



Data controllers e data processors: **da responsabilidade pelo tratamento de dados** **à responsabilidade civil**

Mafalda Miranda Barbosa

1. Introdução

A proteção de dados está na ordem do dia, não só pelos específicos problemas que em torno dela eclodem, fruto de ambientes cada vez mais complexos de recolha e partilha de informações¹, como pela necessidade de dar cumprimento ao Regulamento (UE) 2016/679, relativo à proteção de dados pessoais. Este foi pensado quer no sentido do reforço dos direitos dos

¹ Cf. Jorge MIRANDA/Rui de MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, tomo I, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, artigo 35º, 379-380, referindo que “a necessidade de tutela do indivíduo relativamente ao uso da informática faz-se sentir cada vez com mais premência tendo em conta as possibilidades de recolha e de armazenamento de informação relativa aos cidadãos por parte de terceiros e dos próprios poderes públicos, e a facilidade e a velocidade de acesso e de cruzamento de todos esses dados”.

Veja-se, igualmente, J. Seabra LOPES, “A proteção da privacidade e dos dados pessoais na sociedade de informação”, *Estudos dedicados ao Prof. Doutor Mário Júlio de Almeida Costa*, UCP, 2002, 779 s.; Alexandre de Sousa PINHEIRO, “A proteção de dados na proposta de regulamento comunitário apresentado pela Comissão Europeia: primeiras reflexões”, *Direito e Política*, nº1, 2012, 9 s.; Alexandre de Sousa PINHEIRO, *Privacy e proteção de dados pessoais: a construção dogmática do direito à identidade informacional*, AAFDL, Lisboa, 2015, 427.



titulares dos dados pessoais, quer no sentido da harmonização de um elevado nível de proteção em todo o espaço europeu, atenta a possibilidade e a velocidade de circulação dos dados pessoais entre diversos Estados.

Tal como já acontecia com a anterior legislação europeia na matéria, confrontamo-nos novamente com as noções de *data controller* (responsável pelo tratamento de dados) e *data processor* (subcontratante). Assumindo-se como peças centrais da regulamentação relativa aos dados pessoais, o responsável e o subcontratante oferecem-nos o desenho das relações que se estabelecem ou podem estabelecer entre aqueles que controlam ou executam uma operação de tratamento de dados, ao mesmo tempo que nos dotam de critérios de determinação do responsável em caso de violação do direito à proteção de dados pessoais. Lidamos, assim, com duas noções distintas de responsabilidade, a fazer rememorar, neste quadro, a lição de Honoré², que,

² Cf., para uma adequada compreensão dos diversos sentidos com que pode ser assumido o termo

responsabilidade, H.L.A. HART, *Punishment and Responsibility, Essays in the Philosophy of Law*, Oxford University Press, 1968, 210 s. Apresentam-se, aí, quatro sentidos para o termo *responsability*. A *role-responsability*, indicando que, se uma pessoa está investida num determinado cargo, lugar, estatuto, papel, fica adstrita a especiais deveres, alguns dos quais se prendem com a promoção do bem-estar dos outros ou a prossecução dos objetivos de uma dada organização; a *causal-responsability*, em cuja aceção o responsável se vem a identificar com o causador de um ato, pelo que não só os humanos, mas também as coisas, os animais ou os fenómenos não humanos podem ser considerados responsáveis (cf. p. 214); a *liability responsibility*, que, ao contrário do sentido prévio, implica já uma assunção acerca do mérito da conduta, afastando-se do mecanicismo característico da visão da responsabilidade/causalidade, a implicar a responsabilidade como o desencadear de um efeito na realidade, tanto mais que



apresentando uma taxonomia das diversas aceções de responsabilidade, fala, entre outras, da *role responsibility* e da *liability*.

Se o conceito de responsável pelo tratamento de dados nos remete para uma ideia de responsabilidade enquanto assunção de um especial encargo, a implicar especiais deveres, que visam a salvaguarda dos dados pessoais alheios; o referido responsável pelo tratamento de dados pode tornar-se responsável, no sentido da

a pessoa pode ser responsabilizada, neste sentido, pelos atos praticados por terceiros; a *capacity responsibility*, intrinsecamente ligada à anterior, na medida em que a responsabilização do agente implica a existência de determinadas faculdades mentais e psicológicas sem as quais ele não se autodetermina, pelo que, em última instância, denotamos já o apelo a um dado sentido de liberdade sem a qual a primeira não pode ser tematizada (cf. p. 226-227). Cf., ainda, sobre os vários sentidos do termo *responsibility*, H. L. A. HART, “Varieties of responsibility”, *Law Quarterly Review*, 83, 1967, 346. No artigo citado, o autor apresenta a taxonomia referida. No que respeita, por exemplo, à *role responsibility*, salienta a dificuldade, por vezes sentida na apreciação do caso concreto, de determinação dos concretos deveres que oneram o sujeito em virtude da posição em que está investido. Acresce que inclui no conceito todas as obrigações que impendem sobre a pessoa como decorrência de um particular acordo firmado, entrando em considerações atinentes ao mundo contratual, tendo, não obstante, a cautela de, num esforço de compartimentação categorial, alertar que a assunção feita do termo responsabilidade não é confundível com aquela outra de dever específico. A separá-los a consciência da complexidade e extensão da primeira, a implicar a conformação de uma *sphere of responsibility, requiring the exercise of discretion and care usually over a protracted period of time*. (cf. p. 347). Também, aí, claramente refere a interdependência entre os diversos sentidos da responsabilidade. Atendo-se ao direito já constituído, o autor considera que a *liability* está muitas vezes dependente da *causal responsibility* ou da *capacity responsibility*.



liability, em caso de violação de algum ou alguns desses deveres. Fazendo-nos situar a montante ou a jusante do processo de tratamento de dados, as duas responsabilidades com que assim lidamos – responsabilidade pelo tratamento de dados e responsabilidade civil pela violação de dados pessoais – não deixam de apresentar entre si uma linha de continuidade, já que é a responsabilidade pelo tratamento de dados que, ao desenhar uma esfera de controlo associada a especiais deveres de cuidado que têm de ser assumidos, nos permite, *a posteriori*, determinar quem é o civilmente responsável.

Não se estranha, por isso, que o grupo de trabalho do artigo 29º sobre a proteção de dados³, ainda por referência à Diretiva 95/46/CE, venha sustentar que o conceito de responsável pelo tratamento de dados é um conceito funcional, que visa atribuir responsabilidades àqueles que exercem uma influência de facto sobre os dados pessoais alheios. Numa outra formulação, lê-se no documento que todas as disposições que estabelecem condições para o tratamento lícito dos dados têm como destinatário o *controller*, sendo, por isso, ele o responsável pelos prejuízos sofridos devido ao tratamento ilícito dos dados, o que implica que a principal função do conceito seja a atribuição de responsabilidade⁴.

³ Grupo de trabalho do artigo 29º sobre proteção de dados, *Parecer 1/2010 sobre os conceitos de responsável pelo tratamento e subcontratante*, wp 169, Fevereiro de 2010, 13 s.

⁴ Grupo de trabalho do artigo 29º sobre proteção de dados, *Parecer 1/2010 sobre os conceitos de responsável pelo tratamento e subcontratante*, wp 169, 7 s.



Em termos gerais, a conexão que assim se estabelece não é perturbadora. Diríamos, pelo contrário, que ela resulta clara em qualquer esquema de imputação. Na verdade, do ponto de vista delitual, porque o homem se concebe como pessoa, a responsabilidade que possa avultar, pela lesão, em regra culposa, de um direito ou de um interesse protegido através de uma disposição legal de proteção de interesses alheios, resulta da convolução de uma primitiva esfera de responsabilidade *pelo outro* numa esfera de responsabilidade *perante o outro*, sendo os deveres do tráfico que integram a primeira o que nos oferece o embrião da imputação objetiva que se há-de estabelecer. Do ponto de vista contratual, embora com uma finalidade diversa e um fundamento axiológico também diferente, a compreensão de uma esfera de risco/responsabilidade – agora emergente da própria vinculação negocial – não nos fará andar muito longe destas ideias.

A novidade que o Regulamento Geral de Proteção de Dados nos oferece é a concretização, pelos deveres que estabelece e pela identificação dos obrigados por tais deveres, da referida *role responsibility*. Contudo, isto não nos resolve todos os problemas. De facto, não basta pensar numa esfera de responsabilidade a montante para que a imputação – e, portanto, a responsabilidade civil, a jusante – se possa afirmar, tanto mais que, neste âmbito ela se define em abstrato pelo legislador. Assim, haveremos de analisar em que medida a lesão que ocorre se liga funcionalmente ao dever preterido, para o que teremos de confrontar a esfera de responsabilidade do *controller* com outras esferas de

De notar, desde já, que o novo Regulamento Geral de Proteção de Dados vem considerar que os subcontratantes podem também ser responsabilizados em determinadas circunstâncias.



responsabilidade. É por isso que se torna particularmente importante – ou mesmo imprescindível – compreender as relações que se podem estabelecer entre o responsável pelo tratamento de dados e outros responsáveis pelo tratamento de dados ou entre o responsável pelo tratamento de dados e os subcontratantes. Do mesmo modo que é essencial contemplar a este, nível, os eventuais comportamentos de terceiros que possam surgir.

Nas páginas que se seguem procuraremos refletir um pouco sobre a responsabilidade civil do responsável pelo tratamento de dados, para o que haveremos de analisar o conceito de *controllers* na sua relação com os *processors*. Antes, porém, teceremos algumas considerações quer acerca do desenho genérico oferecido pelo Regulamento para a proteção de dados pessoais, quer acerca das possíveis modalidades de responsabilidade civil que podem, em abstrato, assimilar o âmbito de relevância das hipóteses suscetíveis de emergir em concreto.

2. A proteção de dados pessoais à luz do Regulamento (UE) 2016/679, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de Abril de 2016: traçado genérico

O Regulamento 2016/679, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de Abril de 2016, não altera a intencionalidade da disciplina legal em vigor até então, mas reforça alguns dos direitos dos titulares dos dados e torna mais rigorosos alguns procedimentos. Além disso, parece alterar a relação de forças entre a recolha e tratamento de dados consentidos pelo titular e as outras finalidades de tratamento. Na verdade, enquanto ao nível da lei nº67/98 a regra era a do tratamento de dados com base no



consentimento do titular dos mesmos, embora houvesse a previsão de situações em que dele se podia prescindir, nos termos do Regulamento (EU) 2016/679, entre as condições de licitude do tratamento de dados, o consentimento do titular surge na mesma posição que os restantes fundamentos.

Importa, por isso, acompanhar algumas (mas não todas) as alterações introduzidas à tutela dos dados pessoais pelo referido regulamento.

Desde logo, é o conceito de dados pessoais que parece sofrer uma ampliação. Se, nos termos da al. a) do artigo 3º da Lei nº67/98, eram definidos como qualquer informação, de qualquer natureza e independentemente do respetivo suporte, incluindo som e imagem, relativa a uma pessoa singular identificada ou identificável, sendo considerada identificável a pessoa que possa ser identificada direta ou indiretamente, designadamente por referência a um número de identificação ou a um ou mais elementos específicos da sua identidade física, fisiológica, psíquica, económica, cultural ou social, o artigo 4º/1 RGPD vem considerar dados pessoais toda a informação relativa a uma pessoa singular identificada ou identificável, sendo considerada identificável uma pessoa singular que possa ser identificada, direta ou indiretamente, em especial por referência a um identificador, como por exemplo um nome, um número de identificação, dados de localização, identificadores por via eletrónica ou a um ou mais elementos específicos da identidade física, fisiológica, genética, mental, económica, cultural ou social dessa pessoa singular. Não obstante a diversa formulação, cremos que a ampliação da noção não é senão aparente. De facto, a falta de referência aos dados de localização ou identificadores por via eletrónica, bem como aos elementos da identidade genética não



condena à sua exclusão do âmbito de relevância da lei nº67/98. Aliás, o TJUE, no acórdão de 19 de Outubro de 2016 (Proc. C-582/14), em atenção à Diretiva 95/46/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, que a Lei nº67/98 vem transpor para o ordenamento jurídico interno (devendo, por isso, ser interpretada de acordo com o direito comunitário), considera que o endereço de protocolo internet dinâmico (IP) é um dado pessoal. De outro modo não poderia, aliás, deixar de ser, atenta a intencionalidade predicativa da disciplina, vertida não só na noção de dado pessoal, como nos princípios norteadores do tratamento de dados.

Estes estão, agora, especificados no artigo 5º Regulamento. De certo modo, reproduzem o que já estava anteriormente consagrado. O tratamento de dados pessoais deve ser feito de forma lícita, transparente e de acordo com o princípio da boa-fé. Acrescenta-se, relativamente ao artigo 5º/1 a) Lei nº67/98, a transparência, sem que, contudo, isso signifique que ela estivesse ausente do regime legal. Além disso, os dados apenas podem ser recolhidos para finalidades determinadas, explícitas e legítimas, não podendo ser tratados posteriormente de uma forma incompatível com essas finalidades. Quer isto dizer que o artigo 5º/1 b) RGPD reproduz o conteúdo do artigo 5º/1 b) Lei nº67/98, esclarecendo, contudo, que o tratamento posterior para fins de arquivo de interesse público, fins de investigação científica ou histórica ou fins estatísticos não é considerado incompatível com as finalidades iniciais. Consagra-se, igualmente, o princípio da minimização de dados, isto é, estes devem ser adequados, pertinentes e limitados ao que é necessário relativamente às finalidades para as quais são tratados, em absoluta correspondência com o artigo 5º/1 c) Lei nº67/98; o princípio da



exatidão (os dados pessoais devem ser exatos e atualizados sempre que necessário, devendo ser adotadas todas as medidas adequadas para que os dados inexatos, tendo em conta as finalidades para que são tratados, sejam apagados ou retificados sem demora), em sintonia com o artigo 5º/1 d) Lei nº67/98; o princípio da limitação da conservação (os dados pessoais devem ser conservados de uma forma que permita a identificação dos titulares dos dados apenas durante o período necessário para as finalidades para as quais são tratados), que reproduz sensivelmente a solução consagrada no artigo 5º/1 e) Lei nº67/98, embora se esclareça, agora, que os dados pessoais podem ser conservados durante períodos mais longos, desde que sejam tratados exclusivamente para fins de arquivo de interesse público, fins de investigação científica ou histórica ou fins estatísticos; e o princípio da integridade e confidencialidade. Quanto a este último, ausente do elenco de condições a que devem obedecer os dados pessoais de acordo com a Lei nº67/98, significa que os referidos dados devem ser tratados de uma forma que garanta a sua segurança, incluindo a proteção contra o seu tratamento não autorizado ou ilícito e contra a sua perda, destruição ou danificação acidental, adotando as medidas técnicas ou organizativas adequadas. Não obstante a referida omissão, importa considerar que ele já se extrairia de uma análise sistemática do regime legal em vigor em Portugal.

Tal como sob a vigência da Lei nº67/98, de acordo com o RGPD, o tratamento de dados pessoais só é lícito se existir consentimento do seu titular ou, em alternativa, se se verificar uma das seguintes situações: se 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; se o tratamento for



necessário para o cumprimento de uma obrigação jurídica a que o responsável pelo tratamento esteja sujeito; se o tratamento for necessário para a defesa de interesses vitais do titular dos dados ou de outra pessoa singular; se 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; se o tratamento for necessário para efeito 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 dados pessoais, em especial se o titular for uma criança.

Apesar da similitude de formulações, há, como referido anteriormente, algumas diferenças a assinalar. Assim, e mesmo sem nos referirmos a condições de licitude não especificadas na Lei nº67/98 e consagradas no Regulamento, deixa de se partir do princípio do consentimento para colocar em pé de igualdade as situações em que o tratamento de dados é feito com base nele ou com base nas outras circunstâncias ali especificadas. Há, também, a relevar as alterações ao nível do próprio consentimento, que passa a ter de obedecer, pelo menos aparentemente, a condições mais estritas de obtenção.

O consentimento tem de ser prestado livremente⁵ e tem de ser esclarecido. Daí que o titular dos dados tenha direito à prestação de

⁵ Cf. o artigo 7º/4 Regulamento, nos termos do qual “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”.



uma série de informações, por parte do responsável, que lhe permitam compreender a natureza e o alcance do ato, bem como lhe permitam, posteriormente, acompanhar o tratamento que deles seja feito. No mais, o consentimento tem de ser específico, isto é, orientado para as finalidades a que o responsável se propõe, nos termos dos artigos 12º e seguintes do Regulamento. De notar, porém, que o direito à informação de que se cura tem um âmbito e uma intencionalidade mais vastas do que de mero instrumento de esclarecimento conducente à licitude do consentimento. Por um lado, ele continua a existir, quando o tratamento dos dados se baseie noutros fundamentos que não essa autorização do titular; por outro lado, ele revela-se essencial para que o titular dos dados pessoais possa acompanhar o tratamento que deles seja feito. Parece, aliás, ser esta a *ratio* do direito à informação a que se refere o artigo 15º Regulamento e que surge associado ao direito de acesso do titular dos dados. Tal direito de acesso é subseqüente à recolha dos dados.

A propósito do caráter livre do consentimento, importa considerar que o Regulamento estabelece regras atinentes ao consentimento por menores. Dispõe o artigo 8º que “quando for aplicável o artigo 6º/1 a), no que respeita à oferta direta de serviços da sociedade da informação às crianças, dos dados pessoais de crianças é lícito se elas tiverem pelo menos 16 anos. Caso a criança tenha menos de 16 anos, o tratamento só é lícito se e na medida em que o consentimento seja dado ou autorizado pelos titulares das responsabilidades parentais da criança”. A esta solução já seria possível chegar com base nas regras próprias do ordenamento jurídico português. Para tanto seria, no entanto, necessário perscrutar a natureza do direito à proteção de dados.

Refira-se que os Estados-Membros podem dispor no seu direito uma idade inferior para os efeitos referidos, desde que essa idade não seja inferior a 13 anos.



De notar, ainda, que a concretização do direito à informação, tal como acontecia no âmbito da lei nº67/98, vai ser diverso consoante os dados tenham sido recolhidos diretamente junto do seu titular ou não. É esta a solução que decorre dos artigos 13º e 14º RGPD.

O consentimento é livremente revogável a todo o tempo. O artigo 7º/3 RGPD especifica que “o titular dos dados tem o direito de retirar o seu consentimento a qualquer momento”, embora a retirada do consentimento não comprometa a licitude do tratamento efetuado com base no consentimento previamente dado. Esta ideia é concretizada por via da consagração do direito ao esquecimento, embora a intencionalidade deste ultrapasse as hipóteses de mera revogação do consentimento. Nos termos do artigo 17º RGPD, o titular tem o direito de obter do responsável pelo tratamento o apagamento dos seus dados pessoais, sem demora injustificada, e este tem a obrigação de apagar os dados pessoais, sem demora injustificada, quando tais dados deixem de ser necessários para a finalidade que motivou a sua recolha ou tratamento; quando o titular retire o consentimento em que se baseia o tratamento dos dados nos termos do artigo 6º/1 a) ou do artigo 9º/2 a) e se não existir outro fundamento jurídico para o referido tratamento; quando o titular se oponha ao tratamento nos termos do artigo 21º/1, e não existam interesses legítimos prevalecentes que justifiquem o tratamento, ou o titular se oponha ao tratamento nos termos do artigo 21º/2; quando os dados pessoais foram tratados ilicitamente; quando os dados pessoais tiverem de ser apagados para o cumprimento de uma obrigação jurídica decorrente do direito da União ou de um Estado-Membro a que o responsável pelo tratamento esteja sujeito; quando os dados pessoais tiverem sido recolhidos no contexto da oferta de serviços



da sociedade da informação referida no artigo 8º/1. Este direito ao esquecimento apresenta determinados limites. Designadamente, ele não poderá ser exercido quando o tratamento se revele necessário ao exercício da liberdade de expressão e de informação; ao cumprimento de uma obrigação legal que exija o tratamento prevista pelo direito da União ou de um Estado--Membro a que o responsável esteja sujeito; ao exercício de funções de interesse público ou ao exercício da autoridade pública de que esteja investido o responsável pelo tratamento; quando haja motivos de interesse público no domínio da saúde pública; quando estejam envolvidos arquivos de interesse público, fins de investigação científica ou histórica ou fins estatísticos, e o direito ao esquecimento tornasse impossível ou prejudicasse gravemente a obtenção dos objetivos desse tratamento; ou quando esteja em causa o exercício de um direito num processo judicial.

Para além do direito ao esquecimento, o titular dos dados tem também direito, nos termos do artigo 16º, a obter, sem demora injustificada, do responsável pelo tratamento a retificação dos dados pessoais inexatos que lhe digam respeito ou que os dados incompletos sejam completados; nos termos do artigo 18º, a obter do responsável pelo tratamento a limitação do tratamento, se se aplicar uma hipóteses previstas no preceito (direito de limitação); nos termos do artigo 20º, a receber os dados pessoais que lhe digam respeito e que tenha fornecido a um responsável pelo tratamento, num formato estruturado, de uso corrente e de leitura automática, e o direito de transmitir esses dados a outro responsável pelo tratamento sem que o responsável a quem os dados pessoais foram fornecidos o possa impedir, desde que o tratamento se baseie no consentimento ou num contrato e desde



que o tratamento seja realizado por meios automatizados (direito de portabilidade); nos termos do artigo 21º, a opor-se, a qualquer momento, por motivos relacionados com a sua situação particular, ao tratamento dos dados pessoais feito de acordo com o artigo 6º/1/ e) ou f), ou no artigo 6º/4. Neste caso, o responsável pelo tratamento cessa o tratamento dos dados pessoais, a não ser que apresente razões imperiosas e legítimas para esse tratamento que prevaleçam sobre os interesses, direitos e liberdades do titular dos dados.

O regulamento vem, igualmente, reforçar alguns dos deveres que recaem sobre os responsáveis (*controllers*) pelo tratamento dos dados, incrementando a segurança na matéria. Estes deveres são extensíveis aos subcontratantes (*processors*) e aplicam-se mesmo que estes sujeitos estejam sediados fora da União Europeia. Fundamental é que os dados incidam sobre titulares europeus.

O reforço da segurança passa, a este nível, *inter alia*, também, pela aplicação, tanto no momento de definição dos meios de tratamento como no momento do próprio tratamento, de medidas técnicas e organizativas adequadas, como a pseudonimização, a garantir a eficácia dos princípios da proteção de dados, nos termos do artigo 25º/1 RGD. De acordo com o nº2 do mesmo artigo 25º “o responsável pelo tratamento aplica, ainda, as medidas técnicas e organizativas para assegurar que, por defeito, só sejam tratados os dados pessoais que forem necessários para cada finalidade específica do tratamento. Essa obrigação aplica-se à quantidade de dados pessoais recolhidos, à extensão do seu tratamento, ao seu prazo de conservação e à sua acessibilidade. Em especial, essas medidas asseguram que, por defeito, os dados pessoais não sejam disponibilizados sem intervenção humana a um número



indeterminado de pessoas singulares”. Outras medidas técnicas e organizativas estão previstas no artigo 32º Regulamento.

Havendo mais do que um responsável pelo tratamento dos dados, ambos determinam, por acordo entre si e de modo transparente, as respetivas responsabilidades pelo cumprimento das obrigações a que estão vinculados, nomeadamente no que diz respeito aos deveres de informação. Cada responsável deve, ainda, conservar um registo de todas as atividades de tratamento sob a sua responsabilidade, o qual deverá conter as informações constantes do artigo 30º RGPD.

O responsável pelo tratamento de dados pode proceder a esse tratamento internamente ou adjudica-lo a um subcontratante. Nos termos do artigo 28º, apenas é possível recorrer a subcontratantes que apresentem garantias suficientes de execução de medidas técnicas e organizativas adequadas de uma forma que o tratamento satisfaça os requisitos da proteção de dados contidos no Regulamento. Por seu turno, o subcontratante não pode transmitir os dados a outro subcontratante sem que o responsável pelo tratamento tenha dado por escrito autorização, genérica ou específica, para o efeito. Nos termos do artigo 28º/3 RGPD, “o tratamento em subcontratação é regulado por contrato ou outro ato normativo ao abrigo do direito da União ou dos Estados-Membros, que vincule o subcontratante ao responsável pelo tratamento, estabeleça o objeto e a duração do tratamento, a natureza e finalidade do tratamento, o tipo de dados pessoais e as categorias dos titulares dos dados, e as obrigações e direitos do responsável pelo tratamento”.



Prevêm-se, igualmente, outras regras, quais sejam o estabelecimento de códigos de conduta, a realização de *privacy impact assessments*, a notificação obrigatória das autoridades em caso de violação de dados pessoais, a nomeação de um encarregado de proteção de dados. São também reguladas, nos artigos 44º e seguintes, as transferências de dados para países terceiros.

3. A responsabilidade civil pela violação do direito aos dados pessoais

O regulamento europeu prevê, no artigo 82º, que qualquer pessoa que tenha sofrido danos materiais ou imateriais devido a uma violação do referido regulamento tem direito a receber uma indemnização do responsável pelo tratamento ou do subcontratante pelos danos sofridos. Acrescenta o nº2 do preceito que qualquer responsável pelo tratamento que nele esteja envolvido é responsável pelos danos causados por um tratamento que viole o presente regulamento, sendo o subcontratante responsável pelos danos causados pelo tratamento apenas se não tiver cumprido as obrigações impostas pelo regulamento dirigidas especificamente aos subcontratantes ou se não tiver seguido as instruções lícitas do responsável pelo tratamento. Esta responsabilidade pode ser afastada se o responsável pelo tratamento ou o subcontratante provar que não é responsável pelo evento que deu origem aos danos. Havendo mais do que um responsável pelo tratamento ou subcontratante, ou um responsável pelo tratamento e um subcontratante, que sejam responsáveis por danos causados pelo tratamento, cada um é responsável pela



totalidade dos danos, prevendo-se no nº5 do artigo 82º a possibilidade de exercício do direito de regresso em relação à parte da indemnização correspondente à respetiva parte de responsabilidade pelo dano em conformidade com a regra estabelecida no nº2.

Torna-se, assim, inequívoco que o Regulamento 2016/679 consagra uma regra de solidariedade obrigacional entre os corresponsáveis, ao mesmo tempo que parece inverter o ónus da prova, a partir do momento em que se constata a violação das obrigações por ele impostas⁶. As soluções são de aplaudir, não só pelo cunho protetivo do titular dos dados que apresentam, como porque parecem resultar do funcionamento das regras ressarcitórias, quando entendidas numa ótica personalista. De facto, a partir do momento em que um determinado sujeito lida com dados alheios, assume uma esfera de risco/responsabilidade, devendo adotar as medidas de cuidado – consagradas pelo legislador – no sentido de garantir a sua incolumidade. Não o fazendo, a primitiva esfera de responsabilidade (*responsabilidade pelo outro, ou pelos dados do outro*) convola-se numa outra esfera, mais ampla, de responsabilidade, no sentido da *liability (responsabilidade perante o outro)*. A esta esfera são reconduzidos todos os danos-lesão que deveriam ser obviados pelo

⁶ A solução parecia já resultar da lei de proteção de dados nacional. O nº2 do artigo 34º prevê que “o responsável pelo tratamento pode ser parcial ou totalmente exonerado desta responsabilidade se provar que o facto que causou o dano não lhe é imputável”. A formulação legal peca, contudo, por não perceber que, se o evento não for imputável ao sujeito, não é possível afirmar-se a responsabilidade, não fazendo sentido falar de uma responsabilidade parcial. Teria, portanto, de se tratar de uma não imputação em termos também parciais, a obrigar a uma correção do preceito.



cumprimento do dever legal imposto, pelo que, *a priori*, cada interveniente no tratamento dos dados responderá pela totalidade do dano verificado em face do sujeito lesado. Posteriormente, pelo confronto entre a esfera de risco/responsabilidade do lesante e outras esferas de risco, aquele primitivo nexos imputacional que se desenha concretiza-se, podendo em concreto excluir-se ou conjugar-se com outros.

Não basta, contudo, que se determine um concreto nexos de imputação para que a responsabilidade seja afirmada. A este associam-se outros requisitos de uma pretensão indemnizatória procedente: a ilicitude, a culpa e o dano. Ademais, a modelação que aquele nexos conheça, exatamente porque de um nexos de ilicitude se trata, fica dependente da concreta modalidade de ilicitude desvelada e, mais amplamente, da modalidade de responsabilidade civil em causa. Nessa medida, a análise que se possa fazer da responsabilidade de cada um dos intervenientes num procedimento de tratamento de dados fica dependente da modalidade de responsabilidade civil concretamente que se mobilize em concreto e da posição que, como responsável pelo tratamento ou como subcontratante, o sujeito assuma em relação aos mencionados dados. Importa, por isso, perceber quem é o responsável ou quem pode ser o responsável, no sentido de *controller*, e quem é ou pode ser o subcontratante, ou seja, o *processor*, por um lado, e, por outro lado, refletir sobre as suas posições à luz das diversas modalidades de responsabilidade civil.

3.1. Os possíveis responsáveis: o *controller* e o *processor*



Nos termos do artigo 4º/7 RGPD, o responsável pelo tratamento (*controller* ou *controlador*) é “a pessoa singular ou coletiva, a autoridade pública, a agência ou outro organismo que, individualmente ou em conjunto com outras, determina as finalidades e os meios de tratamento de dados pessoais; sempre que as finalidades e os meios desse tratamento sejam determinados pelo direito da União ou de um Estado-Membro, o responsável pelo tratamento ou os critérios específicos aplicáveis à sua nomeação podem ser previstos pelo direito da União ou de um Estado-Membro”.

O responsável pelo tratamento de dados ou *controller* é, portanto, a pessoa, singular ou coletiva, que determina as finalidades e os meios de tratamento de dados, isto é, aquele que decide que meios são recolhidos e tratados, como e porque é que o são. No fundo, é a pessoa que exerce o controlo sobre os dados, razão pela qual lhe são impostos especiais deveres e lhe é imputada a responsabilidade, em caso de violação de algum deles. De acordo com a explicitação do Grupo de Trabalho do Artigo 29º sobre a Proteção de Dados, o controlo de que aqui se fala pode resultar de três vias: de uma competência legal expressa; de uma competência tácita, no âmbito de uma relação contratual; ou de uma influência de facto⁷. Fundamental é que este controlo não seja meramente formal, pelo que, consoante se pode ler no documento europeu – embora por referência ao anterior quadro legislativo –, havendo nomeação legal do responsável pelos dados, ela deve refletir a realidade, devendo aquele que é indicado como *controller* exercer

⁷ Grupo de trabalho do artigo 29º sobre proteção de dados, *Parecer 1/2010 sobre os conceitos de responsável pelo tratamento e subcontratante*, wp 169, 14 s.



um controlo efetivo sobre os dados⁸. Do mesmo modo, nas outras vias de controlo, é essencial ter em conta as cláusulas de um eventual contrato, o grau de controlo efetivamente exercido, a imagem transmitida aos titulares dos dados, tendo sempre presente que releva mais o efetivo controlo material do que as eventuais classificações formais a que possamos ser conduzidos pelos negócios envolvidos na situação⁹.

Se uma seguradora recolhe os dados dos seus clientes, quando com eles celebra um contrato de seguro, havendo, depois, uma outra entidade que armazena, digitaliza e cataloga todas as informações relevantes, de acordo com as instruções específicas fornecidas pela seguradora e para os fins que ela tenha estabelecido, então, a seguradora é, neste contexto, o *controller*, ou seja, o responsável pelo tratamento dos dados. Mas, se a seguradora X contrata a empresa Y, que presta serviços de *marketing direto* a várias empresas, para difundir os seus produtos junto dos seus clientes, e Y, para além de cumprir a obrigação a que está contratualmente vinculado, decide usar a base de dados que lhe foi transmitida pela seguradora para promover, também, produtos de outros clientes, então, assume uma nova finalidade para o tratamento dos dados, passando a ser um *controller*, não obstante a eventual designação que possa surgir no contrato¹⁰. A

⁸ Grupo de trabalho do artigo 29º sobre proteção de dados, *Parecer 1/2010 sobre os conceitos de responsável pelo tratamento e subcontratante*, wp 169, 14 s.

⁹ Grupo de trabalho do artigo 29º sobre proteção de dados, *Parecer 1/2010 sobre os conceitos de responsável pelo tratamento e subcontratante*, wp 169, 16.

¹⁰ A explicitação é feita pelo Grupo de trabalho do artigo 29º sobre proteção de dados, *Parecer 1/2010 sobre os conceitos de responsável pelo tratamento e subcontratante*, wp 169, 18, que nos apresenta um caso com uma



solução é ditada pelo artigo 28º/10 RGPD, nos termos do qual “o subcontratante que, em violação do presente regulamento, determinar as finalidades e os meios de tratamento, é considerado responsável pelo tratamento no que respeita ao tratamento em questão”, e vai ao encontro do que, por referência à anterior legislação europeia na matéria, era defendido pelo grupo de trabalho do artigo 29º para a proteção de dados. No parecer 1/2010, sobre os conceitos de responsável pelo tratamento e subcontratante, pode ler-se que “a determinação da finalidade de tratamento está reservada ao responsável pelo tratamento”, pelo que quem assumir a decisão de eleger uma nova finalidade assume, igualmente, tal estatuto¹¹. O raciocínio é, aliás, estendido pelo referido grupo de trabalho às pessoas singulares que se integram na estrutura organizacional do *controller*. Se, em regra, elas agem por conta da pessoa coletiva, não se distanciando dela, para efeitos de aplicação do regulamento, se, “ultrapassando o âmbito das atividades da pessoa coletiva e escapando ao seu controlo, utilizar dados para os seus próprios fins”, deve ser tratada como responsável pelo tratamento dos dados¹².

Não deixa, contudo, de ser estranha a perspetiva a que somos conduzidos por determinação legal, razão pela qual importa sobre ela tecer alguns esclarecimentos. Em primeiro lugar, resulta do exposto que a noção de *controller* é uma noção dinâmica, que não

intencionalidade e uma estrutura problemáticas em tudo idênticas ao que aqui deixamos inscrito.

¹¹ Grupo de trabalho do artigo 29º sobre proteção de dados, *Parecer 1/2010 sobre os conceitos de responsável pelo tratamento e subcontratante*, wp 169, 19.

¹² Grupo de trabalho do artigo 29º sobre proteção de dados, *Parecer 1/2010 sobre os conceitos de responsável pelo tratamento e subcontratante*, wp 169, 20.



se deixa aprisionar por determinações abstratas formuladas *a priori*, antes procurando espelhar o efetivo controlo de facto sobre as finalidades e os meios de tratamento de dados. Por outro lado, ao dispor-se que o subcontratante que eleja uma finalidade nova e própria em relação aos dados que lhe foram transmitidos deve passar a ser tratado como responsável pelo tratamento de dados, pretende-se que, porque os dados passam a ser utilizados com outro objetivo e através de outros meios, independentemente da ilicitude que esta alteração já possa, em si mesma, comportar, as garantias de segurança que são oferecidas pelo regulamento ao titular dos dados se mantenham. Simplesmente, essa determinação só faz sentido quando a utilização dos dados segundo uma nova finalidade não tenha, por um lado, em vista uma violação dos direitos que subjazem à proteção de dados, e, por outro lado, quando a estrutura organizacional do sujeito que se convola em *controller* permita antever uma utilização dos dados em termos de efetivo controlo factual sobre eles e em termos de utilização consentânea com o regulamento, para lá da questão da ilegitimidade da utilização pela violação do consentimento. É que só nesses casos faz sentido impor ao novo *controller* as medidas protecionistas gizadas pelo legislador europeu. De outro modo, estar-se-ia a considerar que o que atua ilicitamente – e voltamos a frisar que a atuação ilícita existe sempre, pela utilização dos dados para uma finalidade não consentida – fica ainda vinculado, nessa sua atuação que o ordenamento jurídico repudia, por determinados deveres legais. No fundo, a única solução que se admite como sustentável – sem embargo da ilicitude de base com que nos possamos confrontamos – é a que, independentemente da responsabilidade que se possa desencadear, olha para uma utilização de dados que, se fosse consentida, não seria ilícita para



Ihe impor regras que a tornem efetivamente segura para os titulares daqueles dados. São, portanto, preocupações protecionistas que avultam maiores a este nível. Simplesmente, estas não são compagináveis com uma utilização que, independentemente da falta de consentimento, sempre se teria de reputar de ilícita porque violadora dos direitos que estão na base da proteção de dados. Pense-se, por exemplo, na hipótese de um sujeito que se aproveita da base de dados de um *controller* para eleger como nova finalidade (sua) do tratamento de dados a promoção de uma campanha atentatória da honra dos visados. É claro que, numa situação como esta, por maioria de razão, o sujeito em questão será responsável, mas sê-lo-á, não no sentido do controlo, mas no sentido da responsabilidade civil que avulta como remédio sancionatório. E para isso não necessitamos de o converter em *controller*, no quadro regulamentar, quer porque tal implicaria uma confusão entre duas aceções do termos responsável, quer porque o funcionamento das regras dogmáticas delituais (e, como veremos, contratuais) nos permite assacar essa mesma responsabilidade sem necessidade de atestar da violação das normas do regulamento.

O que fica claro em tudo isto é que há ou pode haver situações em que nos deparamos com mais do que um *controller*. O Regulamento Geral de Proteção de Dados pressupõe explicitamente essa possibilidade, ao falar de controlo conjunto, nos termos do artigo 4º/7 e do artigo 26º, de acordo com o qual “quando dois ou mais responsáveis pelo tratamento determinem conjuntamente as finalidades e os meios desse tratamento, ambos são responsáveis conjuntos pelo tratamento”. Por seu turno, o artigo 82º admite a hipótese de existência de mais do que um responsável (no sentido da *liability*). Não cremos, porém, que as duas hipóteses se



sobreponham. Pelo contrário, pela violação do direito à proteção dos dados pessoais pode responder alguém que não seja responsável pelo tratamento desses dados. Isto é, embora a responsabilidade no sentido da controlabilidade possa conduzir à responsabilidade enquanto *liability*, esta pode avultar sem que a primeira se afirme.

Paralelamente, haveremos de considerar que nem todas as hipóteses de pluralidade de *controllers* conduzirão a casos de pluralidade de responsáveis. De facto, e tal como o grupo de trabalho do artigo 29º sobre a proteção de dados já havia alertado por referência à anterior diretiva comunitária, a participação de vários sujeitos numa operação de tratamento de dados pessoais não determina necessariamente um controlo conjunto. Pelo contrário, a realidade oferece-nos diversos esquemas de participação, o que pode implicar – em concreto – que, não havendo conjunção no controlo, não seja discernível a violação das obrigações legais por parte dos diversos controladores.

Antes, porém, de tentarmos refletir sobre as hipóteses em teoria cogitáveis acerca da eventual responsabilidade que pode emergir, importa, a este propósito, tentar perceber quais as estruturas problemáticas com que podemos lidar¹³.

Para que haja controlo conjunto e, portanto, para que possamos falar de co-controladores (corresponsáveis) torna-se mister que haja efetiva partilha das finalidades e dos meios. Sempre que falhe esta conjunção, falha, também, a qualificação que se procura.

¹³ Orientar-nos-emos, neste breve excurso, pela sistematização e exemplos oferecidos pelo grupo de trabalho do artigo 29º sobre proteção de dados, que, em muitos casos, acompanharemos de muito perto.



Pense-se, por exemplo, na hipótese de uma seguradora que envia dados dos seus clientes a uma empresa de *rent-a-car*, sempre que seja necessário prover pela contratação de um veículo de substituição no âmbito de um seguro de responsabilidade civil automóvel. A empresa em causa recolhe dados dos clientes, assumindo-se como um *controller*. Contudo, não há conjunção, por não haver partilha de finalidades, nem partilha de meios.

Mas, se a companhia de seguros decide criar, conjuntamente com um Banco, uma plataforma de gestão dos dados dos clientes comuns que, contratando com aquele um crédito à habitação, têm associado um seguro de vida, cujo contrato é celebrado com aquela seguradora, então há efetiva partilha de finalidades e de meios, a determinar que se possa falar de um controlo conjunto¹⁴.

O controlo conjunto a que se alude pressupõe, portanto, um domínio de facto comum dos dados, o que significa que a conjunção a que se alude envolve a possibilidade de ambas as entidades cumprirem as obrigações que o regulamento prevê. No fundo, para se falar de controlo conjunto, haveremos de estar diante de uma hipótese em que os mesmos dados são partilhados por mais do que uma entidade, unidas pela prossecução de uma finalidade comum ou pela utilização de meios definidos em conjunto, de tal modo que só conseguimos antever uma atividade de tratamento de dados¹⁵.

¹⁴ Para um exemplo análogo, cf. Grupo de trabalho do artigo 29º sobre proteção de dados, *Parecer 1/2010 sobre os conceitos de responsável pelo tratamento e subcontratante*, wp 169, 23 s.

¹⁵ Cf. Grupo de trabalho do artigo 29º sobre proteção de dados, *Parecer 1/2010 sobre os conceitos de responsável pelo tratamento e subcontratante*, wp 169, 27, colocando a questão de saber se o controlo conjunto envolve sempre a responsabilidade solidária e respondendo negativamente, por considerar que os



O controlo conjunto não se confunde, portanto, com um controlo comum de certos dados que não envolva partilha de finalidades e de meios (e, portanto, que não envolva uma única atividade de tratamento de dados). Se a seguradora recolhe e trata dados dos seus funcionários para fins de gestão de salários, seguros de saúde, entre outros, e depois os transmite à autoridade tributária, como lhe compete, apesar de haver partilha de dados, não há controlo conjunto, por não haver unicidade de finalidades e de meios¹⁶.

Do mesmo modo, não haverá controlo conjunto quando pensamos na articulação entre as funções da seguradora e uma rede social, que disponibilizando meios de comunicação em linha permita que a seguradora responda a contactos dos seus clientes. A rede social, enquanto prestador do serviço, define finalidades e meios de tratamento de dados, não as compartilhando com a

diferentes responsáveis poderão ser responsáveis pelo tratamento de dados pessoais em fases diferentes e em diferentes graus. Não cremos, porém, que a posição do grupo de trabalho possa ser sufragada, mesmo descontando o facto de ela se reportar à anterior legislação comunitária na matéria. Em primeiro lugar, havendo mais do que um responsável no âmbito delitual, a regra é a da solidariedade, independentemente do grau de responsabilidade de cada um, que apenas se torna relevante no quadro das relações internas; em segundo lugar, ainda que a atuação de dois sujeitos não seja simultânea, a decisão de tratamento dos dados com base na finalidade eleita e nos meios escolhidos implica que há apenas uma atividade de tratamento de dados, embora titulada por mais do que um sujeito, e portanto reconduzível – na convolação da responsabilidade enquanto controlabilidade para a responsabilidade no sentido da *liability* – a mais do que uma esfera de responsabilidade. O controlo conjunto é incompatível com uma ideia de não solidariedade.

¹⁶ Para um exemplo análogo, cf. Grupo de trabalho do artigo 29º sobre proteção de dados, *Parecer 1/2010 sobre os conceitos de responsável pelo tratamento e subcontratante*, wp 169, 24 s.



seguradora, que, a este nível, é tida como *controller* autónomo. E o mesmo se pode dizer dos servidores *web* em que a seguradora tenha alojada a sua página e os seus serviços de *email*, se o próprio servidor proceder a um tratamento ulterior de dados, para os seus próprios fins¹⁷. Mas já poderá haver controlo conjunto, se as finalidades e os meios forem definidos conjuntamente, naquelas hipóteses em que a seguradora utiliza uma qualquer entidade que preste serviços de pagamentos. Neste caso, há efetivamente partilha dos meios e finalidades que são comuns¹⁸.

O controlo pode, portanto, ser conjunto ou paralelo, simultâneo ou sucessivo.

Por seu turno, o subcontratante (*processor*) é aquele que procede ao tratamento de dados por conta do *controller*. A atuação por conta de outro sujeito determina que as finalidades do tratamento não possam ser definidas pelo *processor*. Não é, porém, a simples eleição de uma finalidade nova, mesmo que desarraigada da possibilidade de, em relação a ela, se cumprir o regulamento, que poderá determinar a qualificação, como referido anteriormente. Nessas hipóteses, o *subcontratante* deve ser, em relação aos dados na sua ligação com a nova finalidade, tratado como um terceiro, do mesmo modo que deve ser tido como terceiro

¹⁷ Caso não o faça, poderemos estar diante de um subcontratante – cf. Grupo de trabalho do artigo 29º sobre proteção de dados, *Parecer 1/2010 sobre os conceitos de responsável pelo tratamento e subcontratante*, wp 169, 29.

¹⁸ Cf. Grupo de trabalho do artigo 29º sobre proteção de dados, *Parecer 1/2010 sobre os conceitos de responsável pelo tratamento e subcontratante*, wp 169, 25 e 26.



se a finalidade eleita implicar uma violação dos direitos que estão na base da proteção de dados.

3.2. As hipóteses de responsabilidade civil

As diversas estruturas problemáticas que fomos reconhecendo permitem-nos estabelecer um quadro (necessariamente não exaustivo, pela impossibilidade de acompanhar a capacidade criativa da própria realidade) de hipóteses de surgimento de responsabilidade civil a este nível. Tais hipóteses reconduzir-se-ão a uma das modalidades clássicas do ressarcimento. Vejamos.

Desde logo, há a considerar a responsabilidade extracontratual. Estamos, na verdade, e conforme se constata a partir da identificação de uma relação de interioridade constitutiva entre a proteção de dados e diversos direitos de personalidade, num domínio onde se lida com direitos absolutos¹⁹. Por outro lado, e de forma não inócua²⁰, as regras previstas no Regulamento podem ser

¹⁹ A relação que perfuntoriamente se estabelece entre a proteção de dados e a tutela da personalidade (e mais especificamente alguns direitos de personalidade) não tem um mero cunho genético-explicativo. Pelo contrário, ela parece fundamental para, numa compreensão sistemático-axiológica do ordenamento jurídico, garantir o acerto da interpretação que se faça de algumas regras contidas na disciplina legal da proteção de dados, podendo considerar-se que existe entre ambos uma relação de interioridade constitutiva. Sobre o ponto, cf. Mafalda Miranda BARBOSA, "Proteção de dados e direitos de personalidade: uma relação de interioridade constitutiva. Os beneficiários da proteção e a responsabilidade civil", *Estudos de Direito do Consumidor*, 12, 2017, 163 s.

²⁰ A desvelação da ilicitude com base na segunda modalidade de ilicitude tem consequências dogmáticas de não pequena monta. De acordo com o pensamento de inúmeros juristas, a primeira repercussão há-de encontrar-se logo ao nível da



culpa. Sublinha Sinde Monteiro que “a culpa tem agora de se referir apenas à própria violação da norma e já não à violação dos bens jurídicos” – Sinde MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*, Almedina, Coimbra, 1989, 239.

Cf., igualmente, Christian von BAR, „Deliktsrecht, Empfiehlt es sich, die Voraussetzungen der Haftung für unerlaubte Handlungen mit Rücksicht auf die gewandelte Rechtswirklichkeit und die Entwicklungen in Rechtsprechung und Lehre neu zu ordnen? Wäre es insbesondere zweckmässig, die Grundtatbestände der § 823 Absätze 1 und 2, § 826 BGB zu erweitern oder zu ergänzen?“, *Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts herausgegeben vom Bundesminister der Justiz*, Bd. II, Bundesanzeiger Verlagsges, Köln, 1981, 1696, sustentando que, no caso de violação de uma norma de perigo abstrato, a culpa se limita à ofensa da norma e que há inversão do ónus da prova quanto a ela.

Em sentido diverso, cf. Hans STOLL, *Kausalzusammenhang und Normzweck im Deliktsrecht*, Mohr, Tübingen, 1968, 22 e ss.

Não cremos, porém, que esta nota deva ser sobrevalorizada. De acordo com o modelo imputacional que tivemos oportunidade de delinear na nossa dissertação de doutoramento, no caso da primeira modalidade de ilicitude, desenha-se, em concreto, a partir da preterição de deveres de segurança no tráfego, onde se incluem deveres de cuidado (que, uma vez lesados, permitem desvelar a culpa), uma esfera de risco/responsabilidade que estará na base da imputação de um resultado ao agente. Ora, a culpa há-de referir-se a essa esfera de responsabilidade e não a todos os danos-eventos que surjam. Sobre o ponto, cf. Mafalda Miranda BARBOSA, *Do nexa de causalidade ao nexa de imputação. Contributo para a compreensão da natureza binária e personalística do requisito causal ao nível da responsabilidade civil extracontratual*, Príncípiã, 2013, 914 s. e *Lições de Responsabilidade civil*, Príncípiã, 2017.

Por outro lado, a violação da norma implica, segundo a posição de alguns autores, uma presunção de culpa. A este ensejo podemos referir duas grandes posições na doutrina: os autores que defendem a existência de uma verdadeira inversão do ónus *probandi* e os que se limitam a falar de uma presunção simples. Cf. Sinde MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos*, 265.



entendidas enquanto disposições legais de proteção de interesses alheios, abrindo as portas à segunda modalidade de ilicitude aquiliana²¹.

Por outro lado, há que ter em conta a responsabilidade contratual. Basta para tanto que a violação dos dados ocorra pela preterição de determinados deveres que oneram o responsável pelo tratamento, numa relação contratual firmada entre ele e o titular daqueles. Ainda que o contrato não tenha como objeto essa proteção dos dados, a boa-fé pode impor determinados deveres de cuidado que, quando violados, geram responsabilidade contratual. E, se o que se defende implica a adesão a duas teses – a aceitação da ideia de concurso entre modalidades de responsabilidade civil,

In fine, tal antecipação teria consequências ao nível da causalidade. Prescindir-se-ia a este nível da ideia de adequação e da ideia de probabilidade que lhe anda associado. Como se compreenderá, a partir do momento em que defendemos justificadamente o afastamento da ideia de causalidade adequada de toda a construção ressarcitória, estas consequências terão necessariamente um impacto menor, até porque à mesma inversão do ónus da prova se consegue chegar a partir do momento em que se aceite o nexo de imputação por nós delineado. Cf. *Do nexo de causalidade ao nexo de imputação*, cap. X.

A mais-valia da segunda modalidade de ilicitude passa, aos nossos olhos, pelo facto de ser o legislador que, *a priori*, define os contornos da esfera de responsabilidade, ao impor uma conduta ou ao proibir outra, ao mesmo tempo que permite o alargamento do leque de interesses protegidos em sede delitual.

²¹ O dado resultava inequívoco do artigo 34^o da lei de proteção de dados, nos termos do qual qualquer pessoa que tiver sofrido um prejuízo devido ao tratamento ilícito de dados ou a qualquer outro ato que viole disposições legais de proteção de dados pessoais tem direito de obter do responsável a reparação do prejuízo sofrido. Reproduz-se, assim, em matéria de proteção de dados a regra geral de duplicidade de modalidades de ilicitude ao nível extracontratual (descontado que seja o abuso do direito, enquanto modalidade autónoma).



entendido enquanto concurso de fundamentos de uma mesma pretensão indemnizatória; e a adesão à posição doutrinal segundo a qual a violação de deveres de conduta, porque reconduzidos ao núcleo da relação contratual, vista como uma relação obrigacional complexa, gera uma hipótese que é assimilada pela responsabilidade contratual –, nem por isso deve ser desconsiderado, pois são estas posições que temos vindo a defender²².

Do mesmo modo, também a responsabilidade civil do *processor* se mostra apta a ser assimilada quer pela intencionalidade problemática da responsabilidade extracontratual, quer pela intencionalidade problemática da responsabilidade contratual.

É, portanto, à luz destas duas modalidades e dos seus concretos regimes que vamos tentar sistematizar algumas das eventuais hipóteses de surgimento, neste âmbito, de uma pretensão indemnizatória procedente, orientando-nos para o efeito pelas estruturas problemáticas recortadas: controlo conjunto; controlo paralelo; e subcontratação.

²² Sobre estes pontos, com maior desenvolvimento e outras referências bibliográficas, cf. Mafalda Miranda BARBOSA, *Lições de responsabilidade civil*, 19 s. e 22 s.



3.2.1. A responsabilidade extracontratual

a) Controlo conjunto

Imaginemos a hipótese, já referida, de uma companhia de seguros que decide criar, conjuntamente com um Banco, uma plataforma de gestão dos dados dos clientes comuns que, contratando com aquele um crédito à habitação, têm associado um seguro de vida, cujo contrato é celebrado com aquela seguradora, havendo partilha de finalidades e de meios, a determinar que se possa falar de um controlo conjunto.

Havendo violação do direito à proteção de dados no quadro do tratamento conjunto que deles seja feito, avultará necessariamente a responsabilidade quer da seguradora, quer do Banco, em termos de solidariedade. Esta solução resulta dos artigos 82º/2 e 4 RGD, estando em sintonia com o disposto no artigo 497º CC. É que o controlo conjunto a que se alude não mais representa do que uma estrutura problemática que, pela partilha de finalidade e de meios, determina que haja apenas um tratamento para o qual convergem duas esferas de responsabilidade subjetivas. Se aquele tratamento envolve a preterição de dados pessoais, então, porque o controlo de finalidades e meios é comum e determina um só tratamento, tornam-se atuantes diversas esferas de risco/responsabilidade.

b) Controlo paralelo

Retomemos, agora, a hipótese de uma seguradora que envia dados dos seus clientes a uma empresa de *rent-a-car*, sempre que



seja necessário prover pela contratação de um veículo de substituição no âmbito de um seguro de responsabilidade civil automóvel. A empresa em causa recolhe dados dos clientes, assumindo-se como um *controller*. Contudo, não há conjugação, por não haver partilha de finalidades, nem partilha de meios. Se a violação dos dados ocorre no tratamento que é feito pela empresa de *rent-a-car*, então, parece que apenas esta será responsabilizada pelos danos que possam emergir.

Há que ter, no entanto, em conta alguns dados. Em primeiro lugar, a noção de tratamento de dados com que somos confrontados pelo regulamento é muito ampla. Nos termos do regulamento, o tratamento de dados é visto como uma operação ou um conjunto de operações efetuadas sobre dados pessoais ou sobre conjuntos de dados pessoais, por meios automatizados ou não automatizados, tais como a recolha, o registo, a organização, a estruturação, a conservação, a adaptação ou alteração, a recuperação, a consulta, a utilização, a divulgação por transmissão, difusão ou qualquer outra forma de disponibilização, a comparação ou interconexão, a limitação, o apagamento ou a destruição. Significa isto que a simples transmissão dos dados para uma outra empresa integra o conceito de tratamento. Se o primeiro *controller* não se assegura da fiabilidade do cumprimento do regulamento por parte do segundo *controller* poderá ser por isso responsabilizado. É claro que, sendo o regulamento imperativo para todos os agentes, se poderá chamar à colação uma ideia de confiança para afastar, a este nível, a responsabilidade do primeiro. Simplesmente, nada exclui a possibilidade de a empresa de *rent-a-car* estar sediada fora da União Europeia. Ora, de acordo com o Regulamento, as transferências para países terceiros (bem como



para organizações internacionais) só podem ser efetuadas no pleno respeito pelo presente regulamento, ou seja, só podem ter lugar se houver garantias de cumprimento de um nível de proteção idêntico ao que o regulamento dispõe por esse novo *controller*, o que significa que, apesar de o ato diretamente violador dos dados ser perpetrado pelo último, é possível que se venha a imputar ao primeiro também a responsabilidade, operando as regras da solidariedade, nos termos do artigo 82º/4 RGPD.

Por outro lado, há que ter em conta que o artigo 82º/3 dispõe que “o responsável pelo tratamento (...) fica isento de responsabilidade nos termos do nº2, se provar que não é de modo algum responsável pelo evento que deu origem aos danos”. O que o preceito estabelece é a regra da inversão do ónus da prova da imputação (outrora dita causalidade), de tal modo que, havendo mais do que uma esfera de responsabilidade em relação a um mesmo conjunto de dados, relativamente ao qual se verifica um evento danoso, ambos são responsabilizados solidariamente²³, exceto se, no posterior cotejo de esferas de responsabilidade a que se processe, se perceba que a esfera de responsabilidade de um agente consome a do outro. Se deve ser assim em geral, há que sublinhar que geralmente a esfera de responsabilidade avulta unicamente a partir da constatação de um aumento do risco, ou seja, da preterição de deveres no tráfego. A especificidade que o Regulamento nos traz é, mais do que permitir que, uma vez violada uma regra por ele imposta, se presuma que a sua preterição foi culposa, considerar que o *controller* será sempre responsável pela violação dos dados, bastando que para tal esteja envolvido naquele

²³ A solidariedade resulta da conjugação entre o artigo 82º/3 e o artigo 82º/4 RGPD.



tratamento. Se é certo que, na hipótese em análise tal não ocorre, porque o tratamento gerador da lesão é subsequente, ao considerarmos que a mera transferência de dados configura, em si mesma, um tratamento, haveremos de ter em conta que lhe cabe a si provar que não houve qualquer preterição das regras impostas em matéria de transmissão de dados.

Outras hipóteses têm que ser, ainda, consideradas ao nível do controlo paralelo. Pense-se no caso em que a seguradora X contrata a empresa Y, que presta serviços de *marketing direto* a várias empresas, para difundir os seus produtos junto dos seus clientes, e Y, para além de cumprir a obrigação a que está contratualmente vinculado, decide usar a base de dados que lhe foi transmitida pela seguradora para promover, também, produtos de outros clientes, assumindo uma nova finalidade para o tratamento dos dados e passando a ser um *controller*, não obstante a eventual designação que possa surgir no contrato. Ou seja, estamos aqui a lidar com um segundo *controller* que, inicialmente, era apenas um *processor*. Ainda que o primeiro *controller* não intervenha, aparentemente, no tratamento dos dados, não se mobilizando o disposto no artigo 82º/2 RGPD, nem por isso se afasta de imediato a responsabilidade daquele. Na verdade, Y pode ser, em relação a X, qualificado como comissário, colocando-se, portanto, o problema da assimilação do âmbito de relevância do caso assimilado pelo âmbito de relevância do artigo 500º CC.

Para que a seguradora X possa ser responsabilizada a este nível não basta que exista uma efetiva relação de comissão entre ambos e que todos os pressupostos da responsabilidade civil se verifiquem em relação a Y, tornando-o responsável. É necessário, ainda, que o ato tenha sido praticado no exercício das suas funções. Segundo



Menezes Cordeiro, “a ideia do legislador é a de delimitar o âmbito do risco que vai repercutir no comitente”²⁴. Mas, nem sempre se mostram coincidentes as respostas dos autores quanto à delimitação anunciada. Antunes Varela considera que há atuação no exercício das funções quando a comissão seja causa adequada ou idónea do facto ilícito perpetrado pelo comissário. Importante é que o ato seja praticado no quadro geral de competência deste último, uma vez que, fora dele, a lesão ocorrida deixa de ser previsível, não devendo o comitente responder por ela²⁵.

²⁴ Menezes CORDEIRO, *Tratado de direito civil português*, II, *Direito das Obrigações*, tomo III, Almedina, 2010, 614.

²⁵Cf. Antunes VARELA, *Das Obrigações em geral*, I, Almedina, Coimbra, 2003, 536 S.

No mesmo sentido, cf. Pedro Nunes de CARVALHO, “A responsabilidade do comitente”, *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 48, 1988, 85 s. Porque “o comitente só será chamado à responsabilidade nos casos em que o ato praticado pelo comissário tenha determinado nexos causal com a comissão”, coloca-se o problema de saber como é que ele há-de ser estabelecido. Em resposta ao quesito, o autor aduz que “não basta que haja uma mera conexão temporal ou local com a função”, sendo necessário que o ato seja praticado no exercício dela. Tal conexão há-de ser suficiente e não ocasional, devendo interpretar-se a noção de acordo com o fundamento da responsabilidade do comitente, qual seja, a de se basear também no benefício que o comitente retira da atividade do comissário, não estando em debate uma mera responsabilidade pela garantia. Nessa medida, o autor sustenta que, quando o artigo 500º/2 CC aponta para “a responsabilidade do comitente por atos praticados pelo comissário ainda que intencionalmente, deve entender-se que a referência aos atos danosos praticados intencionalmente pelo comissário no exercício da sua função se reporta apenas àqueles que sejam previsíveis (...) no quadro geral da função (teoria da causalidade adequada)”.

Cf., ainda, Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4ª edição por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, 321; Ribeiro de



Por seu turno, Menezes Cordeiro e Menezes Leitão acabam por aderir a um posicionamento mais amplo, sustentando que basta que os danos sejam causados no exercício da função e não por causa dela²⁶.

Creemos ser preferível sustentar, na esteira do entendimento mais restritivo, que a lesão deve ser vista como concretização do risco funcional, exigindo-se, por isso, a atuação no quadro geral de competência ou dos poderes conferidos ao comissário, com o que ficam excluídos os atos que não se inscrevem no esquema do exercício da função (que foi para o surgimento deles mera ocasião), embora se incluam os que se ligam àquela por um nexo meramente instrumental (designadamente nas hipóteses de abuso de funções)²⁷. Simplesmente, para tanto, não aderimos a qualquer critério causal, assente quer na condicionalidade, que alargaria desmedidamente a responsabilidade do comitente, para além de todos os outros problemas dogmáticos que arrastaria, quer na causalidade adequada, por ser a probabilidade a que ali se alude

FARIA, *Direito das Obrigações*, I, 17-18, sustentando o que o nexo do facto ilícito com as funções do comissário deve ser interno, direto e causal; Antunes VARELA/Pires de LIMA, *Código Civil anotado*, vol. I, 4ª edição, 1987, p. 509, falando de factos ilícitos praticados por ocasião do exercício das funções mas em que o exercício não constitui uma causa adequada

²⁶ Menezes CORDEIRO, *Tratado de direito civil português*, II, *Direito das Obrigações*, tomo III, Almedina, 2010, 614; Menezes LEITÃO, *Direito das Obrigações* I, 9ª edição, Almedina, Coimbra, 2010, 369

²⁷ A lição é de Antunes VARELA, *Das obrigações*, 642, que aqui acompanhamos de perto. Note-se, porém, que não aderimos a uma conceção de causalidade entendida em termos de causalidade adequada. Sobre o ponto, cf. Mafalda Miranda BARBOSA, *Do nexo de causalidade ao nexo de imputação. Contributo para a compreensão da natureza binária e personalística do requisito causal ao nível da responsabilidade civil extracontratual*, Príncipe, 2013.



uma verdadeira fórmula vazia para lidar com o problema²⁸. Do que se trata, afinal, é de saber se a atribuição daquelas funções aumentou o risco de surgimento da lesão ou se ela poderia ter lugar de igual modo, ainda que não existisse a comissão que foi, assim, mera ocasião (como poderia haver outras) de surgimento da violação.

O dado parece, aliás, ser consentâneo com a lição da doutrina no sentido de afirmar que haverá responsabilidade, mesmo quando o ato tenha sido praticado intencionalmente ou contra as instruções do comitente, aproveitando-se da imagem de “aparência social que cria um estado de confiança do lesado na lisura do comportamento daquele”²⁹, pelo que se poderá, efetivamente, aventar a pretensa responsabilidade do primeiro *controller* em face do ato do

²⁸ Maria da Graça TRIGO, *Responsabilidade civil delitual por facto de terceiro*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009, 407. A autora mostra-se cética da possibilidade de densificar a noção de “exercício de funções” com recurso a um critério causal. Para ela, “a principal dificuldade radica em que o uso de expressões habitualmente conotadas com um dos pressupostos da responsabilidade civil pode levar a equívocos terminológicos e conceituais”, confundindo-se o pressuposto comum da causalidade com um dos pressupostos específicos da responsabilidade do comitente. Apresentando o seu próprio critério (distinto, pois, da cisão entre *exercício das funções* e *por ocasião das funções*, a fazer apelo à ideia de que, neste último caso, o facto podia ter tido lugar independentemente daquelas), esclarece que a conexão causal adequada entre as funções do comissário e o facto danoso traduz-se fundamentalmente na verificação de um certo nível de probabilidade de que no decurso daquelas funções possa ocorrer um ato lesivo de terceiros, não andando por isso muito longe das soluções a que se chegam pelo denominado *Salmond Test* (o qual vem indagar se o ato se insere no âmbito dos atos autorizados pelo comitente, quer a autorização seja expressa, tácita ou mesmo aparente) – cf. pág. 342 s.

²⁹ Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 324.



processor convertido em *controller*, dependendo das especificidades do caso concreto. É que, mesmo que ele tenha contrariado as instruções do primeiro *controller* e elegido uma nova finalidade para o tratamento de dados, com meios próprios, sem o que não se converteria em *controller*, não o poderia fazer sem os meios que lhe foram facultados pela seguradora.

c) Subcontratação

As dúvidas em relação à responsabilidade do *controller* parecem atenuar-se no caso da violação de dados por parte do subcontratante.

Em primeiro lugar, pode haver responsabilidade direta (subjéctiva) do primeiro se se provar que violou a obrigação de apenas recorrer a subcontratantes que apresentem garantias suficientes de execução de medidas técnicas e organizativas adequadas, de modo que o tratamento satisfaça os requisitos do regulamento geral de protecção de dados. O facto de o subcontratante cumprir um código de conduta aprovado ou um procedimento de certificação aprovado poderá ser utilizado como elemento para demonstrar o cumprimento das obrigações do responsável pelo tratamento, conforme explicita o próprio Regulamento, nos seus *considerandi*.

Em segundo lugar, pode haver responsabilidade objectiva, por força do artigo 500º CC, nos termos explicitados anteriormente.

Em qualquer dos casos, a responsabilidade do *controller* não afasta a responsabilidade própria do *processor*.



3.2.2. A responsabilidade contratual

A hipótese de responsabilidade contratual pressupõe a existência prévia de um contrato, pelo que a ela só podemos recorrer quando a legitimação para o tratamento de dados assente em base negocial. É que ainda o contrato não tenha como objeto essa proteção dos dados, a boa-fé pode impor determinados deveres de cuidado que, quando violados, geram responsabilidade contratual. A violação de deveres de conduta, porque reconduzidos ao núcleo da relação contratual, vista como uma relação obrigacional complexa, gera uma hipótese que é assimilada pela responsabilidade contratual³⁰.

Esta avulta, também, de forma clara nas hipóteses de controlo conjunto, quando o contrato em que se baseia a proteção de dados seja celebrado por mais do que um sujeito. Noutras hipóteses e em casos de controlo paralelo, haveremos que analisar o artigo 800º CC. O primeiro *controller* responde, como se de um ato seu se tratasse, por todos os comportamentos lesivos levados a cabo por terceiros de que se sirva para cumprimento das suas obrigações.

O desenho estrutural do artigo 800º CC é, então, absolutamente díspar, quando comparado com o do artigo 500º CC. Desaparece, a este nível, a dupla imputação para se fazer responder o devedor pelos atos dos auxiliares que utilize no cumprimento da obrigação como se fossem os seus próprios atos. Como sublinha Carneiro da Frada, “a técnica da lei é distinta. O que ela faz é projetar logo a

³⁰ Sobre estes pontos, com maior desenvolvimento e outras referências bibliográficas, cf. Mafalda Miranda BARBOSA, *Lições de responsabilidade civil*, 19 s. e 22 s.



conduta do auxiliar na pessoa do devedor para verificar se desse modo o devedor incorreria ou não em responsabilidade”³¹.

Trata-se do que o autor cunha por *teoria da ficção*, na medida em que “se ficciona o comportamento causador do dano na pessoa do devedor”³², consubstanciando, de acordo com a lição de outros civilistas, uma verdadeira responsabilidade objetiva por ato alheio³³.

Duas são as situações com que podemos ser confrontados: a) o devedor atua com culpa *in elegendo, in instruendo* ou *in vigilando*, devendo ser responsabilizado com base em culpa, para o que não

³¹ M. Carneiro da FRADA, “A responsabilidade objetiva por facto de outrem face à distinção entre responsabilidade obrigacional e aquiliana”, *Direito e Justiça*, vol. XII, tomo I, 1998, 301.

³² M. Carneiro da FRADA, “A responsabilidade objetiva por facto de outrem face à distinção entre responsabilidade obrigacional e aquiliana”, 302; Id., *Contrato e deveres de protecção*, Separata do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 1994, 210. Em sentido próximo, cf., ainda, Menezes CORDEIRO, *Da responsabilidade civil dos administradores* das sociedades comerciais, Lex, Lisboa, 1997, 487

³³ Cf. Antunes VARELA, *Das obrigações em geral*, vol. II, 7ª edição (reimpressão), Almedina, Coimbra, 2001, 103. De acordo com Carneiro da Frada, não estaria em causa uma verdadeira responsabilidade objetiva. Segundo se pode ler no estudo citado do autor, “outro poderia ter sido o caminho do legislador. Em vez da descrita ficção, uma similar amplitude de responsabilidade teria sido obtida se se tivesse abertamente consignado uma responsabilidade objetiva pela utilização de terceiros no cumprimento do programa obrigacional. Se bem se reparar, sem ter então que «representar» uma responsabilidade por facto ilícito-culposo do devedor” – M. Carneiro da FRADA, “A responsabilidade objetiva por facto de outrem face à distinção entre responsabilidade obrigacional e aquiliana”, 303. Cf., também, M. Carneiro da FRADA, *Contrato e deveres de protecção*, 209 s. Aderindo à chamada teoria da ficção, cf. Maria da Graça TRIGO, *Responsabilidade civil delitual*, 249 s.



seria necessário mobilizar o artigo 800º CC³⁴; b) o devedor não atua negligentemente, mas ocorre um dano por virtude da atuação do terceiro auxiliar, e ele continua a ser responsabilizado, *ex via* artigo 800º CC³⁵.

O que divide a doutrina, a este ensejo, é saber se esta é uma responsabilidade objetiva por ato de terceiro ou uma direta responsabilidade do devedor. Enquanto alguns autores olham para o artigo 800º no sentido de o preceito consagrar uma pura responsabilidade objetiva; outros entendem que as situações em que há culpa *in vigilando*, *in instruendo* ou *in elegendo* da parte do devedor também são assimiladas pela sua intencionalidade prático-normativa. Daqui resulta, em termos de construção dos pressupostos de relevância do preceito, uma consequência importante. Assim, enquanto a maioria dos autores sustenta que a falta de culpa do auxiliar afasta a responsabilidade do devedor³⁶,

³⁴ Para a consideração de ordenamentos jurídicos onde se chega à solução da responsabilidade contratual por facto de outrem sem que haja um preceito análogo ao artigo 800º CC, cf. René RODIÈRE, “Y a-t-il une responsabilité contractuelle du fait d’autrui?”, *Recueil Dalloz*, Chr., 1952, 18 s.

³⁵ Veja-se, num sentido próximo, Ernst von CAEMMERER, “Verschulden von Erfüllungsgehilfen”, *Festschrift für Fritz Hauß*, Karlsruhe, 1978, 38 s. Para o autor, o devedor poderá ser responsável por culpa *in elegendo*, naquelas situações em que escolhe incorretamente o seu auxiliar (v.g., escolhe uma pessoa que não tem as competências devidas ou é imputável); caso o seu comportamento não seja culposos, então poderá continuar a ser responsabilizado, por via do §278 BGB, desde que o terceiro auxiliar atue com culpa. A falta de culpa do auxiliar determina a exoneração da responsabilidade do devedor, já que a missão do §278 não é ampliar a responsabilidade do devedor, mas torna-lo responsável como se tivesse sido ele próprio a atuar.

³⁶ Cf. Vaz SERRA, “Responsabilidade do devedor pelos actos dos auxiliares, dos representantes legais ou dos substitutos”, *Boletim do Ministério da Justiça*, nº72,



outros como Carneiro da Frada parecem depor em sentido contrário³⁷.

Importa ponderar o problema em função da intencionalidade normativa do preceito³⁸.

Em face de uma obrigação, em regra, o devedor não tem o poder de recusar uma prestação efetuada por um terceiro³⁹. Por outro lado, aquele que está por ela vinculado até ao momento do cumprimento integral da prestação é sempre o devedor. O risco do não cumprimento da obrigação corre, por isso, por conta dele⁴⁰. De

1958, 280 s.; Pessoa JORGE, *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*, Almedina, Coimbra, 1999 143 s.

³⁷ M. Carneiro da FRADA, “A responsabilidade objetiva por facto de outrem face à distinção entre responsabilidade obrigacional e aquiliana”, 303. Para um aprofundado debate sobre a questão, cf. Maria da Graça TRIGO, *Responsabilidade civil delitual*, 247 s.

³⁸ Para além da chamada teoria da ficção, Carneiro da Frada indica outros tópicos para a fundamentação da responsabilidade do devedor pelos atos dos auxiliares: “se a utilização de auxiliares pelo devedor aumenta o seu raio de ação, potenciando os seus lucros, é também de elementar justiça que sobre ele recaiam os riscos correspondentes à sua atividade. É o devedor, aliás, quem os pode controlar melhor e, em qualquer caso, absorve-os com maior facilidade. Por isso também, como corresponsável desse risco da sua atividade, se compreende que ao credor esteja vedado interferir no programa de realização da prestação elaborado pelo devedor” – M. Carneiro da FRADA, “A responsabilidade objetiva por facto de outrem face à distinção entre responsabilidade obrigacional e aquiliana”, 303.

³⁹ Cf. artigos 767º e 768º CC, para fundamentar a afirmação, bem como para evidenciar as situações em que o credor pode opor-se à realização da prestação por um terceiro.

⁴⁰ Veja-se, porém, *supra* a questão de saber se se deve ou não exigir a culpa do devedor, que se presumiria nos termos do artigo 799º CC. Sobre o ponto, cf. Karl LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts, I, Allgemeine Teil*, München, 1979, 292 s. No



acordo com o ensinamento de Vaz Serra, “o devedor responde por todos aqueles que deixou penetrar no seu domínio de atividade ou que admitiu a colaborar consigo de maneira mais ou menos permanente ou mais ou menos completa na execução das suas obrigações”⁴¹. Entende-se que assim seja. Na verdade, se o devedor não fosse chamado a responder independentemente de culpa própria, ele encontraria um expediente simples para excluir a sua responsabilidade. Bastaria, para tanto, que chamasse um terceiro para efetuar a prestação, o que, inclusivamente, poderia abrir a porta a abusos evidentes⁴².

No fundo, intervindo aqui uma ideia de confiança, o devedor responde independentemente de culpa sua pelos danos que

ordenamento jurídico alemão, cf., ainda, Berthold KUPISCH, “Die Haftung für Erfüllungsgehilfen (§278)”, *JuS*, 1983, 817 s.

V., ainda e novamente, Maria da Graça TRIGO, *Responsabilidade civil delitual*, 251 s., dando conta da posição de Oertmann, que preconizaria a *ficção de existência de uma obrigação própria do auxiliar*, pelo que a ilicitude e a culpa teriam de se referir a essa pessoa, donde o auxiliar teria de ser imputável e não poderia ocorrer, em relação a ele, qualquer causa de exclusão da culpa; e da ideia de *ficção de que não teria sido o auxiliar a atuar, mas sim o devedor*, pelo que a questão da culpa se apuraria determinando se uma atuação correspondente do próprio devedor seria ou não culposa. Assim, se o devedor, em caso de comportamento equivalente, fosse imputável e não se verificassem causas de exclusão da culpa, haveria responsabilidade.

⁴¹ A. Vaz SERRA, “Responsabilidade do devedor pelos actos dos auxiliares, dos representantes legais ou dos substitutos”, 273 s.

V., igualmente, Pessoa JORGE, *Ensaio*, 149, considerando que o artigo 800º vem impedir que o devedor invoque a inexecução da obrigação imputável ao auxiliar e determinar que ele continua sujeito à sua obrigação inicial e à correlativa responsabilidade.

⁴² Cf. A. Pinto MONTEIRO, *Cláusulas limitativas e de exclusão da responsabilidade*, Almedina, Coimbra, 2003, 284 s.



ocorram. Simplesmente, não se verifica a dupla imputação a que somos conduzidos por via do artigo 500º CC. E não se verifica porque o contrato que alicerça a responsabilidade define, *a priori*, o obrigado e, portanto, o responsável em caso de incumprimento (em sentido amplo). O que o artigo 800º vem esclarecer é que a imputação dos danos ao devedor não se perde pelo simples facto de ele ter utilizado um terceiro, seu auxiliar⁴³, no cumprimento da obrigação⁴⁴. Nessa medida, ainda que objetivada, a

⁴³ Os autores têm sublinhado que estes auxiliares podem ser, indiferentemente e para efeitos da mobilização do regime do artigo 800º CC, auxiliares dependentes ou independentes. Nesse sentido, cf. Pinto MONTEIRO, *Cláusulas limitativas*, 287 s.; Menezes CORDEIRO, *Da responsabilidade civil dos administradores*, 487, n.61; Maria da Graça TRIGO, *Responsabilidade civil delitual*, 242 s.; Maria Victória ROCHA, “A imputação objectiva na responsabilidade contratual”, *Revista de Direito e Economia*, ano XV, 82 s.

A este propósito, *v.*, igualmente, o problema enunciado por Maria Victória ROCHA, “A imputação objectiva na responsabilidade contratual”, *Revista de Direito e Economia*, ano XV, 92: até que ponto se integra a atividade de um terceiro na previsão do artigo 800º/1 CC? Em causa está, por exemplo, a determinação da eventual responsabilidade do devedor pela atividade dos correios ou dos caminhos-de-ferro, que utiliza para enviar a coisa objeto da prestação ao credor. De acordo com o ensinamento da doutrina alemão, referida por Maria Victória Rocha, haveria exclusão da responsabilidade quando a atuação da empresa fosse monopolista. Mais esclarece que o §287 BGB não é fonte de imputação de novos deveres. Cremos que o carácter monopolista ou não da atuação do terceiro não é significativo para a resolução da questão concretamente considerada. Na verdade, a solução para o problema há-de passar aos nossos olhos pela determinação do âmbito da obrigação a que se vinculou o devedor. Só a análise desse âmbito será de molde, em harmonia com a ideia de que o §287 BGB não é fonte de novos deveres (e, portanto, com a ideia de que o artigo 800º CC não é, também, fonte de novos deveres), a esclarecer o decidente no caso concreto.

⁴⁴ A este propósito, cf. Hugo NATOLI, *L’attuazione del rapporto obbligatorio (appunti delle lesioni)*, tomo II, 2ª ed., Milano, 1967, 96-99, *apud* Maria Victória



responsabilidade há-de configurar-se como uma responsabilidade direta do devedor⁴⁵⁻⁴⁶. Em rigor, aliás, a ideia de controlo da atuação

ROCHA, “A imputação objectiva na responsabilidade contratual”, 80 s. O autor considera que não se deve falar, em rigor, de uma responsabilidade objetiva, por se exigir a culpa do auxiliar. Apenas sucede que o facto do terceiro é imputável ao devedor como *causa causae*, o que afeta não a culpa, mas o nexa causal.

Refira-se, porém, que o nosso entendimento olha para o problema do ponto de vista da imputação e não do ponto de vista da causalidade.

⁴⁵ Para um elenco das possíveis justificações que vão sendo avançadas para a solução contida no artigo 800º CC, cf. Maria Victória ROCHA, “A imputação objectiva na responsabilidade contratual”, 81: necessidades práticas económico-sociais que se manifestam na necessidade de responderem pelos riscos da atividade aqueles que dela tiram proveitos; garantia contra a eventual insolvência dos auxiliares; extraneidade do credor relativamente à escolha dos auxiliares; presunção de culpa *in viligando* ou *in eligendo*; poder de prevenção do perigo; exigência de uma garantia tacitamente prestada pelo devedor ao credor.

Para um elenco de outros possíveis fundamentos, cf. Pedro MÚRIAS, “A responsabilidade por actos de auxiliares e o entendimento dualista da responsabilidade civil”, 208 s.: ideia de confiança; ideia de responsabilidade pelo próprio círculo de vida; benefício que o devedor terá ao alargar as suas possibilidades de ação (e, assim, de lucro); necessidade funcional do tráfico negocial. O autor mostra-se crítico de todas estas justificações.

V., igualmente, Ernst von CAEMMERER, “Verschulden von Erfüllungsgelhilfen”, 39 s.; Karl LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, 297 s.

⁴⁶ Cf., num sentido próximo, Pedro MÚRIAS, “A responsabilidade por actos de auxiliares e o entendimento dualista da responsabilidade civil”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, vol. 37, nº1, 1996, 211. O autor considera que a lei estabelece inúmeras limitações ao devedor que pretenda exonerar-se dos seus deveres ou fazer perigar os fins de alguns deles através da intervenção de terceiros e considera que nesse grupo de normas se integra o artigo 800º CC. No fundo, o fundamento do artigo 800º passa nela tutela do credor, que não se vê assim privado de garantias por ato livre do titular do dever. Para o autor, não será, portanto, necessário recorrer a outra ordem de razões. O artigo “colhe a sua plena fundamentação na existência de um qualquer dever e



do auxiliar pelo devedor como justificativa da disciplina normativa contida no artigo 800º CC, aproximando a solução da plasmada no artigo 500º CC, perde-se por completo se tivermos em conta os representantes legais, por cujos atos também responde o património do devedor⁴⁷. Aproximamo-nos, assim, dos autores que sublinham que a intencionalidade do preceito não é alargar o âmbito da responsabilidade do devedor, fazendo-o assumir o risco de utilização de auxiliares. Na verdade, do que se trata é de fazer o devedor responder como se fosse ele próprio a atuar⁴⁸.

A intencionalidade normativa que foi encontrada para o artigo 800º CC – responsabilização direta do devedor, por ser ele o

na necessidade sentida pelo ordenamento de assegurar a obtenção das finalidades prosseguidas pela atribuição desse dever perante a introdução de um terceiro no âmbito do seu cumprimento”. Como veremos o autor extrai, a partir deste fundamento, conclusões que não subscrevemos. Por outro lado, em vez de se cingir aos deveres de tipo obrigacional, aloja no âmbito de relevância do preceito qualquer dever. Estes os dois pontos de dissenso em relação a Pedro Múrias, que a seu tempo densificaremos.

⁴⁷ Repare-se que Maria Victória Rocha explicita que, no tocante à responsabilidade do devedor pelos atos dos representantes legais, se os efeitos da atuação destes se projetam na esfera do incapaz, é justo que seja o património dele a suportar as consequências dessa atuação. V. Maria Victória ROCHA, “A imputação objectiva na responsabilidade contratual”, 79, n. 131.

Sobre a questão dos representantes legais, cf. Kurt BALLERSTEDT, “Zur Haftung für Culpaa in contrahendo bei Geschäftsab-schluß durch Stellvertreter”, *Archiv für die civilistische Praxis*, 151, 1950/1, 501 s.

⁴⁸ Cf. Ernst von CAEMMERER, “Verschulden von Erfüllungsgehilfen”, 39.

V., igualmente, Vaz SERRA, “Responsabilidade do devedor pelos actos dos auxiliares, dos representantes legais ou dos substitutos”, 269 s.

Para outros desenvolvimentos, cf. Mafalda Miranda Barbosa, “Acerca da aplicação do artigo 800º CC aos ilícitos extracontratuais – breve apontamento”, *O direito*, ano 147º-III, 2015



obrigado perante o credor, tratando-se o ato do auxiliar como um ato dele próprio – tem consequências ao nível da definição dos pressupostos de mobilização do regime.

Os autores costumam, a este propósito, apontar quatro requisitos para a procedência de uma pretensão indemnizatória fundada no artigo 800º CC: a existência de uma obrigação; a relação entre o devedor e o terceiro utilizado no cumprimento; a atuação do terceiro no cumprimento⁴⁹; e a atuação do auxiliar⁵⁰.

Ora, qualquer um destes pressupostos tem de ser densificado à luz do recorte intencional anteriormente desenhado. Por isso, embora a lei não indique expressamente que a atuação do auxiliar tem de ocorrer no cumprimento da obrigação, a doutrina tem reforçado tal entendimento, afirmando que o devedor apenas é responsável pelos atos praticados no cumprimento das obrigações

⁴⁹ Segundo a maioria da doutrina, não se aplica, então, o artigo 800º nos casos em que não está em causa o auxílio ao cumprimento, ou seja, nos casos em que os danos foram causados por terceiros a quem o devedor facultou o uso ou gozo da coisa pertencente ao credor. Neste caso, aplicar-se-ia o artigo 1044º CC. Cf. Antunes VARELA, *Das obrigações*, II, 103, n.2; M. Carneiro da FRADA, *Contrato*, 217. Em sentido contrário, Pedro MÚRIAS, “A responsabilidade por actos de auxiliares e o entendimento dualista da responsabilidade civil”, 206, considerando que o artigo 1044º é uma concretização do artigo 800º CC.

Note-se que, nestas situações, estar-se-á, de facto, diante de uma hipótese de responsabilidade contratual. Basta pensar que entre os deveres de proteção resultantes do contrato, por via da boa-fé, se inscreva o dever de salvaguarda da propriedade alheia. A aplicação ou não do artigo 1044º para além das hipóteses de locação ficará dependente de se poder ou não reconduzir a lesão verificada ao núcleo de relevância obrigacional.

⁵⁰ Cf. Maria Victória ROCHA, “A imputação objectiva na responsabilidade contratual”, 83 s.; Maria da Graça TRIGO, *Responsabilidade civil delitual*, 241 s.



e não pelos atos praticados por ocasião do cumprimento ou com relação indireta com o mesmo⁵¹. Estamos em crer, no entanto, que não podemos estabelecer, aqui, o paralelo com os problemas patenteados pelo artigo 500º CC. Na verdade, se diante da necessidade de densificar o conceito de *exercício das funções*, o jurista se confronta com dificuldades imputacionais evidentes, ao nível do artigo 800º CC somos desonerados da tarefa na medida em que a responsabilidade é balizada, *a priori*, pelos deveres que entretecem a relação obrigacional. Por isso, o nódulo problemático agigantar-se-á não diante da violação dos deveres de prestação,

⁵¹ Maria da Graça TRIGO, *Responsabilidade civil delitual*, 241 s.; Maria Victória ROCHA, “A imputação objectiva na responsabilidade contratual”, 94; M. Carneiro da FRADA, *Contrato*, 251.



mas diante da violação dos deveres acessórios e dos deveres de conduta⁵²⁻⁵³.

⁵² De notar, porém, que a dificuldade ultrapassa o âmbito de relevância do artigo 800º CC. Na verdade, este problema surge paredes-meias com aquele outro que passa por saber se, mesmo quando a atuação é própria do devedor, a violação de deveres de conduta origina responsabilidade contratual ou não.

Sobre o ponto, cf. Carneiro da FRADA, *Contrato*, onde o autor defende a existência de uma terceira via de responsabilidade civil. Veja-se, também, Mafalda Miranda BARBOSA, “O problema da integração das lacunas contratuais à luz de considerações de carácter metodológico – algumas reflexões” e *Liberdade versus responsabilidade*, com uma posição diversa. Para outros desenvolvimentos, cf. Mafalda Miranda BARBOSA, *Lições de responsabilidade civil*, Princípiã, 2017.

A este propósito, v., igualmente, Carneiro da FRADA, *Contrato*, 154 s. e 169 s., considerando que o dano produzido por ocasião do cumprimento é um risco não típico e sensivelmente agravado pela entrada numa relação contratual. No fundo, embora o autor não reconduza todos os deveres de conduta à relação contratual, importa sublinhar que é ainda a economia negocial traçada pelas partes que permite solucionar o problema que temos em mãos.

⁵³ Sobre o ponto, cf. Maria Victória ROCHA, “A imputação objectiva na responsabilidade contratual”, 93, considerando que a expressão *no cumprimento* deve ser entendida como abrangendo a relação obrigacional no sentido de relação obrigacional complexa. No tocante aos deveres acessórios de conduta, a autora esclarece que a jurisprudência alemã parte do critério da existência ou não de uma conexão íntima entre a atividade danosa e a tarefa de que o auxiliar foi encarregado pelo devedor, tornando-se, por isso, necessário que haja uma interferência do terceiro nos bens do credor em virtude da especial relação de confiança entre credor e devedor. A autora acaba por fazer apelo a uma ideia de causalidade adequada a este nível.

Duas notas se impõem a este ensejo.

Em primeiro lugar, chamamos a atenção para a improcedência do critério da causalidade adequada, em geral, e em particular. Em segundo lugar, importa esclarecer que o sentido imputacional que se procura delinear há-de ser encontrado por referência à obrigação que o devedor assumiu. No fundo, o exercício que se terá de levar a cabo passa por questionar se, atuando daquela



Também o pressuposto da culpa deve ser compreendido a esta luz. Se a responsabilidade do terceiro auxiliar é tida como responsabilidade do próprio devedor, então deve entender-se que,

forma, o devedor seria ou não responsabilizado, por via da responsabilidade contratual.

Sobre o ponto, cf., ainda, Pedro MÚRIAS, “A responsabilidade por actos de auxiliares e o entendimento dualista da responsabilidade civil”, 204 s. O autor considera que devemos questionar, no tocante aos casos em que existe a violação de deveres de proteção, por ocasião do cumprimento, “se tivesse o ato sido praticado pelo devedor, ele responderia obrigacionalmente? Se sim, responde também agora pelo seu auxiliar. E não se diga que assim dispara o risco de responsabilidade para o devedor (...). O critério, seguido pela doutrina maioritária, dos *interesses ligados à relação contratual*, para determinar o quadro dos atos do auxiliar por que o devedor responderia, iria excluir a responsabilidade do relojoeiro cujo aprendiz partisse um relógio, atirando-o, em fúria, à cabeça do seu mestre, quando é patente que sem a relação contratual nunca o aprendiz teria a possibilidade de tocar no relógio, quanto mais de parti-lo”. Concordamos com a solução patenteada pelo autor. Divergimos, contudo, nas conclusões a que chega. Na verdade, Pedro Múrias, considerando não estar aqui a violação de um dever contratualmente assumido, entende que estamos diante de uma responsabilidade que se funda num dever genérico de respeito pelos direitos absolutos, razão bastante para o autor não conseguir, em termos normativo-intencionais, distanciar o artigo 800º, que aqui chama à colação, do artigo 500º CC. Dá, portanto, um passo em frente no sentido da defesa de uma posição monista em matéria de modalidades ressarcitórias. Pelo contrário, consideramos que o relojoeiro do exemplo de escola, ao assumir a obrigação principal de reparação do relógio, assume também o dever de guarda da coisa, pelo que responderá ao nível obrigacional pelo dano que ocorreu.



uma vez excluída a culpa do primeiro, se exclui concomitantemente a responsabilidade do segundo⁵⁴⁻⁵⁵.

Quer isto dizer – com o carácter necessariamente sincopado que estas considerações denotam – que será o âmbito da obrigação previamente assumida pelo devedor que demarcará o âmbito da responsabilidade do devedor por via do artigo 800º CC, pelo que se pode afirmar que imprescindível a este nível é que haja uma obrigação em sentido técnico, sem a qual, aliás, não existiria sequer um devedor. No fundo, a chamada à colação do regime da

⁵⁴ Neste sentido, cf. Antunes VARELA, *Das obrigações*, II, 103 s.

Ressalvam-se, contudo, as hipóteses em que o devedor agiu com culpa, na escolha do auxiliar.

Para outros entendimentos acerca do problema, *vide*, novamente, Carneiro da FRADA, “A responsabilidade objetiva por facto de outrem face à distinção entre responsabilidade obrigacional e aquiliana”, 303; Maria Victória ROCHA, “A imputação objectiva na responsabilidade contratual”, 97 s.; Maria da Graça TRIGO, *Responsabilidade civil delitual*, 246 s. (questionando, designadamente, como poderemos aferir a culpa do auxiliar se ele não está vinculado por nenhuma obrigação).

⁵⁵ Outros problemas são também abordados pela doutrina a este nível. Assim, por exemplo, tem-se colocado a questão de saber se podem ser equiparados aos auxiliares as máquinas, quando o erro em que incorrem não se traduza num erro de programação. Sobre o ponto, cf. Maria Victória ROCHA, “A imputação objectiva na responsabilidade contratual”, 82 s.

Também se indaga em que medida a escolha do terceiro feita pelo credor pode ter consequências ao nível da exclusão da responsabilidade do devedor. Sobre o ponto, cf. Maria Victória ROCHA, “A imputação objectiva na responsabilidade contratual”, 88 s. Sublinha a autora que, se o terceiro surge como um colaborador do credor, exclui-se a responsabilidade do devedor. O mesmo não sucederá se o terceiro for escolhido entre os colaboradores do devedor. *Vide*, igualmente, Vaz SERRA, “Responsabilidade do devedor pelos actos dos auxiliares, dos representantes legais ou dos substitutos”, 267 s.



responsabilidade contratual, a este nível, só é possível quando a legitimação para o tratamento de dados pessoais seja negocial. Se por esta via se consegue responsabilizar o *controller*, pelos atos dos subcontratantes (e mesmo dos originários *processors* que, posteriormente, se convolam em *controllers*), nem por isso se garante a afirmação da responsabilidade do subcontratante.

Mas, se este é responsável extracontratualmente, pode sê-lo, também, contratualmente. Para tanto, haverá que se configurar o contrato celebrado entre o responsável pelo tratamento dos dados e o subcontratante como um contrato com eficácia de proteção para terceiros⁵⁶. No âmbito de proteção do contrato incluir-se-iam alguns terceiros, que não poderiam exigir a prestação do devedor, mas se poderiam tornar credores de uma pretensão indemnizatória contra ele⁵⁷. Segundo Mota Pinto, “este círculo de terceiros não deverá ser imprevisível e abrange aquelas pessoas que, segundo a natureza da prestação, estão, dum forma em maior ou menor grau inevitável em contacto com ela, e que (...) estão de tal modo próximos do credor que este, em termos cognoscíveis pelo devedor, confia na segurança dessas pessoas tanto como na sua”⁵⁸. Ora,

⁵⁶ Menezes CORDEIRO, *Da boa fé no direito civil*, Almedina, 2001, 617 s.; Sinde MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos, recomendações e informações*, Almedina, Coimbra, 1989, 518 a 535 ; e C.A. Mota PINTO, *Cessão da posição contratual*, Atlântida Editora, Coimbra, 1970, 419 a 426; LARENZ, “Entwicklungstendenzen der heutigen Zivilrechtsdogmatik”, *Juristenzeitung*, 1962, 105 s.; Carneiro da FRADA, “Os deveres ditos acessórios e o arrendamento”, *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 73, 2013, 287; Mafalda Miranda BARBOSA, “Arrendamento, responsabilidade civil e terceiros”, *Estudos de Direito do Consumidor*, 12, 2017, 75 s.

⁵⁷ Cf. Mota PINTO, *Cessão da posição contratual*, 422.

⁵⁸ Mota PINTO, *Cessão da posição contratual*, 423.



parece-nos que, destinando-se o contrato celebrado entre o responsável pelos dados e o subcontratante do tratamento de dados de terceiros, o subcontratante (*processor*) não poderá deixar de ter em conta que a sua prestação pode afetar particularmente os interesses desses terceiros, pelo que estes se devem integrar na esfera de proteção do contrato.

Para tal configuração, o artigo 28º RGPD acaba por nos oferecer um importante contributo. Dispõe o preceito que “o tratamento em subcontratação é regulado por contrato ou outro ato normativo ao abrigo do direito da União ou dos Estados-Membros, que vincule o subcontratante ao responsável pelo tratamento, estabeleça o objeto e a duração do tratamento, a natureza e finalidade do tratamento, o tipo de dados pessoais e as categorias dos titulares dos dados, e as obrigações e direitos do responsável pelo tratamento”, devendo conter referência aos elementos constantes no citado preceito.

3.3. O papel do encarregado de proteção de dados

A figura do encarregado de proteção de dados está prevista nos artigos 38º s. RGPD, cabendo-lhe as funções previstas no artigo 39º RGPD.

Nos termos do artigo 38º/3 RGPD o responsável pelo tratamento e o subcontratante asseguram que o encarregado da proteção de dados não recebe instruções relativamente ao exercício das suas funções. Esta particularidade dita o afastamento, em relação a danos por eles causados, da possibilidade de o responsável pelos dados ser responsabilizado por via do artigo 500º



CC. Do mesmo modo, não estando em causa um auxiliar no cumprimento de uma obrigação, não é possível a responsabilização do *controller* nos termos do artigo 800º CC.

O encarregado da proteção de dados poderá ser responsabilizado em face do titular dos dados, por violação dos deveres que lhe são impostos no quadro regulamentar. Colocar-se-ão, é certo, problemas no tocante à imputação objetiva, na medida em que em nenhuma circunstância o fato lesivo dos dados é protagonizado pelo próprio.

Contudo, ao assumir as suas funções, assume concomitantemente uma esfera de risco, de tal modo que, se violar algum desses deveres a primitiva esfera de *responsabilidade pelo outro* convola-se numa *esfera de responsabilidade perante o outro*, a permitir erigir os contornos externos de uma imputação, para a qual se convocará posteriormente o necessário cotejo com a esfera de risco do *controller* e, eventualmente, do *processor*.

Este cotejo entre a esfera de responsabilidade do *controller* e outras esferas de risco torna-se, aliás, imprescindível por referência a qualquer situação problemática, por só por meio dela ser possível chegar a uma conclusão fundada acerca da imputação objetiva e, portanto, acerca da própria responsabilidade dos sujeitos envolvidos.

3.4. A eventual responsabilidade de terceiros e a responsabilidade do *controller* pelos seus atos



a) O âmbito de proteção do direito. A relação de interioridade constitutiva e o problema da imputação de lesão de determinadas lesões ao controller

Independentemente das concretas diferenças de regime que se possam denotar entre o regime de proteção de dados em vigor até agora e o novo regulamento de proteção de dados, é inequívoco o papel central que o consentimento ocupa a este nível. Na verdade, ele, devendo ser informado, específico, livre e podendo ser revogado a todo o tempo, funciona como condição de licitude da recolha e tratamento de dados. Compreendem-se, portanto, as características que deve revestir. Se em causa está uma autorização do titular dos dados para a sua utilização por terceiros, então, ele só poderá ser válido se o sujeito tiver exata noção do alcance do ato que está a praticar. Daí a importância dos deveres de informação a que nos referimos *supra*. Mas daí, também, a importância vital da ligação entre o consentimento e as finalidades do tratamento de dados. A este propósito, Alexandre Sousa Pinheiro esclarece que “o consentimento válido para um tratamento implica o conhecimento dos fins a que se destina a recolha”, pois, caso contrário, “a declaração de vontade mostra-se oca e destituída de conexão com o tratamento de dados”⁵⁹. É nesta relação *consentimento-finalidade* que o autor baseia a ideia de autodeterminação informacional.

⁵⁹ Alexandre de Sousa PINHEIRO, *Privacy e proteção de dados pessoais*, 806. O autor acrescenta que se deve exigir uma definição clara e completa das finalidades, não sendo admissíveis meras referências a objetivos ou grandes metas. Nas suas palavras, “não são admissíveis disposições em branco, dada a sua incompatibilidade com a autodeterminação informacional e o perigo de se proceder a recolhas no vazio”. Mais esclarece que, nos casos em que a finalidade tem de ser definida em termos mais amplos (por exemplo, por motivos de



A proteção de dados poderia autonomizar-se como “uma forma de concretização da autodeterminação informacional”, ou seja, “enquanto a proteção de dados é pensada como uma garantia, o seu fundamento, ou seja, a autodeterminação informacional, exprime-se como uma liberdade”⁶⁰. No fundo, “a autodeterminação informacional reveste a natureza de posição jurídica complexa, abrangendo elementos próprios das diferentes posições ativas (direitos, liberdades, garantias, poderes) que compõem os direitos fundamentais”⁶¹.

Simplesmente, como o próprio autor reconhece, “o consentimento [em que aquela autodeterminação se vem a projetar e a manifestar] é superado por razões contratuais, para o cumprimento de obrigações legais, para a proteção de interesses vitais do titular dos dados quando se encontra incapaz de o prestar e quando estejam em causa missões de interesse público ou relativas ao exercício de uma atividade pública”⁶².

Diríamos mais: com o novo traçado legal, imposto pelo Regulamento europeu, ao colocar-se o consentimento em pé de igualdade com outros fundamentos da licitude da recolha e

investigação criminal de largo espectro), se exige uma aplicação estrita do princípio da proporcionalidade.

Para um elenco dos princípios subjacentes à proteção de dados, cf. Margarida OLIVEIRA, *A proteção de dados pessoais nas comunicações eletrónicas: o papel da CNPD e da ANACOM*, UCP, 2015, 28 s., falando de princípio da transparência, de princípio da lealdade, licitude e boa-fé, princípio do consentimento, princípio da finalidade, princípio da proporcionalidade e princípio da limitação do prazo de conservação.

⁶⁰ Alexandre de Sousa PINHEIRO, *Privacy e proteção de dados pessoais*, 805.

⁶¹ Alexandre de Sousa PINHEIRO, *Privacy e proteção de dados pessoais*, 805.

⁶² Alexandre de Sousa PINHEIRO, *Privacy e proteção de dados pessoais*, 809.



tratamento de dados, a autonomia de que se cura não poderá ser vista como o objeto da tutela, mas como um pilar fundamental para o exercício de outro bem jurídico que se protege a este nível. No fundo, e dito de uma forma mais direta, o consentimento, que corporiza a autonomia, surge, a este nível, como uma forma de afastar a ilicitude de um atentado não contra a própria autonomia que se exerce, mas contra um outro bem jurídico. Isso explica que, quando não haja consentimento (ou independentemente de o haver ou não), possa existir um tratamento de dados válido, atenta a ponderação de bens jurídicos que é feita pelo legislador.

Tendo a sensibilidade para o reconhecer, Alexandre de Sousa Pinheiro acaba por defender que a proteção de dados “deve ser integrada num direito de maior latitude”, o direito à identidade informacional⁶³. Este seria um “direito de personalidade, na medida em que protege um bem da personalidade composto por várias posições jurídicas”⁶⁴.

Não duvidamos, na verdade, que o direito envolvido a este nível seja um direito de personalidade. Não só está em causa a proteção de bens integrantes da pessoa, como a estrutura dos outros direitos que o ordenamento jurídico foi forjando (designadamente dos direitos reais e dos direitos de crédito) não é apta a assimilar a relevância da posição jurídica subjetiva em questão. Simplesmente, não basta considerar que existe um direito de personalidade, sendo imprescindível recortar, dentro dos diversos bens, elementos e refrações da personalidade humana, o seu concreto objeto. Ora, é

⁶³ Alexandre de Sousa PINHEIRO, *Privacy e proteção de dados pessoais*, 810. Este parece ser, aliás, o cerne da sua dissertação de doutoramento.

⁶⁴ Alexandre de Sousa PINHEIRO, *Privacy e proteção de dados pessoais*, 777.



neste ponto que temos dúvidas em autonomizar um direito à identidade informacional.

Em primeiro lugar, se é certo que existe um direito à identidade no quadro mais alargado do direito geral de personalidade⁶⁵, ele acaba por ter de ser analisado por referência a múltiplos elementos que o integram. A este propósito, Capelo de Sousa explica que “o bem da identidade reside (...) na própria ligação de correspondência ou identidade do homem consigo mesmo e está pois ligado a profundas necessidades humanas, a ponto de o teor da convivência humana depender da sua salvaguarda em termos de plena reciprocidade. Daí que (...) o direito tutele como bens jurídicos quer a ontologia da identidade humana quer o seu reflexo lógico ou formal ao nível do seu reconhecimento social, situando cada homem como centro autónomo de interesses, reconhecendo-lhes o seu particular modo de ser e de se afirmar e impondo aos outros o reconhecimento da sua identidade, v.g. de modo a que as referências a cada homem respeitem a sua identidade ontológica”⁶⁶. Continua o autor, dizendo que “o interesse jurídico da identidade humana é atingido não só nos casos em que os elementos ou sinais de identidade sejam falsificados, contrafeitos ou desviados dos fins próprios do respetivo titular, mas também nos casos em que a representação da pessoa não seja exata por mera omissão ou insuficiência dos elementos ou sinais retratados”⁶⁷. E acrescenta que “a tutela juscivilística da identidade humana incide desde logo sobre a configuração somático-psíquica de cada indivíduo,

⁶⁵ Cf., quanto ao ponto, R. Capelo de SOUSA, *O direito geral de personalidade*, Coimbra Editora, Coimbra, 1995, 244 s.

⁶⁶ R. Capelo de SOUSA, *O direito geral de personalidade*, 245.

⁶⁷ R. Capelo de SOUSA, *O direito geral de personalidade*, 246.



particularmente sobre a sua imagem física, os seus gestos, a sua voz, a sua escrita e o seu retrato moral. Mas recai também sobre os termos da inserção sócio-ambiental de cada homem, maxime sobre a sua imagem de vida, a sua história pessoal, o seu decoro, a sua reputação ou bom nome, o seu crédito, a sua identidade sexual, familiar, racial, linguística, política, religiosa e cultural” e ainda sobre “os próprios sinais sociais de identificação humana, quer principais, como o nome e o pseudónimo, quer acessórios, como a filiação reconhecida, o estado civil, a naturalidade e o domicílio que (...) integram para certos fins o conteúdo do bem personalístico da identidade”⁶⁸. Significa isto que o direito à identidade se sobrepõe a outros direitos ou bens da personalidade, razão pela qual poderíamos evidenciar que, ao nível da proteção de dados, está afinal em causa a tutela de todos eles. Não haveria, assim, razão para – e porque já foi suficientemente autonomizado pelo ordenamento jurídico – não considerar, a propósito da proteção de dados, direitos como o direito à imagem, o direito à voz, o direito ao nome, o direito ao crédito, entre outros.

Por outro lado, e mais importante, o direito à identidade pessoal – nas suas diversas vertentes – só é lesado quando haja omissões, deturpações ou usurpações, ao ponto de alguns autores o reconhecerem como um direito à verdade pessoal⁶⁹. Ora, isto significa, por um lado, que a simples utilização não lícita de dados não põe em causa o direito à identidade pessoal e, por outro lado,

⁶⁸ R. Capelo de SOUSA, *O direito geral de personalidade*, 248 s.

⁶⁹ Cf. Orlando de CARVALHO, *Teoria Geral do Direito Civil, Sumários Desenvolvidos*, Centelha, Coimbra, 1981, 16 s.; Orlando de CARVALHO, *Teoria Geral do Direito Civil. Relatório sobre o programa, o conteúdo e o método de ensino*, Coimbra, 1976, 43 s.



que, quando tal ocorra, a partir do uso indevido de dados pessoais, outros bens da personalidade podem ser afetados, não se percebendo por que razão é que se privilegia a identidade em detrimento da privacidade, da imagem ou mesmo da igualdade.

A civilística portuguesa, aliás, tem tratado do problema da proteção de dados a propósito da privacidade⁷⁰, ou concretização do direito à privacidade⁷¹ ou como refração do conteúdo da privacidade, enquanto elemento integrador do objeto do direito geral de personalidade⁷², o que não impede que alguns autores

⁷⁰ Cf. Pedro Pais de VASCONCELOS, “Proteção de dados pessoais e direito à privacidade”, *Direito da Sociedade da Informação*, I, Coimbra Editora, Coimbra, 1999, 249; A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, I, Parte Geral, tomo III, Almedina, Coimbra, 2004, 90, e *Tratado de Direito Civil*, IV, Almedina, Coimbra, 2007, 254 s.; R. Capelo de SOUSA, *O direito geral de personalidade*, 318 S.

Veja-se, quanto ao ponto, Herminia Campuzano TOMÉ, *Vida privada y datos personales: su protección jurídica frente a la sociedad de la información*, Tecnos, Madrid, 2000 e, ainda, Flemming Moos, *Datenschutzrecht; schnell erfasst*, Springer, Berlin-Heidelberg, 2006

⁷¹ Cf. A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, I, 90.

⁷² Assim, R. Capelo de SOUSA, *O direito geral de personalidade*, 318 s., considerando que “a reserva juscivilisticamente tutelada abrange não só o respeito da intimidade da vida privada, em particular a intimidade da vida pessoal, familiar, doméstica, sentimental e sexual e inclusivamente os respetivos acontecimentos e trajetórias, mas ainda o respeito de outras camadas intermédias e periféricas da vida privada, como as reservas do domicílio e de lugares adjacentes, da correspondência e de outros meios de comunicação privada, dos dados pessoais informatizáveis, dos lazeres, dos rendimentos patrimoniais e de demais elementos privados da atividade profissional e económica, bem como (...) a própria reserva sobre a individualidade privada do homem no seu ser para si mesmo, v.g. sobre o seu direito a estar só e sobre os



considerem que “a previsão do nº1 do artigo 35º diz respeito mais propriamente ao bem da identidade da pessoa”⁷³. Significa isto que, embora sublinhando a vertente da identidade, os autores não deixam – como nos parece que não devem deixar de fazer – de reconduzir para o cerne da proteção de dados a privacidade. É claro que esta não se mostra apta a explicar, por si só, a proteção de

caracteres de acesso privado do seu corpo, da sua saúde, da sua sensibilidade e da sua estrutura intelectual e volitiva”.

O autor adere à teoria das três esferas, a propósito da privacidade. Para um olhar crítico, cf. Alexandre de Sousa PINHEIRO, *Privacy e proteção de dados pessoais*, 477 s.

Sobre a privacidade, enquanto objeto de um direito de personalidade, cf. ainda Paulo Mota PINTO, “Direito à reserva sobre a intimidade da vida privada”, *Boletim da Faculdade de Direito*, 69, 1993, 479 s. O autor refere que, no quadro da privacidade, se incluem, então, aspetos como a identidade, dados pessoais, como a filiação, residência, o número de telefone, o estado de saúde, a vida conjugal, afetiva, os afetos, os ódios, os projetos de casamento, de divórcio, a vida do lar, o passado de uma pessoa, a sua situação financeira, as heranças que recebeu, os prémios de jogos que ganhou, os passatempos, os dias e locais de férias, as deformações físicas, os hábitos sexuais, entre muitos outros. No que tange às possíveis formas de violação do direito à privacidade, Paulo Mota Pinto fala-nos da entrada dos outro no domínio particular, a consubstanciar situações de violação do direito por intrusão (captação de fotografias e de filmes, gravações de voz, violação do domicílio, violação do segredo de correspondência ou telecomunicações, *vouyerismo*, casos de perseguição de outras pessoas), e das hipóteses de divulgação e revelação de dados da privacidade de outrem (relatos verbais, artigos de jornal ou revista difusão televisiva, comercialização de fotografias, publicação de um livro. Cf., ainda, A. Pinto MONTEIRO, Paulo Mota PINTO, Mafalda Miranda BARBOSA, “A teoria geral do direito civil nos cem anos do Boletim da Faculdade de Direito”, *Boletim da Faculdade de Direito (volume comemorativo do centenário do BFD)*, 91, 2015, 379-422, analisando este estudo do autor.

⁷³ R. Capelo de SOUSA, *O direito geral de personalidade*, 322, n.812.



dados. O direito à proteção de dados ultrapassa o direito à privacidade, quanto ao seu âmbito de relevância⁷⁴. E não é só a finalidade da consagração constitucional do direito – e posterior disciplina normativa instituída pelo legislador ordinário – que no-lo permitem afirmar, mas, igualmente, a percepção de que, em face da amplitude da noção de dados pessoais com que somos confrontados, podemos lidar com elementos que não se integram no núcleo estrito da privacidade, antes dizendo respeito ao conteúdo de outros direitos⁷⁵.

⁷⁴ Cf., a este propósito, Ac. STJ 16 de Outubro de 2014 (679/05.TAEVR.E2.S1) Repare-se, a este nível, que, se ao abrigo da lei de proteção de dados os dados relativos à vida privada eram considerados dados sensíveis, tal deixa de ocorrer no quadro do regulamento europeu.

⁷⁵ Neste sentido, cf. Alexandre de Sousa PINHEIRO, *Privacy e proteção de dados pessoais*, 487, considerando que a proteção de dados se refere a qualquer informação relativa ao titular e que, por isso, tem autonomia em relação à proteção da vida privada e à privacidade.

Para uma consideração da ligação entre a privacidade e a proteção de dados, à época do surgimento da *Datenschutz*, na Alemanha, cf. Alexandre de Sousa PINHEIRO, *Privacy e proteção de dados pessoais*, 425. Refira-se, ainda, a comparação que o autor faz entre a *Datenschutz* e a *informational privacy*, que, correspondendo tendencialmente uma com a outra, não se relacionam em termos de pura identidade, já que há mais direitos associados à proteção de dados no caso europeu do que os aspetos informacionais contemplados pela legislação americana. Com isto, o autor acaba por negar a perfeita ligação entre a privacidade e a proteção de dados.

Cf., igualmente, na obra citada pág. 771 s., distinguindo o direito à vida privada do direito à proteção de dados, evidenciando que a reserva que é definida por lei se estende a todos os dados individualizáveis e não apenas aos dados sensíveis. Note-se, ademais, que a proteção de dados não esgota, atento o seu âmbito de relevância específico, a tutela que é dirigida aos direitos de personalidade nela envolvidos, designadamente a privacidade. Atente-se a este propósito na não



A proteção de dados pessoais afigura-se fundamental a diversos níveis. Em primeiro lugar, ela é vital para salvaguarda da identidade do sujeito, já que a divulgação de dados pessoais pode levar a que outros se apropriem daquela ou que haja dela uma deturpação, levando a que a pessoa seja confundida com outra ou que seja desvirtuada a verdade pessoal do sujeito; em segundo lugar, torna-se essencial para garantir que não se divulgam determinados elementos que, dizendo respeito ao sujeito, podem ser motivo de discriminação, sendo por isso determinante para a defesa da igualdade⁷⁶.; em terceiro lugar, ela é fulcral para a defesa da

aplicação do regime aos casos de recolha de dados pessoais para fins domésticos. Além disso, não está em causa a proteção de dados, quando seja o titular dos direitos de personalidade a divulgar os seus próprios dados pessoais – v.g. o problema das redes sociais. Sobre o ponto, cf. Alexandre de Sousa PINHEIRO, *Privacy e proteção de dados pessoais*, 814, considerando que aos dados que os utilizadores colocam numa rede social podem não se aplicar as regras de proteção de dados sobre o registo ou a autorização de tratamentos junto da entidade competente e sustentando que a qualidade de responsável pelo tratamento não pode ser alargado ao utilizador. O que não significa, obviamente, que as regras do regulamento não se apliquem às entidades que gerem os servidores onde estão alojadas as páginas pessoais dos sujeitos.

⁷⁶ Cf. Jorge MIRANDA/Rui de MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, tomo I, Coimbra Editora, Coimbra, 2005380. Sobre os dados ditos sensíveis, a que a Constituição se refere no artigo 35º/3, consideram Jorge Miranda e Rui de Medeiros que são “os elementos de informação cujo tratamento informático, além de poder contender com a privacidade do sujeito, pode vir a dar origem a tratamentos desiguais ou discriminatórios” – cf. Jorge MIRANDA/Rui de MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, 386.

Sobre os dados sensíveis, para uma outra visão do problema, cf. Alexandre de Sousa PINHEIRO, *Privacy e proteção de dados pessoais*, 487 s. e Spiros SIMITIS, “Sensitive datenzur Geschichte und Wirkung einer Fiktion”, *Festschrift zum 65. Geburtstag von M. Pedrazzini* (E. Bem/J. Nicolas Druey/Ernest A. Kramer/ Ivo



privacidade do sujeito, bem como para outros direitos de personalidade como a honra. Isto significa que a proteção de dados não tem como objeto último um direito de personalidade, mas vários direitos de personalidade do titular dos dados. E, por outro lado, significa que, e fazendo apelo a uma classificação jus-subjetiva muito cara ao constitucionalismo, estamos diante de um direito-garantia, uma guarda-avançada de certas posições jurídicas ativas.

Isto mesmo é perceptível se pensarmos no problema do ponto do prisma da violação do direito. Entre nós, e porque a responsabilidade civil extracontratual se alicerça no modelo de Ihering, uma pretensão indemnizatória terá de, em princípio, fundar-se na violação de direitos absolutos ou na lesão de disposições legais de proteção de interesses alheios. Ora, deixando de lado a possibilidade de olharmos para algumas normas do regulamento europeu sobre proteção de dados como disposições daquele jaez⁷⁷, como já foi referido, haveria que identificar o direito absoluto violado. Se A recolher dados pessoais de B e, em preterição das regras de cuidado, permitir que C, com intenções malévolas, tenha a eles acesso, divulgando factos relativos à vida privada daquele, o problema que se terá de colocar é o de saber se, pese embora o comportamento do terceiro, a lesão do direito à

Schwander, ed.), Stämpfli & Cie. AG., 1990, 469 s., também citado por Alexandre Sousa Pinheiro, considerando que não há dados pessoais inofensivos e que, por isso, não faz grande sentido a autonomização dos dados sensíveis, já que tudo depende do contexto global do tratamento que deles é feito.

Veja-se, igualmente, Anne Cammmillieri SUBRENAT/Claire Levallois-BARTH, *Sensitive data protection in the European Union*, Bruylant, Bruxelles, 2007

⁷⁷ Mesmo olhando para essas normas, e portanto situando-nos na segunda modalidade de ilicitude delitual, seria importante a consideração dos interesses tutelados ao nível da proteção de dados, para efeitos de imputação.



privacidade pode ou não ser imputado a A. Do mesmo modo, se C tiver acesso a dados de identificação civil e fiscal de B e com isso se fizer passar por ele, causando-lhe sérios prejuízos, porque A violou determinadas regras de segurança no tratamento dos dados, o problema que teremos em mãos é o da recondução da lesão do direito à identidade ao comportamento de A. Finalmente, se A recolher ilicitamente dados sensíveis relativos a B e os transmitir a C que, fazendo uso deles, discrimina B num procedimento concursal, a questão que se terá de colocar é se a violação do direito à igualdade pode ou não ser imputada ao comportamento de A. Na verdade, não é possível dar uma resposta ao problema delitual se nos predicarmos exclusivamente na violação do direito à proteção os dados pessoais, porque, sendo circunscritos os sujeitos passivos das normas legais na matéria, tornar-se-ia impossível, por um lado, responsabilizar os terceiros com que nos confrontamos, e, por outro lado, encontrar um conteúdo útil para o direito que nos permitisse resolver o problema do preenchimento da responsabilidade, se ignorássemos os direitos de personalidade especiais preteridos. Ao mesmo tempo, se quiséssemos olhar para os referidos direitos, então teríamos de nos orientar pela própria fundamentação do direito, o que vem mostrar que a ilicitude se desvela, afinal, na lesão daqueles⁷⁸.

⁷⁸ O argumento avançado em texto leva pressuposto o problema da imputação objetiva e a cisão entre a causalidade fundamentadora da responsabilidade e a causalidade preenchedora da responsabilidade. sobre o ponto, cf. Mafalda Miranda BARBOSA, *Do nexo de causalidade ao nexo de imputação. Contributo para a compreensão da natureza binária e personalística do requisito causal ao nível da responsabilidade civil extracontratual*, Princípiã, 2013.

A este propósito uma última nota: se fundamentamente virmos em algumas normas do regulamento europeu disposições legais de proteção de interesses alheios,



Se se conclui fundamentamente que no âmbito de proteção dos dados pessoais se inclui a incolumidade dos diversos direitos que foram sendo referidos, outras situações podem-se afigurar mais problemáticas. Pense-se no caso em que A tem acesso aos dados pessoais de B, conseguindo, por meio deles, ter acesso à sua geolocalização, com o que encontra uma forma de lesar a sua integridade física. A questão que deve ser colocada – para se aferir da possível imputação daquela lesão ao *controller* – é, para além de se determinar se foram ou não violados determinados deveres por parte deste, aptos a alicerçar a convolação de uma primitiva esfera de *responsabilidade pelo outro* numa *responsabilidade perante o outro*, a de saber se esses deveres – predispostos à proteção dos dados – integram no seu âmbito de tutela a salvaguarda do direito à integridade física. No fundo, o mesmo é questionar se o direito à integridade física está ou não na base do direito à proteção de dados. Ora, parece-nos que a resposta não pode ser senão em sentido negativo, sob pena de o direito à proteção de dados se convolar num conceito voraz que tudo abarca. Mas o direito à segurança pessoal, enquanto elemento da personalidade, integrante do direito geral de personalidade, pode já ser considerado a este nível, viabilizando-se a imputação.

isso não vai alterar o nosso raciocínio, embora possa alterar os termos da ponderação. Na verdade, ainda nesse caso, teremos de ter em atenção os interesses tutelados que, em última instância, se identificam com os direitos de personalidade referidos.

A vantagem de recorrer à segunda modalidade de ilicitude passa por se poder alargar o leque de interesses tutelados, podendo-se proteger aqueles que não correspondem à atribuição de uma posição dotada de eficácia *erga omnes*.



b) Os deveres que oneram o controller

Não basta para que o *controller* possa ser responsabilizado por um comportamento de um terceiro que viole dados. Importa que haja, da sua parte, violação de determinados deveres em relação a eles. Sem isso não se desenha uma esfera de imputação à qual possa ser reconduzida a lesão.

A este nível há a considerar que o *controller* (bem como, aliás, o *processor*) deve adotar as medidas que correspondam um nível de segurança adequado, tendo em conta diversos fatores, quais sejam as técnicas disponíveis e mais avançadas, os custos de aplicação, os riscos envolvidos e a natureza dos dados.

Note-se que, para a aferição dos referidos riscos, deve ser feita uma avaliação de impacto da proteção de dados, sendo os resultados relevantes para a eleição das medidas a tomar. Se fundamente se concluir que o tratamento apresenta um elevado risco que não pode ser contornado por medidas adequadas, será necessário proceder à consulta da comissão nacional de proteção de dados antes de se proceder ao referido tratamento⁷⁹.

Esta autoridade de controlo deve ser notificada num determinado prazo depois de o responsável se ter percebido de que ocorreu uma violação de dados. Deve também informar o titular dos dados acerca dessa violação, de modo a que o mesmo possa tomar as providências adequadas.

⁷⁹ Cf. considerandos 83 s. RGPD.



Significa isto que a violação de qualquer destes deveres faz atualizar uma esfera de risco, convolvendo-a numa esfera de responsabilidade no sentido da *liability*, viabilizando a imputação⁸⁰.

⁸⁰ Há outras situações que, escapando ao traçado genérico do Regulamento, não deixam de ser relevantes, merecendo ponderação. Tomemos como exemplo uma aplicação que é disponibilizada pela empresa X através de uma plataforma de fornecimento de conteúdos digitais, vulgo designadas aplicações. Sendo certo que a referida plataforma (ou quem a detém) deve ser vista como um *controller* em relação aos dados que recolhe para finalidades pré-determinadas, ela não é responsável pelo tratamento dos dados que sejam solicitados e recolhidos por cada uma das aplicações que possam ser descarregadas para dispositivos móveis. Simplesmente, uma vez alertada para o facto, poderá vir a ser responsabilizada se omitir qualquer ação apta a bloquear a aplicação ou evitar a sua disponibilização.

A este propósito, cf. a lei das comunicações eletrónicas, embora não aplicável à proteção de dados.

A Lei nº7/2004 estabelece a disciplina da responsabilidade dos prestadores de serviços em rede e dos prestadores intermediários, considerando que se aplica o regime comum. Já no que respeita aos prestadores intermédios de serviço em rede dispõe o artigo 12º que eles não estão sujeitos a uma obrigação geral de vigilância sobre as informações que transmitem ou armazenam ou de investigação de eventuais ilícitos praticados no seu âmbito. Mas têm de cumprir uma série de obrigações constantes no artigo 13º, nas condições ali previstas. Também o artigo 14º estabelece que “o prestador intermediário de serviços que prossiga apenas a atividade de transmissão de informações em rede, ou de facultar o acesso a uma rede de comunicações, sem estar na origem da transmissão nem ter intervenção no conteúdo das mensagens transmitidas nem na seleção destas ou dos destinatários, é isento de toda a responsabilidade pelas informações transmitidas”, e o artigo 15º dispõe que “o prestador intermediário de serviços de transmissão de comunicações em rede que não tenha intervenção no conteúdo das mensagens transmitidas nem na seleção destas ou dos destinatários e respeite as condições de acesso à informação é isento de toda a responsabilidade pela armazenagem temporária e automática, exclusivamente



c) Acerca da responsabilidade do controller pelo ato de um terceiro: conclusão

Ainda que o terceiro não esteja, em concreto, vinculado pelos deveres impostos pelos diversos preceitos do regulamento geral de proteção de dados, sempre haveremos que afirmar que ele pode ser responsabilizado, no quadro da responsabilidade extracontratual, por violação de direitos de natureza absoluta.

Por seu turno, a determinação do direito concretamente lesado torna-se essencial quer para fundamentar a responsabilidade no tocante ao terceiro, quer para, tendo em conta os deveres preteridos pelo *controller*, perceber até que ponto a lesão sofrida lhe pode ou não ser imputada.

para tornar mais eficaz e económica a transmissão posterior a nova solicitação de destinatários do serviço”. Mas, haverá responsabilidade “se chegar ao conhecimento do prestador que a informação foi retirada da fonte originária ou o acesso tornado impossível ou ainda que um tribunal ou entidade administrativa com competência sobre o prestador que está na origem da informação ordenou essa remoção ou impossibilidade de acesso com exequibilidade imediata e o prestador não a retirar ou impossibilitar imediatamente o acesso”. Por seu turno, o artigo 16º/1 estabelece que “o prestador intermediário do serviço de armazenagem em servidor só é responsável, nos termos comuns, pela informação que armazena se tiver conhecimento de atividade ou informação cuja ilicitude for manifesta e não retirar ou impossibilitar logo o acesso a essa informação”.



4. Conclusão

O Regulamento Geral de Proteção de Dados lida com o conceito de responsabilidade civil em duas aceções, no sentido da controlabilidade e no sentido da responsabilidade civil. Mas, embora se possam encontrar linhas de continuidade entre ambas as aceções, elas não se confundem. Para o perceber basta constatar que existem outras vias de responsabilização do sujeito para além da concreta violação da posição de *controller*.

Mafalda Miranda Barbosa



REVISTA DE DIREITO COMERCIAL

www.revistadedireitocomercial.com
2018-03-15