⁴. Assim, não é necessário de ser invocado qualquer argumento substantivo, sendo suficiente para possibilitar o exercício do direito em apreço o mero facto de os dados pessoais serem utilizados para efeitos de comercialização direta¹¹⁵.

Sempre que os dados pessoais sejam objeto de tratamento para o mencionado fim, o titular pode opor-se a qualquer momento (art. 21.º, n.º 2, do RGPD), de forma gratuita, independentemente de se tratar do tratamento inicial ou do tratamento posterior¹¹⁶. Ora, preceitua a 1ª parte do n.º 2 do art. 12.º do RGPD que o responsável pelo tratamento deve facilitar o exercício dos direitos atribuídos ao titular dos dados. Daqui se retira que os responsáveis pelo tratamento, que recolhem dados pessoais junto dos seus titulares com o propósito de os utilizar para efeitos de comercialização direta, devem, aquando da recolha, considerar facultar aos titulares meios fáceis para que estes assinalem naquele momento que não desejam que os seus dados sejam

112 CORDEIRO, A. Barreto Menezes, *Direito* cit., p. 302.

113 CORDEIRO, A. Barreto Menezes, *Direito* cit., p. 302.

114 CORDEIRO, Madalena Perestrelo de, “Definição de Perfis” cit., p. 72; e WP 29, *Guidelines* cit., p. 19.

115 CORDEIRO, A. Barreto Menezes, *Direito* cit., p. 303.

116 Considerando 70 do RGPD.

objeto do referido tratamento, invés de os “forçar” a ter que exercer o seu direito de oposição num momento porvindouro¹¹⁷. De qualquer modo, isto não expressa uma obrigatoriedade, mas uma forma concebível de facilitar ao titular dos dados o exercício do direito em questão.

Uma vez invocada a oposição ao tratamento para efeitos de comercialização direta pelo titular, os dados deixam de ser tratados para esse fim (art. 21.º, n.º 3, do RGPD). Acrescenta a al. c) do n.º 1 do art. 17.º do RGPD que o responsável pelo tratamento pode encontra-se ainda adstrito a ter que apagar os dados pessoais em causa e o perfil criado¹¹⁸, sem demora injustificada, se o titular assim o requerer.

Embora observados os contornos deste regime subsiste a dúvida do que se deve entender por “comercialização direta”. O Regulamento não fornece qualquer definição desta expressão e o mesmo se diga quanto ao Direito da União Europeia. Ainda assim, a Comissão Europeia afirma que a comercialização direta corresponde a “qualquer ação, por parte de uma empresa, destinada a comunicar material publicitário ou de comercialização, dirigida a pessoas específicas”¹¹⁹. Um indício do conceito também pode ser encontrado na Proposta de Regulamento relativo à privacidade e às comunicações eletrónicas¹²⁰, cuja alínea f) do n.º 3 do art. 4.º define como sendo comunicações comerciais diretas “qualquer forma de publicidade, oral ou escrita, enviada a um ou mais utilizadores finais identificados ou identificáveis de serviços de comunicações eletrónicas, incluindo a utilização de sistemas de chamada e de comunicação automatizados, com ou sem interação humana, de correio eletrónico, SMS, etc.”. Por seu turno, nos termos da alínea a) do art. 2.º da Diretiva 2006/114/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de dezembro de 2006, relativa à publicidade enganosa e comparativa, por publicidade entende-se “qualquer

117 WP 29, *Guidelines* cit., p. 19, nota n.º 31.

118 WP 29, *Guidelines* cit., p. 18.

119 Cf. <https://ec.europa.eu/info/law/law-topic/data-protection/reform/rules-business-and-organisations/dealing-citizens/what-happens-if-someone-objects-my-company-processing-their-personal-data_en>, consultado a 22 de dezembro de 2021.

120 EUROPEAN COMMISSION, Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council Concerning the Respect for Private Life and the Protection of Personal Data in Electronic Communications and Repealing Directive 2002/58/EC (Regulation on Privacy and Electronic Communications), COM(2017) 10 final – 2017/0003 (COD), 10 January 2017, disponível em <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52017PC0010&from=EN>>, consultado a 22 de dezembro de 2021.

forma de comunicação feita no âmbito de uma atividade negocial, comercial, artesanal ou liberal com o objetivo de promover o fornecimento de bens ou de serviços, incluindo bens imóveis, direitos e obrigações”.

Estes conceitos tornam evidentes que a comercialização direta, a que alude o n.º 2 do art. 21.º do RGPD, assume um cariz comercial. O direito de oposição pode ser livremente exercido quando a oposição se reporta ao tratamento de dados pessoais para efeitos de comercialização direta com índole comercial¹²¹.

De facto, a letra do n.º 2 do art. 21.º do RGPD não especifica a natureza da comercialização direta, o que tem levado uma facção doutrinária a sufragar o entendimento de que o direito de oposição vale contra todos os tipos de comercialização direta, quer detenha propósitos comerciais, políticos, religiosos ou de qualquer outra natureza¹²². Porém, a aplicação prática do n.º 2 do art. 21.º do RGPD revela como esta posição não é merecedora de colhimento: pegando num exemplo em que o tratamento dos dados pessoais é necessário para o exercício de funções de interesse público (art. 6.º, n.º 1, al. e), do RGPD) e a comercialização direta visa informar os cidadãos de uma determinada ocorrência ou perigo, o titular poderia *in casu* opor-se incondicionalmente a esta comercialização, pois, em contrariedade ao n.º 1 do art. 21.º do RGPD, o n.º 2 do art. 21.º do RGPD não envolve a avaliação dos interesses em confronto¹²³. Uma interpretação literal do n.º 2 do art. 21.º do RGPD patenteia-se, assim, desajustada face aos distintos contornos com que o direito de oposição foi desenhado no n.º 1 e 2 do art. 21.º do RGPD.

V. O dever de informar o titular dos dados sobre a existência do direito de oposição é algo que decorre, desde logo, da alínea b) do n.º 2 do art. 13.º do RGPD, quando os dados sejam recolhidos junto do titular, e da alínea c) do n.º 2 do art. 14.º do RGPD, quando os dados não sejam recolhidos juntos do

121 Em sentido coincidente, CORDEIRO, A. Barreto Menezes, *Direito* cit., p. 305.

122 CORDEIRO, A. Barreto Menezes, *Direito* cit., pp. 304-305 dá nota da cisão presente na Ciência Jurídica alemã, alicerçada nas duas posições apresentadas, isto é, na interpretação literal, que admite o direito de oposição face a todos os tipos de comercialização direta, e na interpretação restritiva com base teológica, que delimita o direito de oposição ao campo da comercialização direta com intuitos comerciais.

123 CORDEIRO, A. Barreto Menezes, *Direito* cit., p. 305.

titular. Não obstante, elabora o n.º 4 do art. 21.º do RGPD que o responsável pelo tratamento deve, o mais tardar no momento da primeira comunicação ao titular dos dados, informar explicitamente este último sobre o direito de oposição plasmado no n.º 1 e 2 do art. 21.º do RGPD, apresentando-o de modo claro e distinto de quaisquer outras informações. Enquanto tal, a indicação deste direito não pode ser ocultada ou dissimulada nos termos e condições que são apresentadas ao utilizador, devendo o direito ser destacado num documento relevante ou no respetivo *website* do responsável pelo tratamento¹²⁴. Atente-se que da menção expressa ao n.º 2 do art. 21.º do RGPD resulta que, se porventura, a definição de perfis se destinar ao *marketing* direto, deve isto ser levado ao conhecimento do titular (art. 13.º, n.º 1, al. c), e art. 14.º, n.º 1, al. c), do RGPD) para que este opte ou não por exercer o direito de oposição, precisamente, nos termos do n.º 2 do art. 21.º do RGPD.

Noutra senda, o Regulamento não determina uma forma concreta para o exercício do direito de oposição por parte do titular, podendo ser por escrito ou oralmente¹²⁵. Sem prejuízo disto, no âmbito dos serviços da sociedade da informação, aquele direito pode ser exercido por meios automatizados, utilizando especificações técnicas (art. 21.º, n.º 5, do RGPD) – *v.g.* através do recurso a ferramentas que possibilitam bloquear o rastreamento do comportamento *online* do cibernauta¹²⁶. O n.º 25 do art. 4.º do RGPD remete a definição de serviço da sociedade da informação para a noção de serviço apresentada na al. b) do n.º 1 do art. 1.º da Diretiva 2015/1535, 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: “«serviço» significa qualquer serviço da sociedade da informação, isto é, qualquer serviço prestado normalmente mediante remuneração, à distância, por via eletrónica e mediante pedido individual de um destinatário de serviços”.

124 WP 29, *Guidelines* cit., p. 32.

125 Information Commissioner’s Office, *Guide to the General Data Protection Regulation (GDPR)*, 02 de agosto de 2018, p. 143, disponível em <<https://ico.org.uk/media/for-organisations/guide-to-the-general-data-protection-regulation-gdpr-1-0.pdf>>, consultado a 22 de dezembro de 2021.

126 JEF AUSLOOS, *The Interaction Between the Rights to Object and to Erasure in the GDPR*, 2016, disponível em: <<https://www.law.kuleuven.be/citip/blog/gdpr-update-the-interaction-between-the-right-to-object-and-the-right-to-erasure>>, consultado a 22 de dezembro de 2021.

O conceito de serviço da sociedade da informação pode assim ser decomposto em cinco elementos caracterizadores¹²⁷: (i) trata-se de uma prestação; (ii) normalmente remunerada; (iii) realizada à distância; (iv) por via eletrónica; e (v) mediante pedido individual do destinatário do serviço. Apenas colhem valor, para efeitos da noção levantada, as *prestações* principais: as “prestações que desempenhem um papel secundário ou não nuclear no serviço efetivamente prestado não são relevadas”¹²⁸. A *remuneração* não tem de possuir um cariz monetário, nem a contraprestação tem de ser suportada pelo beneficiário, bastando que se trate de uma relação comercial *lato sensu*^{129/130}. A prestação é *realizada à distância* quando o serviço é prestado sem que as partes estejam simultaneamente presentes (art. 1.º, n.º 1, al. b), i) da Diretiva 2015/1535, de 9 de setembro de 2015), não obtendo a qualificação de serviço da sociedade da informação os serviços prestados na presença física do prestador e do destinatário, mesmo que impliquem a utilização de dispositivos eletrónicos¹³¹. O serviço prestado *por via eletrónica* corresponde ao serviço enviado desde a origem e recebido no destino através de instrumentos eletrónicos de processamento (incluindo a compressão digital) e de armazenamento de dados, que é inteiramente transmitido, encaminhado e recebido por cabo, rádio, meios óticos ou outros meios eletromagnéticos (art. 1.º, n.º 1, al. b), ii) da Diretiva 2015/1535, de 9 de setembro de 2015). Não são, assim, serviços fornecidos por via eletrónica os serviços cujo conteúdo é material mesmo quando impliquem a utilização de dispositivos eletrónicos, os serviços *offline* e os serviços não fornecidos por intermédio de sistemas eletrónicos de armazenagem e processamento de dados¹³². Por fim, a expressão “*mediante pedido individual do destinatário do serviço*” reporta-se a um

127 CORDEIRO, A. Barreto Menezes, *Direito cit.*, pp. 197-198

128 CORDEIRO, A. Barreto Menezes, *Direito cit.*, p. 197.

129 CORDEIRO, A. Barreto Menezes, *Direito cit.*, p. 197.

130 É o que se verifica, por exemplo, com os motores de busca online, as redes sociais e com muitas das apps, cuja remuneração não deriva diretamente do utilizador, mas, antes, dos anúncios exibidos; e com os sites e jogos online educacionais, que, embora não tenham fins lucrativos, podem ser considerados como uma atividade económica em sentido amplo, na medida em que são tipos de serviços normalmente prestados num campo comercial – cf. <<https://ico.org.uk/for-organisations/guide-to-data-protection/ico-codes-of-practice/age-appropriate-design-a-code-of-practice-for-online-services/services-covered-by-this-code/>>, consultado a 22 de dezembro de 2021.

131 Anexo I da Diretiva 2015/1535, de 9 de setembro de 2015.

132 Anexo I da Diretiva 2015/1535, de 9 de setembro de 2015.

serviço fornecido por transmissão de dados mediante pedido individual (art. 1.º, n.º 1, al. b), iii) da Diretiva 2015/1535, de 9 de setembro de 2015), não se encontrando abrangidos, deste modo, os serviços fornecidos por envio de dados sem pedido individual e destinados à receção simultânea por um número ilimitado de destinatários (transmissão de «ponto para multiponto»)¹³³.

5. Conclusão

A definição de perfis é uma atividade empregada nos mais diversos planos da sociedade, consistindo num tratamento total ou parcialmente automatizado de dados pessoais com o propósito de avaliar certos aspetos pessoais de uma pessoa singular.

Embora o *profiling* seja um tratamento extremamente vantajoso, transportando utilidade e benefícios para as pessoas e organizações, não é uma atividade completamente inocente, encontrando-se a si associados sérios riscos e perigos cuja possível materialização acarreta ponderosos impactos negativos e injustificados nos direitos, liberdades e interesses dos titulares dos dados. Nesta senda, o Regulamento procura sujeitar diretamente a definição de perfis às regras nele próprio consagradas que regem o tratamento de dados pessoais, simultaneamente atribuindo ao titular poderes de reação suscetíveis de serem exercidos ainda que as operações efetuadas sobre dados pessoais sejam lícitas. Como tal, é conferido ao titular o direito de se opor ao *profiling*, cujo exercício, dentro dos pressupostos de aplicabilidade, impede o começo ou impõe a cessação do tratamento.

133 Anexo I da Diretiva 2015/1535, de 9 de setembro de 2015.