

UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

Da Responsabilidade do Subcontratante no Âmbito do RGPD

Tomás Taipa Moreira Guedes de Figueiredo

Faculdade de Direito | Escola do

Porto 2019

UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

**Da Responsabilidade do Subcontratante no
Âmbito do RGPD**

Dissertação de Mestrado em Direito das Empresas e dos Negócios

Sob orientação do Professor Doutor António Agostinho Guedes

Faculdade de Direito | Escola do

Porto 2019

Aos meus pais e à minha irmã,

À Catarina,

Aos meus amigos.

"Evolution forged the entirety of sentient life on this planet using only one tool:
the mistake."

— Jonathan Nolan *in* Westworld: The Shooting Script

Agradecimentos

Ao Professor Agostinho Guedes, agradeço a sua ajuda e disponibilidade constantes, as dicas que transmitiu ao longo das nossas reuniões, a sugestão de diversas referências bibliográficas essenciais para o desenvolvimento deste trabalho e todo o apoio prestado até à conclusão da minha tese. Foi a pessoa que mais contribuiu para o trabalho que se irá analisar de seguida e, por isso, quero deixar, nesta sede, o meu muito obrigado.

À Doutora Isabel Seabra, pela amabilidade com que me recebeu desde o primeiro dia, transmitindo-me conhecimentos que consubstanciaram o esqueleto do meu trabalho. Sem ela não teria tido a mesma eficiência nem, tão pouco, a mesma coordenação no arranjo dos temas e problemas em discussão.

À Catarina, por cada dia. Por me dar a mão e acreditar sempre em mim. Pela paciência e compreensão desde o início desta etapa, deixo-lhe a minha maior gratidão.

Por fim, quero deixar um louvor especial aos meus pais. Eles contribuíram de uma forma que mais ninguém o poderia ter feito. Ser-lhes-ei eternamente agradecido. Tudo aquilo que alcancei até aqui, a eles devo e, por isso, a eles dedico este trabalho.

Resumo

A presente dissertação terá como principal objetivo proceder à qualificação do contrato do *processor*. Como analisáremos mais adiante, a qualificação dos contratos não ocupa relevância num plano meramente teórico, constituindo um passo necessário para que seja possível, com rigor, averiguar qual as normas que devem ser aplicáveis em caso de incumprimento contratual. Assim, surgiu o interesse de explorar qual a tipologia contratual que rege a relação entre *controller* e *processor*, uma vez que o RGPD se revela omissivo nesta matéria.

Desta forma, estando a proteção de dados na ordem do dia, optamos por focar o tema desta dissertação na figura do *processor*. Apesar de o RGPD ter depositado, em relação à anterior diretiva, maior atenção a esta figura, a possibilidade de agora ser responsabilizado diretamente perante o titular dos dados, despoletou a vontade de clarificar a natureza contratual do mesmo e respetivo regime obrigacional.

Palavras-Chave: Responsável pelo Tratamento, Subcontratante, Qualificação, Dados Pessoais, Empreitada, Mandato, Prestação de Serviços, Responsabilidade

Abstract

The present dissertation will have as main objective to qualify the contract of the processor. As we will analyze below, the qualification of the contracts is not of a purely theoretical nature and constitutes a necessary step in order to be able to rigorously ascertain which rules should apply in the event of a breach of contract. Thus, the interest of exploring the contractual typology governing the relationship between controller and processor arose, since the RGPD turns out to be lacking in this matter.

In this way, since data protection is the order of the day, we chose to focus the theme of this dissertation on the figure of the processor. Although the RGPD has placed greater emphasis on this figure in relation to the previous directive, the possibility of now being directly liable to the data subject has triggered the desire to clarify the contractual nature of the same and its obligatory regime.

Key-words: Controller, Processor, Qualification, Personal Data, Contract to Produce Work, Contract of Mandate, Service Agreement, Liability

Lista de Siglas e Abreviaturas

Ac. – Acórdão;

Al. – Alínea;

Art. – Artigo;

Arts. – Artigos;

CC – Código Civil;

DL – Decreto-lei;

GT29- Grupo de Trabalho do Artigo 29

Nº – Número;

SS. - Seguintes

Ob.Cit.- Obra Citada

P. – Página;

RGPD – Regulamento Geral de Proteção de Dados

Vs. - Versus

Vol. – Volume.

Modo de citar

Cada obra é citada, pela primeira vez, de forma completa e igual à que consta da secção “bibliografia citada”. As posteriores citações que remetam para a mesma obra conterão somente os elementos mínimos necessariamente úteis.

As abreviaturas que não contenham qualquer indicação em “Lista de Siglas e Abreviaturas” são aquelas que, por força do uso, dispensam qualquer explicação.

Índice

1. Introdução	1
2. Traços caracterizadores do RGPD e breve análise face à legislação anterior	3
3. O <i>controller</i> e o <i>processor</i> – Enquadramento concetual	9
4. Das Obrigações do Processor no quadro do RGPD	13
5. O conteúdo mínimo do contrato entre Controller e Processor	15
6. Do Subcontrato em geral	17
7. A Qualificação do Contrato do Processor	19
7.1. A Qualificação dos contratos	
7.2. O Contrato de Empreitada- Noção e Elementos caracterizadores	21
7.3. O Contrato de Mandato - Noção e Elementos caracterizadores	24
7.4. Empreitada vs Prestação de Serviços	25
7.5. Mandato vs Prestação de Serviços	27
7.6. O Contrato de Prestação de Serviços Inominado	27
7.7. Das semelhanças e diferenças da Empreitada e do Mandato face ao contrato do <i>processor</i>	29
7.8. Os Contratos Atípicos Puros e Mistos	32
8. A Responsabilidade do Processor perante o Titular dos Dados	34
9. A Responsabilidade Obrigacional do Processor	36
9.1. O cumprimento defeituoso	36
9.2. A mora do devedor	37
9.3. Impossibilidade de cumprimento imputável ao devedor	38
10. Conclusão	41
11. Bibliografia	43

1. Introdução

A proteção de dados adquire hoje uma pertinência esmagadora sobre a generalidade das áreas quotidianas, acompanhando, não só os desenvolvimentos tecnológicos, como os processos de socialização eletrónica¹.

O Regulamento (UE) 2016/679 relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação dos mesmos (Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados - RGPD) foi publicado em abril de 2016 e entrou em vigor em maio de 2018. Pretende uniformizar, de forma a garantir, não só um tratamento igual dos cidadãos, mas também o fluxo de dados dentro da União Europeia, eliminando entraves à sua circulação.

As elevadas expectativas no Regulamento estão patentes no discurso de Andrus Asip: "Today's agreement is a major step towards a Digital Single Market. It will remove barriers and unlock opportunities.(...)With solid common standards for data protection, people can be sure they are in control of their personal information.(...)Today's agreement builds a strong basis to help Europe develop innovative digital services.(...)So let us move ahead and build an open and thriving data economy in the EU – based on the highest data protection standards and without unjustified barriers." ²

Apesar do otimismo europeu relativamente a este diploma, uma análise cuidada ao mesmo revela falta de clareza sobre aspetos das principais figuras a que este se aplica: os responsáveis pelo tratamento dos dados (*controllers*) e os subcontratantes (*processors*). O papel das entidades de supervisão foi drasticamente reduzido e conseqüentemente verificou-se um acréscimo de deveres e obrigações por parte do *controller* e do *processor* no cumprimento das disposições do regulamento.

¹ Alexandre Sousa Pinheiro, *Privacy e Protecção de Dados Pessoais: A Construção Dogmática do Direito à Identidade Informacional*, AAFDL, 2015, p.106.

² Atualmente ocupa o cargo de Vice-Presidente da Comissão Europeia e é Comissário Europeu com a pasta do Mercado Único Digital.

O RGPD coloca o ónus da proteção dos dados nas entidades que armazenam, e tratam informações que permitem identificar univocamente um determinado indivíduo. Desta forma, torna-se imprescindível saber se a responsabilidade reside na atuação do *controller*, ou se por seu turno poderá ser imputada ao *processor*, uma vez que o regime sancionatório previsto é extremamente exigente. Estão previstas coimas que, no caso de violações de menor gravidade, poderão atingir €10 milhões ou 2% do volume mundial de negócios do grupo onde a empresa se insere e nos casos mais graves podem ascender a €20 milhões ou 4% do volume de negócios mundial.

Neste trabalho, pretendemos, então, clarificar qual a concreta modalidade subcontratual na relação entre o *controller* e o *processor*, bem como a natureza da responsabilidade deste último e as situações em que se poderá verificar. Assim, iremos primeiramente realizar um enquadramento conceptual da figura do *controller* e do *processor*.

Delimitado, em traços gerais, o papel de ambos, averiguaremos qual o conjunto de obrigações a que o *processor* está adstrito e qual o conteúdo mínimo que deverá constar no contrato entre este e o *controller*. A partir daqui o nosso objetivo será o de qualificar o contrato realizado entre ambos, de forma a averiguar se, em matéria de responsabilidade, serão de aplicar as regras especiais relativas a um ou mais dos tipos contratuais previstos no CC, ou se, por seu turno, se deverão aplicar as regras gerais.

Por último, esclarecemos que ao longo de toda a dissertação, o Responsável pelo Tratamento dos Dados e o Subcontratante, serão designados como *Controller* e *Processor*, respetivamente, para efeitos de economização de caracteres.

2. Traços caracterizadores do RGPD e breve análise das diferenças face à legislação anterior

O RGPD fortalece determinados direitos dos titulares dos dados e alguns procedimentos, quando comparado à Lei nº67/98 (que transpôs para a ordem jurídica portuguesa a Diretiva 95/46/CE do Parlamento Europeu). Estas alterações merecem a nossa melhor atenção, considerando que uma análise comparativa com a legislação anteriormente em vigor representa uma mais valia na compreensão das intenções do novo diploma. A nível formal, destaca-se desde logo o facto de adotar a forma de regulamento, o que permite a sua aplicação de forma uniforme e sem necessidade de transposição interna em todos os Estados- Membros da União Europeia transparecendo a intenção de o mesmo, assim, desenvolver regulamentação jurídica global europeia existente em matéria de proteção de dados.

No que ao âmbito de aplicação territorial diz respeito, o mesmo apresenta um notório alargamento quando comparado ao da anterior Diretiva. Enquanto esta exigia um elemento físico de conexão à UE, o Regulamento introduz a vinculação de qualquer empresa, em qualquer parte do mundo (*“independentemente de o tratamento ocorrer dentro ou fora da União”* - art.3º/1 RGPD), às regras e princípios europeus de proteção de dados, desde que esta forneça bens ou serviços a residentes na União ou monitorizem o comportamento de residentes da UE, desde que o comportamento tenha lugar no território desta (art.3º/2 b RGPD)

A nível material, são várias as diferenças dignas de apontamento. Assim sendo, nos termos da al. a) do artigo 3º da Lei nº67/98, os dados pessoais eram definidos como “qualquer informação, de qualquer natureza e independentemente do respetivo suporte, incluindo som e imagem, relativa a uma pessoa singular identificada ou identificável (titular dos dados); é 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”. Por seu turno, o art. 4º/1 RGPD define-os como sendo a “informação relativa a uma pessoa singular identificada ou identificável (titular dos dados); é considerada identificável

uma pessoa singular que possa ser identificada, direta ou indiretamente, em especial por referência a um identificador, como por exemplo um nome, um número de identificação, dados de localização, identificadores por via eletrónica”. Estamos, assim, perante uma noção mais abrangente, incluindo agora elementos como os dados de localização ou identificadores por via eletrónica, bem como os elementos da identidade genética.

Relativamente aos princípios que devem reger o processamento dos dados, ambos os diplomas fazem a previsão destes no art. 5º de cada diploma: os princípios clássicos de proteção de dados permanecem intactos, sendo objeto de esclarecimento quanto a algumas particularidades casuísticas da aplicação. Verificando-se uma correspondência quase total, há uma diferença assinalável: o RGPD prevê na al. f) do art. 5º o princípio da integridade e confidencialidade, que implica que os dados sejam tratados com segurança, estando protegidos de tratamento não autorizado ou ilícito e contra a sua perda, destruição ou danificação acidental.

Este reforço da segurança, embora constituísse um mecanismo já presente na Diretiva, é agora consagrado como princípio, dado o papel central que assume. Tal reflete-se, desde logo, na ampliação de deveres do *controller* e do *processor*, que passam a estar vinculados a medidas técnicas e organizativas, assegurando 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 (art.25º RGPD).

O *controller* procede a esse tratamento internamente, ou pode delega-lo a um *processor*, mas apenas se este último demonstrar “garantias suficientes de execução de medidas técnicas e organizativas adequadas de uma forma que o tratamento satisfaça os requisitos do presente regulamento e assegure a defesa dos direitos do titular dos dados (art. 28º/1 RGPD). Na vigência da Diretiva, somente o

controller estava adstrito a toda e qualquer responsabilidade pelos danos sofridos pelo titular dos dados, não existindo nenhuma disposição que possibilitasse a responsabilização direta do *processor*. Em sentido diverso, na vigência do RGPD, o titular dos dados pode exercer os seus direitos em relação a qualquer um dos responsáveis pelo tratamento. Diz-nos o considerando 146 que o responsável pelo tratamento ou o subcontratante deverão reparar quaisquer danos de que alguém possa ser vítima devido a um tratamento que viole o regulamento, sendo que o *controller* ou o *processor* pode ser exonerado da responsabilidade se provar que o facto que causou o dano não lhe é de modo algum imputável. O considerando termina, postulando que “qualquer responsável pelo tratamento ou subcontratante que tenha pago uma indemnização integral, pode posteriormente intentar uma ação de regresso contra outros responsáveis pelo tratamento ou subcontratantes envolvidos no mesmo tratamento”

No âmbito do consentimento para o tratamento dos dados, existem também algumas novidades dignas de destaque, uma vez que se trata, como resulta do disposto no art. 6.º/1 a) RGPD, da principal causa de legitimidade e de licitude do tratamento de dados pessoais, passando este a ter de obedecer a critérios de obtenção mais exigentes.

O consentimento tem que ser livre e esclarecido (art.4º/11 RGPD), mas também orientado para as finalidades a que se propõe (art.12º RGPD). Além disso, o consentimento tácito, prestado através de silêncio ou omissão deixa de ter validade (Considerando (32) RGPD). Desta forma, sempre que o tratamento se realizar com base no consentimento do titular dos dados, o responsável pelo tratamento deverá poder demonstrar que o titular deu o seu consentimento à operação de tratamento dos dados (art.7º/3 RGPD). Em especial, no contexto de uma declaração escrita relativa a outra matéria, devem existir as devidas garantias de que o titular dos dados está totalmente consciente do consentimento dado e respetivo alcance. Sobre isto, diz-nos o Considerando (42) do RDPD que para que o consentimento seja dado com conhecimento de causa, o titular dos dados deverá conhecer, pelo menos, a identidade do responsável pelo tratamento e as finalidades a que o tratamento se destina. Não se deverá considerar que o consentimento foi

dado de livre vontade se o titular dos dados não dispuser de uma escolha verdadeira ou livre ou não puder recusar nem retirar o consentimento sem ser prejudicado.

O considerando (43) acrescenta que, para que o consentimento seja efetivamente dado de livre vontade, este não deve constituir fundamento jurídico válido para o tratamento de dados pessoais em casos específicos em que exista um desequilíbrio manifesto entre o titular dos dados e o responsável pelo seu tratamento, “nomeadamente quando o responsável pelo tratamento é uma autoridade pública pelo que é improvável que o consentimento tenha sido dado de livre vontade em todas as circunstâncias associadas à situação específica em causa.” Assim, quando não for possível dar o consentimento separadamente para as diferentes operações de tratamento de dados pessoais, presumir-se-á que o consentimento não foi prestado de livre vontade. MENEZES CORDEIRO³ condena a natureza pouca esclarecedora que resulta da leitura do considerando em questão. Por um lado, estatui que, havendo desequilíbrio das posições, o consentimento não deverá constituir um fundamento jurídico válido. Todavia, o exemplo das autoridades públicas é acompanhado da seguinte frase: “é improvável que o consentimento tenha sido dado de livre vontade”. Conclui assim que “se a primeira parte aponta para uma evidência absoluta, já a segunda para uma mera improbabilidade.”

O art.º 7º/3 RGPD apresenta-se também como uma novidade relativamente à anterior diretiva. Este, vem prever expressamente a possibilidade de o consentimento ser revogado, enquanto que, anteriormente, o mesmo apenas era previsto de forma implícita⁴, resultado do disposto na legislação nacional, mais concretamente do art.º 81/2 CC⁵.

Embora a revogação do consentimento não produza efeitos retroativos, o responsável pelo tratamento está obrigado a apagar os dados detidos logo que o direito seja exercido, de acordo com o art. 17.º/1, b) RGPD. Não será assim se o tratamento tiver um outro fundamento jurídico, segundo o art. 6.º RGPD.

³ A. Barreto Menezes Cordeiro, *O Consentimento do Titular dos Dados no RGPD*, 2018, p.14.

⁴ A. Barreto Menezes Cordeiro, *O Consentimento do Titular dos Dados no RGPD*, 2018, p.25.

⁵ De acordo com o preceito, “*A limitação voluntária, quando legal, é sempre revogável, ainda que com obrigação de indemnizar os prejuízos causados às legítimas expectativas da outra parte*”.

Outro dos aspetos com carácter inédito do RGPD é a previsão, no seu art. 35º, da Avaliação de Impacto sobre a Proteção de Dados Pessoais. Esta prática, de índole preventiva, era já utilizada nos países de matriz anglo-saxónica, sendo designada como *Privacy Impact Assessment (PIA)*. O Grupo de Trabalho do Artigo 29 define-a como um processo concebido para descrever o tratamento, avaliar a necessidade e proporcionalidade desse tratamento e ajudar a gerir os riscos para os direitos e liberdades das pessoas singulares, resultantes do tratamento dos dados pessoais, avaliando-os e determinando as medidas necessárias para fazer face a esses riscos⁶. Da leitura do nº11 do art.35º RGPD, retira-se que esta avaliação se pode entender como um projeto sobre o procedimento de tratamento dos dados pessoais uma vez que o *processor* pode efetuar um estudo prévio sobre estas operações com o objetivo de verificar se os mesmos estão em conformidade com o resultado obtido na avaliação de impacto realizada antes do início destas operações.

Esta avaliação representa um papel de enorme impacto nas entidades responsáveis pelo tratamento. De acordo com o expresso no art. 83º RGPD, a não realização da avaliação de impacto (quando for necessária, a não conformidade com os requisitos de uma avaliação de impacto e a realização de forma incorreta de uma avaliação de impacto pode resultar na imposição de coimas pela autoridade de controlo competente, encontrando-se classificada como uma infração punível com coima até 10 milhões de euros ou, no caso de uma empresa, até 2 % do seu volume de negócios anual a nível mundial correspondente ao exercício financeiro anterior, consoante o montante que for mais elevado.

Ao nível relações jurídicas entre o *controller* e a entidade responsável pelo cumprimento da regulamentação legal surge pela primeira vez a figura do encarregado da proteção de dados (*Data Protection Officer*). O papel e funções deste encontram-se expressos nos arts. 37.º e ss RGPD, traduzindo-se na entidade responsável pela proteção, gestão e tratamento dos dados de uma empresa ou organização, assumindo como principais tarefa as elencadas no n.º1 do art.39.º do

⁶ Data Protection Working Party, “*Guidelines on Data Protection Impact Assessment (DPIA) and determining whether processing is “likely to result in a high risk” for the purposes of Regulation 2016/679*”, 7-abr-2017, p.4

RGPD (nomeadamente informar e aconselhar o *processor*, cooperar com a autoridade e funcionar com a última como ponto de contacto sobre aspetos legais e práticos ligados a estas operações). No entender de LUÍS PICA ⁷ trata-se de uma figura híbrida pois, por um lado, surge no organograma da entidade responsável pelo tratamento e, por outro, as suas funções assemelham-se como intermediária e um “agente” da Comissão Nacional de Proteção de Dados, no cumprimento das normas jurídicas aprovadas no RGPD. Em convergência com esta ideia, diz-nos o n.º3 do art. 38 do RGPD que o responsável pelo tratamento e o subcontratante asseguram que o encarregado da proteção de dados não recebe instruções relativamente ao exercício das suas funções, não podendo ser destituído, nem penalizado pelo responsável pelo tratamento ou pelo subcontratante, pelo facto de exercer as suas funções. O encarregado da proteção de dados informa diretamente a direção ao mais alto nível do responsável pelo tratamento ou do subcontratante.

Por fim, mas ainda demonstrando o intuito altamente preventivo do regulamento, destaque para o facto de que foram mantidas as linhas gerais já anteriormente previstas para os códigos de conduta, mas surge uma nova forma de autorregulamentação – as certificações e os selos. Neste sentido, diz-nos o n.º1 do artigo 42 RGPD que os Estados-Membros, as autoridades de controlo, o Comité e a Comissão promovem a criação de procedimentos de certificação em matéria de proteção de dados, bem como selos e marcas de proteção de dados, com a finalidade de comprovar a conformidade das operações de tratamento do *controller* e do *processor* com o presente regulamento.

Consustanciam um mecanismo demonstrativo do adequado cumprimento do RGPD, por parte dos *controllers*, fornecendo garantias apropriadas para as transferências internacionais de dados, tendo em conta as especificidades dos diversos setores de tratamento e âmbitos sectoriais. As certificações têm carácter voluntário, estando na esfera de disponibilidade do responsável a faculdade de decidir se quer ou não publicitar as mesmas (art. 42º/3 RGPD). Têm carácter temporário (art. 42º/7 RGPD), podendo ser renovadas se as condições iniciais que permitiram a certificação se mantiverem, ou retiradas, caso os requisitos da

⁷ Luís Pica, *As Avaliações de Impacto, O Encarregado de Dados Pessoais e a Certificação no Novo Regulamento de Proteção de Dados Pessoais*, CiberLaw, Vol.1, N.º5, Março de 2018

certificação deixem de estar reunidos. De forma a garantir uma publicidade eficaz, o Comité recolhe todos os procedimentos de certificação e todos os selos e marcas de proteção de dados aprovados num registo e disponibiliza-os ao público através de meios adequados.

3. O *Controller* e o *Processor* – Enquadramento conceptual

A diferenciação organizacional no sector público e no sector privado, aliada à globalização do tratamento de dados, aumentam a complexidade dos mecanismos de tratamento de dados, exigindo uma clarificação de conceitos, a fim de assegurar uma aplicação efetiva do regulamento.

Estas definições foram primeiramente tratadas nas negociações relativas ao projeto de proposta da diretiva, no início da década de 90, sendo o conceito de responsável pelo tratamento retirado da Convenção n.º 108 do Conselho da Europa, adotada em 1981. Assim sendo, tal como em legislação europeia anterior, o RGPD confronta-nos com a figura do responsável do tratamento dos dados e do subcontratante. A definição de ambas, como demonstraremos posteriormente, representa um papel crucial, não só na compreensão dos seus deveres e funções, mas também no momento da atribuição de responsabilidade, quando exista violação de normas do regulamento ou outra disposição legal.⁸

De acordo com o art. 4º/7 RGPD e , recorrendo a tripartição do conceito efetuada pelo Grupo de Trabalho do artigo 29⁹, o *controller* é “(I) a pessoa singular ou coletiva, a autoridade pública, a agência ou outro organismo que, (II) individualmente ou em conjunto com outras, (III) 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

⁸ Information Commissioner’s Office, *Data controllers and data processors: what the difference is and what the governance implications are*, *Data Protection Act*, 2014

⁹ O Grupo de Trabalho do Artigo 29 é um grupo de trabalho independente, com carácter consultivo, composto pelas autoridades de proteção de dados dos Estados-Membros, por um representante das autoridades criadas para os organismos comunitários e por um representante da Comissão Europeia.

responsável pelo tratamento ou os critérios específicos aplicáveis à sua nomeação podem ser previstos pelo direito da União ou de um Estado-Membro”¹⁰.

Relativamente ao primeiro elemento, não é relevante a natureza da pessoa, ou seja, pode ser um responsável de direito ou de facto ¹¹. Tratando-se de pessoa coletiva, será ela a responsável pelo tratamento e não o representante, que no seio da primeira, determine as finalidades ou os meios de tratamento. No âmbito do segundo elemento, destaque para o facto de que só será considerado “conjunto”, o tratamento em que exista uma efetiva partilha das finalidades e dos meios, não bastando, por isso, que incida sobre os mesmos dados. Por último, relativamente ao terceiro elemento, o cerne da questão consiste em estabelecer o nível de pormenor com que uma entidade deve determinar as finalidades e os meios para ser considerada responsável pelo tratamento e, consequentemente, qual a margem de manobra que o RGPD concede a um subcontratante.

Assim, o *controller* é a pessoa, singular ou coletiva, que define quais as finalidades e os meios de tratamento de dados. Deste modo, recaem sobre ele reforçados deveres, sendo-lhe imputada a responsabilidade caso haja violação de algum deles. Sobre isto, diz-nos o Grupo de Trabalho do Artigo 29º sobre a Proteção de Dados que o controlo 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 facto. ¹² A verificação, por isso, de um efetivo controlo material, é imprescindível para o preenchimento do conceito, demonstrando a vertente dinâmica do mesmo.

Da análise do RGPD, resulta que todas as disposições que condicionam a licitude do tratamento dos dados, têm como destinatário o *controller*. Daqui se conclui que estamos perante um conceito puramente funcional, que visa à atribuição de responsabilidade.

¹⁰ Data Protection Working Party, *Opinion 1/2010 on the concepts of “controller” and “processor”* (WP 169), 16-fev.-2010, p.7.

¹¹ A. Barreto Menezes Cordeiro, *Da Responsabilidade Civil Por Tratamento de Dados Pessoais*, 2018, p.11.

¹² Data Protection Working Party, *Opinion 1/2010 on the concepts of “controller” and “processor”* (WP 169), 16-fev.-2010, 14 ss.

Uma última característica da definição de *controller* é a sua autonomia. Neste sentido, apesar de fontes jurídicas externas poderem ajudar a identificar o responsável, o conceito deve ser interpretado em harmonia com a legislação sobre proteção de dados.

O *processor* encontra a sua definição no art. 4.º/8 RGPD, cuja existência depende de uma decisão tomada pelo responsável pelo tratamento, que pode escolher entre realizar o tratamento dos dados no seio da sua organização ou delegar a totalidade ou parte das atividades de tratamento a uma organização externa. Estando dotado de autonomia jurídica e fática em relação ao *controller*, procede ao tratamento dos dados por conta deste último. Consequentemente, as finalidades do tratamento não podem por ele ser definidas.

Segundo MENEZES CORDEIRO ¹³, o processor é um mandatário do controller, desempenhando “uma função fiduciária: está obrigado a atuar sempre no melhor interesse do beneficiário da relação – o responsável pelo tratamento.” Sobre isto, diz-nos o *Data Protection Act* que o *processor* está adstrito a funções de caráter mais técnico, dando o exemplo do armazenamento e apagamento dos dados. Deste modo, existe um certo grau de discricionariedade na escolha dos meios que mais se adequam aos interesses do *controller*, o que permite ao *processor* escolher os meios técnicos e organizativos mais apropriados.

Assim, o papel do *processor* não resulta da natureza de uma entidade que procede ao tratamento de dados, mas sim das suas atividades concretas num determinado contexto, isto é, a mesma entidade pode atuar enquanto *controller* pelo tratamento em relação a determinadas operações de tratamento e, em simultâneo, na qualidade de *processor* em relação a outras, pelo que a qualificação como controller ou como *processor* deve ser analisada relativamente a conjuntos específicos de dados ou operações

¹³ A. Barreto Menezes Cordeiro, *Da Responsabilidade Civil Por Tratamento de Dados Pessoais*, 2018, p.13

Com o objetivo de clarificar a distinção entre as duas figuras, PAUL VOIGT e AXEL VON DEM BUSSCHE ¹⁴ enumeram alguns critérios que permitem a classificação do *controller* enquanto tal: a utilização dos dados à mercê da sua vontade; a faculdade de utilizar os dados para um fim divergente àqueles estabelecidos *à priori*; a recolha dos dados junto dos seus titulares; o processamento de novos dados em conjunto com os anteriormente detidos e a possibilidade de responder autonomamente pelo tratamento dos dados.

Do *supramencionado*, resulta a indubitável afirmação de que a determinação das finalidades do tratamento se apresenta como uma pedra basilar na distinção das duas figuras. A este propósito, diz o art. 28º/10 RGPD que “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.” Tal disposição inclui no seu âmbito de aplicação a pessoa singular que esteja integrada na estrutura organizacional do *controller*. Assim sendo, caso seja ultrapassado o âmbito das atividades da pessoa coletiva e a primeira utilize os dados para os seus próprios fins, será tratada como responsável pelo tratamento dos dados.¹⁵

O objetivo do legislador europeu, de acordo com MAFALDA MIRANDA BARBOSA¹⁶, é procurar garantir que, apesar de os dados passarem a ser utilizados com outro objetivo e através de diferentes meios, as garantias de segurança que são oferecidas pelo RGPD ao titular dos dados se mantenham, independentemente da ilicitude que tal possa implicar. De frisar que tais considerações são feitas para lá da questão da ilegitimidade pela violação do consentimento, que sempre se verifica a quando da utilização de dados para uma finalidade não consentida. Estas questões, assim como o apuramento da responsabilidade (não no sentido de controlo, mas enquanto remédio sancionatório), serão por nós analisadas posteriormente.

¹⁴ Paul Voigt/Axel von dem Bussche, *The EU General Data Protection Regulation (RGPD): A Practical Guide*, Springer, 2017, p.19

¹⁵ Data Protection Working Party, *Opinion 1/2010 on the concepts of “controller” and “processor”* (WP 169), 16-fev.-2010, p.20.

¹⁶ Mafalda Miranda Barbosa, *Data controllers e data processors: da responsabilidade pelo tratamento de dados à responsabilidade civil*, RDCom, 15-mar.-2018, p.436 e ss

4. Das obrigações do *processor* no quadro do RGPD

O novo RGPD procedeu a um reforço substancial do elenco de obrigações previstas para organizações que processem os dados pessoais de cidadãos europeus em nome de outras organizações, tendencialmente encarregues de funções como o armazenamento de dados em *cloud*, recursos humanos, marketing e *payroll*.

É imperativo que o *processor* tenha um conhecimento pleno das obrigações impostas e tenha os meios necessários para provar que atua em conformidade com o mesmo, uma vez que estão previstas avultadas coimas e, nalguns casos, sanções criminais. Consequentemente, o regulamento exige que os *processors* incrementem medidas técnicas e organizativas que garantam um nível de segurança adequado ao risco. De acordo com o disposto no artigo 32º RGPD, tais medidas podem traduzir-se na pseudonimização e encriptação dos dados pessoais; em assegurar a confidencialidade e integridade do tratamento; possuir os meios necessários para, em tempo razoável, recuperar o normal tratamento dos dados em caso de se verificar alguma avaria técnica; e efetuar testes regulares à qualidade da segurança e tecnicidade dos meios, para assim garantir a segurança no tratamento dos dados.

Em caso de transferência de dados para fora da UE, os *processors* podem oferecer medidas de segurança adequadas, sem necessitar da aprovação de uma autoridade de supervisão. Para isso, devem recorrer a *binding corporate rules*, a cláusulas contratuais de proteção de dados adotadas pela Comissão Europeia, códigos de conduta (art.40º RGPD) e procedimentos de certificação, para efeitos de comprovação da conformidade das operações de tratamento com o presente regulamento. (art.42º).

As *binding corporate rules* são regras estritas que vinculam todas as empresas do grupo relativamente às operações de tratamento dos dados pessoais, mas permitindo que o fluxo dos mesmos ocorra livremente dentro do grupo, sem

exigências burocráticas.¹⁷Sobre isto, refere o Grupo de Trabalho do Artigo 29¹⁸ que as regras vinculativas que sejam aplicadas às empresas do *processor* deverão ser colocadas em anexo no respetivo contrato de prestação de serviços realizado com o *controller*. Deste modo, na eventualidade de se verificar a violação de alguma destas regras por parte do *processor*, o *controller* terá não só a possibilidade de interpor ação judicial, mas também a faculdade de exigir uma indemnização pelos prejuízos causados por ele.¹⁹

Os *processors* devem possuir meios adequados para garantir que conseguem detetar e reportar em tempo útil qualquer violação no tratamento dos dados (art.33 n°2 RDPD). De entre essas medidas, destacamos o planeamento e criação de protocolos delineados em caso de verificação de algum incidente no tratamento; a criação de uma equipa de segurança que dê resposta aos casos de violação de tratamento dos dados e um contínuo e atualizado registo de todos os incidentes e violações no tratamento, onde se incluem os efeitos e medidas tomadas para colmatar os mesmos.

Se for aplicável o art.3°/2 RGPD²⁰, o *controller* ou o *processor* designa por escrito um representante seu na União. A sua designação não prejudica as ações judiciais que possam vir a ser intentadas contra o *controller* ou *processor*, devendo estar estabelecido num dos Estados-Membros onde se encontram os titulares dos dados cujos dados pessoais são objeto do tratamento no contexto da oferta que lhes é feita de bens ou serviços ou cujo comportamento é controlado. (art.27°/5 e 6 RGPD). Além disso, caso se aplique alguma das alíneas do n°1 do artigo 37, o

¹⁷ Diz-nos o artigo 44° do RGPD que “qualquer transferência de dados pessoais que sejam ou venham a ser objeto de tratamento após transferência para um país terceiro ou uma organização internacional só é realizada se, sem prejuízo das outras disposições do presente regulamento, as condições estabelecidas no presente capítulo forem respeitadas pelo responsável pelo tratamento e pelo subcontratante, inclusivamente no que diz respeito às transferências ulteriores de dados pessoais do país terceiro ou da organização internacional para outro país terceiro ou outra organização internacional”

¹⁸ Data Protection Working Party, Explanatory Document on the Processor Binding Corporate Rules, 2013, p. 6.

¹⁹ Data Protection Working Party, Explanatory Document on the Processor Binding Corporate Rules, 2013, p. 17.

²⁰ Do disposto resulta que o “regulamento aplica-se ao tratamento de dados pessoais de titulares residentes no território da União, efetuado por um responsável pelo tratamento ou subcontratante não estabelecido na União, quando as atividades de tratamento estejam relacionadas com: a) A oferta de bens ou serviços a esses titulares de dados na União, independentemente da exigência de os titulares dos dados procederem a um pagamento; b) O controlo do seu comportamento, desde que esse comportamento tenha lugar na União.”

processor está adstrito à obrigação de designar um encarregado da proteção de dados.

Além do referido, ao abrigo do nº2 do art.30, deve o *processor* (bem como o *controller*) conservar um registo de todas as categorias de atividades de tratamento realizadas em nome do *controller*, do qual constará: o nome e contactos do *processor* e de cada *controller* em nome do qual o primeiro atua; as categorias de tratamentos de dados pessoais efetuados em nome de cada *controller*; as categorias de destinatários ou eventuais destinatários de dados; informações sobre as transferências de dados pessoais, incluindo documentação que comprove a existência de garantias adequadas; prazos previstos para o apagamento dos dados pessoais e a descrição das medidas técnicas e organizativas de segurança.

Por fim, destaque para o facto de que, de acordo com o nº2 do art.30, o *processor* não contrata outro *processor* sem que o *controller* tenha dado, previamente e por escrito, autorização específica ou geral. Em caso de autorização geral por escrito, o *processor* informa o *controller* de quaisquer alterações pretendidas quanto ao aumento do número ou à substituição de outros *processors*, de forma a que o *controller* tenha a oportunidade de se opor a tais alterações.

5. O conteúdo mínimo do contrato entre *controller* e *processor*

A anterior diretiva não impunha obrigações diretas ao *processor*, estando apenas vinculados às obrigações previstas contratualmente entre este e o *controller*. O *controller* era por isso responsável pelas violações da diretiva resultantes da atuação do *processor*, tendo apenas a faculdade de agir pela violação das disposições contratuais. Em sentido inverso, o RGPD estipulou obrigações concretamente destinadas ao *processor*, incluindo igualmente cláusulas que devem figurar nos contratos de tratamento de dados celebrados entre ambos. No seu art.17º, apenas previa a o compromisso, por escrito, de que o *processor* agiria sempre e apenas dentro dos tramites das instruções dadas pelo *controller*.

O RGPD impõe como requisito geral que qualquer relação de subcontratação passe a estar assente num contrato, uma vez que, tendo em conta o novo enquadramento legal e dadas as obrigações específicas e responsabilização direta de cada uma das partes, torna-se fundamental que cada uma das partes conheça e compreenda em toda a extensão quais as respetivas obrigações e responsabilidades. Além disso, o contrato pode operar como um instrumento de fomento da confiança dos Titulares dos Dados, revelando profissionalismo e e demonstrando os padrões do serviço prestado. Temos então que, a par de motivos legais, do ponto de vista comercial faz sentido o contrato, porque aumenta a segurança.

Assim sendo, o novo regulamento impõe que as atividades do *processor* sejam acompanhadas de um contrato que preveja, no mínimo: 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 *controller* (art.28, nº3 RGPD).

O contrato deve estipular, além do referido *supra*, que o *processor* trata os dados pessoais apenas mediante as instruções documentadas por parte do *controller*; que este assegura que as pessoas autorizadas a tratar os dados pessoais assumiram um compromisso de confidencialidade ou estão sujeitas a adequadas obrigações legais de confidencialidade; tem conta a natureza do tratamento, e na medida do possível, presta assistência ao *controller* através de medidas técnicas e organizativas adequadas, para permitir que este cumpra a sua obrigação de dar resposta aos pedidos dos titulares dos dados; presta assistência ao *controller* no sentido de assegurar o cumprimento das obrigações de segurança; apaga ou devolve ao *controller* todos os dados pessoais depois de concluída a prestação de serviços relacionados com o tratamento, apagando as cópias existentes, a menos que a conservação dos dados seja exigida ao abrigo do direito da União ou dos Estados-Membros. Por fim, deve disponibilizar ao *controller* todas as informações necessárias para demonstrar o cumprimento das obrigações previstas.

Este conteúdo mínimo foi desenhado de forma a assegurar que o processamento é realizado em cumprimento de todas as exigências do RGPD (e não

apenas sob a perspectiva da segurança dos dados), estado prevista a possibilidade de existirem cláusulas contratuais-tipo, definidas pela Comissão Europeia ou pela Autoridade de Controlo.

Para além do conteúdo mínimo, o contrato pode ainda estipular que nada isenta o *processor* da responsabilidade direta, ao abrigo do RGPD e eventualmente fixar uma indemnização ou penalidades. Além disso, podem e devem ser reguladas as matérias respeitantes à obtenção do consentimento, à obrigação de organização e manutenção do registo das atividades de tratamento, bem como as medidas técnicas e organizativas.

6. Do Subcontrato em geral

A subcontratação comporta uma ligação contratual entre o contratante ou um dos contratantes do cliente e um subcontratante, sendo, em regra, o contratante livre de escolher o seu subcontratante, sem que o cliente possa ou deva interferir sobre essa escolha ou nas relações contratuais que dela resultem²¹. Além disso, a relação subcontratual depende da subsistência do contrato base e a respetiva cooperação entre as partes neste outro negócio.. É nesta moldura contratual que surge a relação entre o *controller* e o *processor*. O Titular dos Dados estabelece um vínculo contratual com o *controller*, tendo por objeto o tratamento dos seus dados pessoais. Por razões de caráter técnico, eficiência ou até de segurança o *controller* subcontrata uma entidade para o processamento dos dados do titular dos dados. Deste modo, estamos perante duas relações de cooperação: a do contrato base e a do subcontrato

O subcontrato não encontra, logicamente, a sua origem no contexto da proteção de dados. A sua prática já se verifica, pelo menos, desde o século XVII, na construção de grandes barcos à vela. “Enquanto o casco tomava forma no próprio estaleiro, os mastros, vergas e diversos apetrechos eram fornecidos por oficinas independentes.”²²

²¹ José Manuel de Oliveira Antunes, Anabela Costa Pouseiro, Subempreitadas de Obras Públicas e Subcontratação, *Quid Iuris?*, 2001, Lisboa, p.18.

²² A.Sallez, J.Schlegel, *La Sous-Traitance Dans L'Industrie*, 1962, Tradução de Carlos Corrêa Gago, p.7.

Mais tarde, quando a primeira das 500 missões de produtividade foi enviada aos Estados Unidos, depois do fim da guerra, a subcontratação foi considerada não somente um dos fatores da alta produtividade da indústria norte-americana, mas também um elemento positivo do êxito do seu esforço de guerra.

Atualmente, a subcontratação assume-se como parte integrante e indispensável de todo o processo de criação de riqueza à escala mundial, sendo mesmo a principal forma das grandes empresas possuírem, através de terceiros, o engenho e versatilidade que internamente não têm.²³ Assim sendo, as empresas subcontratam principalmente atividades que exigem recursos intensivos, nomeadamente de capital; serviços especializados e de apoio; atividades sujeitas a padrões flutuantes ao nível da carga de trabalho e em atividades com forte mutação tecnológica, como é o caso das diversas formas de *hardware* e *software* em que pode ser feito o processamento de dados pessoais.

O elemento caracterizador e que delimita de forma distinta esta figura, de acordo com PEDRO ROMANO MARTINEZ²⁴, reside na possibilidade de cooperação, semelhante à que existe no seio de cada contrato, mas agora entre sujeitos que não estão diretamente relacionados, entre si, pela via negocial. Neste sentido, acrescenta GALVÃO TELLES, que esta modalidade contratual “implica a constituição de uma relação nova, coexistente com a primeira, de que depende, tendo as duas um sujeito comum, com posições distintas e complementares.”²⁵ Esta colaboração intersubjetiva proporciona um incremento da especialização técnica, sendo esta última um elemento característico das funções do *processor*, no contexto do tratamento dos dados pessoais.

Relativamente ao contrato base, este pressupõe a existência de uma relação duradoura. Apenas nestas condições é viável para uma das partes, sem se

²³ José Manuel de Oliveira Antunes, Anabela Costa Pouseiro, *Subempreitadas de obras públicas e subcontratação*, Quid Juris Sociedade Editora, Lisboa 2001, p.19.

²⁴ Pedro Romano Martinez, *O Subcontrato*, Livraria Almedina, Coimbra, 1989, p.21.

²⁵ Inocêncio Galvão Telles, *Manual dos Contratos em Geral, Refundido e Atualizado*, Coimbra Editora, 2002, p. 461.

desvincular, transferir para terceiros as utilidades que deste auferir. Nos negócios de execução instantânea a transferência de utilidades só opera através de contratos sucessivos que como a designação entende, não são coexistentes. O contrato base não pode ser celebrado tendo em conta especiais aptidões da contraparte, nem uma particular relação de confiança. Só assim é possível, através do subcontrato, a intromissão de terceiros no aproveitamento ou na execução das prestações daquela relação contratual.²⁶

O subcontrato, por seu turno, tem três características definidoras em relação ao contrato base: identidade de tipo negocial; posteridade lógica e subordinação - o contrato base exerce uma influência determinante no subcontrato. Desta forma, o subcontrato tem de observar e não colidir com o fim e restrições do contrato base. Para além disso, os direitos e deveres conferidos ao subcontraente não podem ultrapassar, em extensão e duração, aqueles de que o intermediário é titular por força do contrato principal.²⁷

Em suma, pode-se definir o subcontrato como o negócio jurídico bilateral, no qual um dos sujeitos, sendo parte noutro contrato e sem deste se desvincular, estipula com terceiro, não só a utilização, total ou parcial, de vantagens de que é titular, mas também a execução, total ou parcial, das prestações a que está adstrito.

7. A Qualificação do Contrato do Processor

7.1 A Qualificação dos Contratos

O contrato traduz-se num acordo vinculativo assente entre duas ou mais declarações de vontade, contrapostas, mas perfeitamente harmonizáveis entre si, que visam estabelecer uma composição unitária de interesses²⁸.

²⁶ Pedro Romano Martinez, *ob.cit.*, p.96.

²⁷ Pedro Romano Martinez, *ob.cit.*, p.103.

²⁸ Antunes Varela, *Das Obrigações em geral*, vol I, 10 edição, Almedina, 2004, p.212.

A qualificação do contrato pressupõe que se tenha, como ponto de partida, uma ideia suficientemente clara, embora ainda não definitiva, sobre o conteúdo e sentido do contrato a qualificar. Assim, nos próximos capítulos deste trabalho, debruçar-nos-emos sobre qual a qualificação do contrato a que está vinculado o *processor*, no exercício dos seus deveres e funções. Para isso, procederemos a uma cuidada análise do regime dos contratos típicos e atípicos, atentando, igualmente, aos traços caracterizadores do mandato e da empreitada, enquanto modalidades do contrato de prestação de serviços (art. 1155). Para isso, frisamos *ab initio*, que a qualificação não se traduz num juízo binário de correspondência total ou de não correspondência, mas sim num juízo graduável e ponderado de maior ou menor correspondência²⁹.

A existência de tipos contratuais legais, de catálogos de modelos contratuais consagrados na lei e aí regulamentados de forma tendencialmente completa, suscita a questão da qualificação dos contratos que são celebrados na vida de relação. A qualificação de um certo contrato a um determinado tipo, acarreta consequências determinantes relativamente à vigência da disciplina que constituiu o modelo regulativo do tipo.³⁰ Subsume-se a juízo predicativo, tendo por objeto um determinado contrato celebrado e que tem como conteúdo a correspondência de um contrato a um ou a mais tipos, bem como o grau e o modo de ser dessa correspondência. Distingue-se da classificação pelo facto de esta última não se dirigir a um tipo contratual, mas sim a uma classe de contratos. Deste modo, as classes de contratos resultam de “repartições de contratos feitas com base em critérios que têm a ver com a ocorrência ou a verificação de certas características ou qualidades”, enquanto que os tipos de contratos “são modelos regulativos com um sentido próprio e imanente.”³¹ Distinguir a classe do tipo nem sempre é fácil. Os contratos de prestação de serviço, no CC, estão tratados como uma classe de contratos, embora, na prática contratual, surgirem muitas vezes referidos como um tipo contratual. Nos seus artigos 1154º e 1156º, designa os contratos de prestação de serviços como uma classe que abarca, entre outros, o mandato e a empreitada.

²⁹ Pedro Pais de Vasconcelos, Ob.cit, p.168.

³⁰ Pedro Pais de Vasconcelos, Contratos Atípicos, Almedina, p.160.

³¹ Pedro Pais de Vasconcelos, Ob.cit, p. 162.

7.2 O Contrato de Empreitada - Noção e seus Elementos Caracterizadores

O art.1207º do CC define o contrato de empreitada como “o contrato pelo qual uma das partes se obriga em relação à outra a realizar certa obra, mediante um preço”. Não há qualquer especificidade do que toca a sua formação e execução, pelo que se deve recorrer às regras gerais, previstas no artigo 219º CC. Trata-se de um contrato típico, uma vez que a lei prevê um regime jurídico específico, e é um contrato nominado, pois pertence a uma categoria contratual legalmente prevista.

Tendencialmente, encontra-se associado à construção de edifícios e, pela importância que o sector a construção civil assume na economia, foi sobre este sector que o legislador incidiu mais a sua ação. Apesar disso, o contrato de empreitada não se esgota na construção e reparação de edifícios, tendo-se verificado uma tendência para largar, cada vez mais, o objeto do contrato em apreço. Do artigo *supracitado*, resulta que são três os elementos do contrato de empreitada: os sujeitos, a realização da obra e o pagamento do preço. No que respeita à relação jurídica emergente de uma empreitada, há que referir o facto de que esta se qualifica como um contrato sinalagmático, uma vez que dele emergem obrigações recíprocas e interdependentes: a obrigação de realizar uma obra, tem como contrapartida o dever de pagar o preço (apesar de ser fonte de obrigações, pode-lhe ser atribuída eficácia real)³². Quanto à retribuição, é um elemento essencial do conceito de empreitada pois, se não for estabelecido um preço, estar-se-á perante um contrato gratuito de prestação de serviço. Salvo convenção em contrário, deve ser pago no ato de aceitação da obra (art.1211º CC).

É amplamente discutido na doutrina portuguesa se estamos perante um contrato de execução instantânea ou execução periódica. A doutrina maioritária, nomeadamente ROMANO MARTINEZ, entende que não se pode considerar a empreitada como um verdadeiro contrato de execução continuada ou periódica, uma vez cada ato singular de execução, realizado pelo empreiteiro, não satisfaz uma

³² O artigo 408º/2 CC, respeitante aos contratos com eficácia real, refere expressamente que “se a transferência respeitar a coisa futura ou indeterminada, o direito transfere-se quando a coisa for adquirida pelo alienante ou determinada com conhecimento de ambas as partes, sem prejuízo do disposto em matéria de obrigações genéricas e do contrato de empreitada.”

parte correspondente do interesse do comitente, que só se realiza na totalidade com a entrega da obra.

No âmbito daquelas que são as partes envolvidas, entende-se por comitente a pessoa singular ou coletiva que encarrega outra de executar certa obra. O empreiteiro, por seu turno, será a pessoa singular ou coletiva a quem foi encomendada a execução de uma obra. Cada um deles está, logicamente, adstrito a um conjunto de direitos e deveres inerentes à sua posição contratual.

O dono da obra tem o direito tem o direito subjetivo de exigir do empreiteiro a obtenção do resultado a que ele se obrigou, assim como a faculdade de a fiscalizar (art.1209º CC) assegurando-se que ela estar a ser realizada segundo as regras da arte. Procura-se assim assegurar que empreiteiro não ocultou vícios dificilmente detetáveis depois de concluída e se os materiais empregues são da qualidade acordada.

De entre os seus deveres, destacam-se a prestação do preço (a retribuição faz parte da noção legal de empreitada, pois sem esse elemento, estaríamos perante um contrato gratuito de prestação de serviço) ³³; a colaboração necessária com o empreiteiro, sendo que não constitui uma verdadeira obrigação, mas um dever de credor³⁴, cuja violação faz incorrer o comitente em mora. Por fim, tem o dono da obra o dever de aceitar a obra, desde que tenha sido executada sem defeito, nos termos acordados e no caso em que haja defeito insignificante, pois, em tal caso, a recusa de aceitação contrariaria a boa fé.

O empreiteiro, por seu turno, está adstrito à realização da obra³⁵, zelando pela sua conservação e cumprindo o contrato pontualmente, em conformidade com

³³ Na falta de clausula ou de uso em contrário, diz-nos o artigo 1211/2º CC que o preço deve ser pago no ato de aceitação da obra.

³⁴ Pedro Pais de Vasconcelos, Ob.cit, p.334.

³⁵ A determinação do sentido em que se deve entender a expressão “certa obra”, ou seja, se ela comporta somente coisas corpóreas ou também incorpóreas, é determinante para a delimitação do objeto da empreitada e deu aso a amplas discussões na doutrina portuguesa. De forma sucinta, se se optar por uma solução ampla, aos contratos cujo objeto corresponda a realização de uma obra incorpórea, aplicam-se as regras da empreitada, caso contrário, regem as normas que regulam o contrato de mandato, uma vez que estaríamos perante um contrato atípico de prestação de serviços (art.º 1156 CC). O CC português optou por uma noção restrita e tal poder-se-á fundar, segundo PEDRO ROMANO MARTINEZ, em razões

os ditames da boa fé (arts.408º e 762 nº2 CC). Da boa fé desdobram-se outros deveres, como os de cuidado e informação, zelando pelo cumprimento das regras da arte e normas técnicas, em especial as de segurança. Aquando da conclusão da obra, deve o empreiteiro avisar o dono de que ela está em condições de ser verificada. O comitente vai averiguar se a obra foi realizada nas condições convencionadas e se não apresenta vícios. Esta verificação representa um direito do dono da obra e a um ónus que sobre ele impende. É um direito, pois confere ao comitente a possibilidade de apurar se a obra foi realizada nos termos estipulados. Contrariamente, constitui um ónus, pois a falta de verificação implica a aceitação da obra sem reserva.

Em matéria de responsabilidade, o empreiteiro responde, não só pela violação dos deveres emergentes do contrato de empreitada, mas também por, no exercício dessa sua atividade, desrespeitar ilicitamente e com culpa o direito de outrem. A regra é a de que a culpa do empreiteiro tem de ser provada pelo lesado (art.º 487 nº1 CC), mas em caso de violação do contrato, presume-se a culpa do primeiro. (art. 799 nº1 CC)

O não cumprimento da prestação do empreiteiro será definitivo se a obra, não tendo sido realizada, já o não puder ser, por perda de interesse do comitente, ou por não ter sido realizado dentro do prazo razoável fixado pelo dono da obra. Se a obra não foi atempadamente realizada e já não puder vir a sê-lo, na medida em que, entretanto, se tornou impossível a sua execução por causa imputável ao empreiteiro, a situação é equiparada ao incumprimento definitivo (art. 801º nº 1 e 2 CC)

históricas. O direito português, diversamente a outros ordenamentos, como o francês, no que respeita a origem do contrato de empreitada, não sofreu uma influencia determinante do direito romano, mas antes do sistema vigente das ordenações. Consequentemente o contrato de empreitada não surge como um tipo de locação, em que se pretendia regulamentar o arrendamento de serviços, vistos como um resultado, mas sim como um desdobramento dos contratos de prestação de serviços e de compra e venda. “Na medida em que a empreitada se autonomizou da prestação de serviços e da compra e venda, no objeto daquele só se incluem as obras, entendidas estas no sentido restrito do termo, e não os serviços, mesmo que através deste se obtenha um resultado” - Pedro Pais de Vasconcelos, Ob.cit, p.359.

7.3 O Contrato de Mandato – Noção e seus Elementos caracterizadores

O mandato é antes de tudo, um contrato nominado e típico³⁶, uma vez que a lei reconhece a sua categoria e estabelece o seu regime nos arts.1157 e ss. do CC. Do ponto de vista formal, vigora o principio da liberdade de forma. Constitui um contrato não sinalagmático, sinalagmático ou sinalagmático imperfeito – sinalagmático quando dê lugar a obrigações recíprocas ou não sinalagmático quando do mesmo apenas resultem obrigações para o mandatário. Quando o mandato é gratuito pode vir a revelar-se como sinalagmático imperfeito, pois o mandante pode ficar adstrito ao cumprimento das obrigações referidas nas alienas c) e d) do art.º 1167 CC, as quais têm um caráter accidental, surgindo de factos posteriores à constituição do vínculo de gestão. Do artº 1158, resulta que o mandato se presume gratuito, exceto se tiver por objeto atos que o mandatário pratique por profissão; para estes atos, o código estabelece uma presunção de onerosidade, tanto a presunção de onerosidade como de gratuitidade são *iuris tantum*.

É elemento essencial do contrato de mandato, tal qual é definido no art.1157 CC, que o mandatário esteja obrigado, por força do contato, à pratica de um ou mais atos jurídicos. O ato jurídico em causa é um ato jurídico alheio, aparecendo assim, o mandato como um contrato de cooperação jurídica entre sujeitos. O problema está no critério utilizado para caracterização dos atos jurídicos. Neste ponto, MANUEL DE ANDRADE E JANUÁRIO DA COSTA COMES adotam a formulação clássica³⁷, segundo a qual a noção de ato jurídico pressupõe a de facto jurídico, devendo este ser entendido como todo o facto da vida real juridicamente relevante. a categoria facto jurídico desdobra-se em facto jurídico *strictu sensu* e ato jurídico. Se olha a conduta humana em si, como conduta, e ao atribuir-lhe efeitos jurídicos tem em consideração a vontade que a acompanha e determina, tal subsume-se a noção de ato jurídico. Contrariamente, estaremos diante da noção de *facto* sempre

³⁶Luis Manuel Menezes Leitão, Direito das Obrigações, Volume III, 2010.

³⁷ Manuel Januário da Costa Gomes, Contrato de Mandado, A.A.F.D.L, 2007, Reimpressão da Edição de 1990, p.14.

que, para o direito, apenas conta o fenómeno natural, sendo indiferente a eventual vontade que com ele concorra.

A circunstância de o mandatário ficar adstrito à prática de atos jurídicos não significa que não possa praticar atos materiais, contudo, estes têm que estar numa relação de acessoriedade ou dependência, porque, a contrário, haveria a descaracterização da operação de mandato no seu conjunto, que passaria a ser uma relação de cooperação de tipo diverso.

Relativamente às obrigações que resultam para o mandatário, destacamos, desde logo, a obrigatoriedade de execução do mandato como um bom gestor. Uma vez constituído o mandato, pode acontecer que o mandatário tenha conhecimento de algumas circunstâncias desconhecidas do mandante, por serem posteriores ao contrato ou por, sendo embora anteriores, tenham sido desconhecidas ou incorretamente consideradas. Nestas situações, desde que, objetivamente, o mandante tenha interesse em conhecer esses dados, o mandatário deve comunicá-los em tempo útil. Apesar desta obrigação não ter previsão expressa, faz parte do complexo de deveres a que o mandatário diligente, bom pai de família, está adstrito.³⁸ Deste referido complexo de deveres, surge igualmente a obrigação de informação e comunicação(art.º1161 al. b) CC) desde que relativas ao estado da gestão. Não cumprindo o mandatário a obrigação de comunicação, cumprindo-a sem prontidão, ou incompletamente, incorre em responsabilidade pelos danos que resultarem para o mandante por esse facto, sendo que as deficiências na comunicação, não invalidam, porém, a eventual boa execução do mandato. Caso o mandante não se pronuncie dentro do prazo estabelecido sobre a inexecução do mandato, o seu silêncio vale como aprovação da conduta, mesmo que o mandatário tenha excedido os limites do mandato ou desrespeitado as instruções do mandante (art.º 1161 c) CC).

³⁸ Manuel Januário da Costa Gomes, Ob.cit, p.71.

O mandatário encontra-se ainda adstrito à obrigação de prestar contas; de entregar ao mandante tudo o que recebeu em execução ou no exercício do mandato e de atuar com lealdade e cooperação³⁹.

O mandante, por sua vez, está adstrito à obrigação de fornecer os meios necessários a execução do mandato, se outra coisa não tiver sido convencionada. São considerados meios necessários para a execução do mandato, não só aqueles sem os quais o mandato não poderia ser executado, como os meios que, na sua falta, tornem a sua execução especialmente difícil. Encontra-se igualmente vinculado à obrigação de pagar a retribuição devida (no mandato civil trata-se unicamente de uma obrigação eventual, um dado que mandato se presume gratuito). Por fim, surge a obrigação de reembolsar o mandatário pelas despesas feitas (art.1167, al.c) CC), englobando, para além das quantias despendidas, os respetivos juros, calculados a taxa legal. O mandante deve ao mandatário juros legais, desde o momento em que as despesas foram efetivadas. Os juros natureza compensatória (e não moratória) uma vez que desde a sua aplicação, as quantias despendidas foram utilizadas para proveito do mandante tendo deixado de ser frutíferas para o mandatário

7.4 Empreitada vs. Prestação de Serviços

O contrato de empreitada é uma modalidade de prestação de serviço e as diferenças entre aquele e as formas atípicas deste não são muito claras. Apesar disso, há pontos de diferença notórios. No contrato de prestação de serviço promete-se uma atividade através da utilização do trabalho, enquanto que na empreitada se promete o resultado desse trabalho.⁴⁰ Além disso, na prestação de serviço é o beneficiário dessa atividade que corre o risco, enquanto na empreitada o risco corre por conta do empreiteiro.

³⁹ Reconduz-se ao princípio exposto no 762/2, mediante o qual as partes devem proceder de boa fé, não só no cumprimento da obrigação, mas também no exercício do direito respetivo e tem “inteiro fundamento na natureza do contrato de mandato como negócio típico de cooperação entre pessoas, assente numa relação de confiança.”, Manuel Januário da Costa Gomes, Ob.cit, p.85.

⁴⁰ Pedro Romano Martinez, Ob.cit, p.300.

7.5 Mandato vs. Prestação de Serviços

No art.º 1155 CC, o mandato é definido como uma modalidade dos contratos de prestação de serviços, à semelhança do depósito e da empreitada. Contudo, no âmbito dos contratos de prestação de serviços, o mandato tem uma posição especial, uma vez que as suas disposições, para além de regular especificamente as relações tecnicamente caracterizáveis como de mandato, regulam, com as necessárias adaptações, as modalidades do contrato de prestação de serviços que a lei não regule especificamente. Deste modo, o mandato consubstancia o protótipo dos contratos de prestação de serviços, sendo, por isso, as suas disposições aplicáveis aos restantes contratos de prestação de serviços aludidos no art.º 1156 CC, de modo direto, com a consequência de que mesmo as disposições com carácter excepcional, podem ser aplicadas nos contratos de prestação de serviços.

7.6 O contrato de prestação de serviços inominado

Como já tivemos oportunidade de referir anteriormente, o código civil, nos seus artigos 1154 e 1156, refere os contratos de prestação de serviços como uma classe onde incluem, entre outros, o mandato e a empreitada., sendo estes definidos como aqueles em que uma das partes se obriga a proporcionar à outra certo resultado do seu trabalho intelectual ou manual, com ou sem retribuição. A remissão genérica para as regras do mandato significa a ausência de um modelo regulativo próprio. O contrato de prestação de serviço de que trata o capítulo X do título II do livro II do CC não constitui um tipo contratual, mas sim uma classe de contratos.

Os contratos atípicos são os que não são típicos. Saber quais contratos são atípicos pode parecer simples em abstrato, mas em concreto pode ser difícil. A atipicidade dos contratos pode ser referida aos tipos contratuais legais ou simplesmente aos tipos contratuais sem restrição aos legais. No primeiro caso, são atípicos os contratos que não contem na lei um modelo regulativo típico; no segundo são atípicos aqueles que não tem um modelo regulativo típico, nem na lei,

nem na pratica. Quando se fala de contratos atípicos quase nunca se distingue e quase sempre se está a falar de contratos legalmente típicos.⁴¹

Para que um contrato seja tido como legalmente típico, é imperativo a lei preveja o modelo completo da disciplina típica do contrato. Este modelo regulativo pode ser mais ou menos amplo e até mais ou menos completo mas, para que se possa dizer que o contrato é legalmente típico, é necessário que a regulação legal corresponda , pelo menos, de forma aproximada, ao tipo social e seja suficientemente completa para dar as partes a disciplina básica do contrato.

O art. 405 do CC permite expressamente que as partes, dentro dos limites da lei, celebrem contratos diferentes dos típicos, modifiquem os tipos legais incluindo neles as clausulas que lhes aprouver, e misturem no mesmo contrato regras de dois ou mais tipos. Assim sendo, o código admite a livre celebração de contratos completamente diferentes dos tipos legais, contratos que correspondam a modificações dos tipos legais por inserção de clausulas adicionais e contratos em que sejam reunidos ou misturados vários tipos. É ao abrigo deste artigo que é reconhecido o principio da autonomia contratual e a consequente admissibilidade da celebração de contratos atípicos.

Os contratos atípicos podem ser completamente diferentes dos tipos contratuais legais, sendo designados como contratos atípicos puros. Na generalidade dos casos, os contratos atípicos não são puros, sendo construídos a partir de um ou mais tipos que são combinados ou modificados de modo a satisfazerem os interesses contratuais das partes. Estes são os chamados contratos mistos. Ao contrário do que acontece com os contratos atípicos puros, os contratos mistos, embora atípicos, não abdicam do concurso dos modelos regulativos típicos na procura da solução das questões suscitadas, designadamente na integração das estipulações das partes, mantendo com os tipos uma proximidade importante.

⁴¹ Pedro Pais de Vasconcelos, Contratos Atípicos, Almedina, p.207.

7.7 Das semelhanças e diferenças da empreitada e do mandato face ao contrato do processor

Feito o enquadramento do regime do contrato de mandato e da empreitada, bem como a do contrato de prestação de serviços inominado, surge como passo lógico a averiguação das semelhanças e diferenças entre cada um destes e o contrato do *processor*, de forma a que possamos, posteriormente, realizar com maior rigor possível a qualificação do mesmo.

Relativamente ao mandato, destacamos, primeiramente, o dever de notificação. Como já tivemos a oportunidade de referir *supra*, o art. 1161º contempla a necessidade de prestar as informações objetivamente de interesse para o mandato, desde que relativas ao estado da gestão. Tal, resulta da obrigação do mandatário atuar como um diligente pai de família. A obrigação de comunicação deve considerar-se alargada a todos os subsequentes atos de execução ou de ultimate do mandato. Caso não cumpra este dever, ou o faça deficientemente, o mandatário incorre em responsabilidade pelos danos causados ao mandante.

Tal como no mandato, no contrato do *processor*, deve este notificar o *controller*, sem demora injustificada, após ter conhecimento de uma violação de dados pessoais. Esta notificação, entre outros elementos, deve conter as consequências prováveis da violação de dados pessoais, a natureza da violação dos dados pessoais incluindo, se possível, as categorias e o número aproximado de titulares de dados afetados, bem como as categorias e o número aproximado de registos de dados pessoais em causa e o nome e os contactos do encarregado da proteção de dados ou de outro ponto de contacto onde possam ser obtidas mais informações (art.º 33 RGPD).

Além disso, no mandato está expressamente prevista a obrigação de entregar ao mandante tudo o que recebeu em execução ou no exercício do mandato (art.º 1161, al. e), englobando a entrega de tudo quanto o mandatário recebeu do mandante para a execução do mandato e que não tenha sido, em consequência dele, consumido, cedido a terceiro, alienado, perecido ou inutilizado. No mesmo sentido,

o *processor* está adstrito à obrigação de apagar ou devolver ao *controller* todos os dados pessoais depois de concluída a prestação de serviços relacionados com o tratamento, apagando as cópias existentes, a menos que a conservação dos dados seja exigida ao abrigo do direito da União ou dos Estados-Membros (art.28º/3, al.g RGPD)

No mesmo sentido, o dono obra pode exigir que sejam feitas alterações ao plano convencionado. No contrato do processor, apenas compete ao *controller* optar por qualquer alteração das finalidades ou natureza do tratamento, devendo o *processor* tratar os dados pessoais apenas mediante instruções documentadas do *controller*.

Outra similitude encontra-se plasmada no regime previsto para a contratação de um subempreiteiro. O art. 1213º CC define a subempreitada como contrato pelo qual um terceiro se obriga para com o empreiteiro a realizar a obra a que este se encontra vinculado, ou uma parte dela. Por remissão do artigo 264º CC, aplicável à subempreitada, o procurador só pode fazer-se substituir por outrem se o representado o permitir ou se a faculdade de substituição resultar do conteúdo da procuração ou da relação jurídica que a determina, sendo que tal substituição não envolve exclusão do procurador primitivo. Em sentido convergente, diz-nos o art.28, nº3 RGPD que o subcontratante não contrata outro subcontratante sem que o responsável pelo tratamento tenha dado, previamente e por escrito, autorização específica ou geral.

Nos termos do art. 1210º, nº1 CC, o empreiteiro encontra-se vinculado ao dever de guarda e conservação da coisa, devendo destiná-la exclusivamente aos fins da empreitada. Paralelamente, está o controller adstrito, no processamento dos dados, às finalidades estipuladas pelo processor, devendo, tal como o empreiteiro, através das medidas de segurança estipuladas no art. 32º RGPD, zelar pela integridade e conservação dos dados pessoais.

Apesar das similtudes inerentes ao mandato e à empreitada, encontramos diferenças flagrantes com cada um deles. A averiguação das diferenças de regime,

que impedem uma aplicação unitária de qualquer um deles, constituem, como demonstraremos *a posteriori*, o mais importante passo para a realização da qualificação do tipo de contrato em causa.

Assim sendo, começamos por frisar que o mandato é um contrato em que uma das partes se obriga a praticar um ou mais atos jurídicos por conta da outra. Sobre isto, diz GALVÃO TELLES que o que o mandato tem de específico em relação aos demais contratos de prestação de serviços é a natureza do seu objecto, que é a prática de actos jurídicos. "Sempre que uma pessoa promete à outra a sua colaboração jurídica, pondo à disposição dela a sua capacidade de agir no mundo do direito, contratando com terceiros ou praticando outros actos jurídicos em face deles, constitui-se um vínculo de mandato."⁴²

A circunstância de o mandatário ficar adstrito à prática de atos jurídicos não se significa que não possa praticar atos materiais. Contudo, é crucial que estes atos estejam numa relação de acessoriedade ou dependência, porque, de outro modo, haveria a descaracterização do contrato de mandato no seu conjunto, que passaria a ser uma relação de cooperação de outro tipo.

No caso do contrato do *processor*, o tratamento de dados subsume-se à prática de um ato material. Apesar de como referimos, o mandatário poder praticar atos materiais, o tratamento dos dados constitui o núcleo do contrato, não representando um elemento acessório do contrato. Desta forma, é inegável que o objeto de ambos os contratos se afigura absolutamente distinto.

Relativamente ao contrato de empreitada, a diferença entre este e o contrato do *processor* pode ser indagada, desde logo, recorrendo ao critério do tipo de obrigação assumida. Assim sendo, enquanto que nos contratos de prestação de serviços o prestador se obriga à execução de uma atividade⁴³, na empreitada há um compromisso de resultado. Neste sentido, como entende MENEZES LEITÃO⁴⁴,

⁴² Ac. nº STJ_06A3716 de 21-11-2006.

⁴³ Pedro Romano Martinez, Direito das Obrigações, Parte Especial, 2ª Edição, Almedina, 2010, p. 327.

⁴⁴ Menezes Leitão, Direito das Obrigações, Vol. III, Contratos em Especial, 7ª Edição, Almedina, 2010, p. 510.

todo e qualquer resultado do trabalho intelectual ou manual que não possa ser reconduzido a uma obra, não se traduz numa empreitada, mas numa prestação de serviços atípica. No contrato de prestação de serviços, uma das partes obriga-se a realizar à outra certo resultado do seu trabalho intelectual ou manual, sendo o objeto contratual o resultado do trabalho. Na empreitada, uma das partes obriga-se a realizar, perante a outra, uma obra.

O art. 1154.º do CC, ao subsumir o contrato de prestação de serviço “aquele em que uma das partes se obriga a proporcionar à outra certo resultado do seu trabalho intelectual ou manual, com ou sem retribuição”, procura delimitar o seu objeto ao produto da própria atividade humana, ao resultado inerente a toda a ação final. Não se trata de um resultado particular, suscetível de se separar dessa ação, como é o caso da empreitada, com a obra.

Para que um contrato seja tido como legalmente típico é necessário que se encontre na lei o modelo completo da disciplina típica do contrato. Este modelo regulativo pode ser mais ou menos amplo e até mais ou menos completo, mas, para que se possa dizer que o contrato é legalmente típico, é imperativo que a regulação legal corresponda pelo menos aproximadamente ao tipo social e seja suficientemente completa para dar as partes a disciplina básica do contrato.

Ora, do disposto anteriormente, pela impossibilidade de uma aplicação uniforme de um dos tipos contratuais, resulta a conclusão lógica de que o contrato do *processor* se traduz num contrato de prestação de serviços atípico.

7.8 Os Contratos atípicos puros e mistos

O artigo 405 do código civil permite as partes celebrem contratos diferentes dos típicos, modificando os tipos legais e misturando, no mesmo contrato, regras de dois ou mais tipos. Assim sendo, código admite a celebração de contratos completamente diferentes dos tipos legais, sendo designados como contratos

atípicos puros⁴⁵. Contrariamente a estes, podem os contratos, mantendo o seu carácter atípico, não prescindir do concurso dos modelos regulativos típicos na procura da solução das questões suscitadas, estabelecendo com os tipos uma proximidade importante. Estes últimos, são os contratos atípicos mistos, sendo formados pelas partes através de tipos contratuais que são adaptados, modificados ou misturados de modo a satisfazerem o seu interesse contratual. Dentro dos contratos atípicos misto, existem aqueles que são contruídos a partir de um tipo, que é modificado, e aqueles que são construídos a partir da conjugação de mais um tipo contratual (duplo ou múltiplo). No primeiro caso, as partes elegem um tipo contratual que desempenha o papel de instrumento de base e a cuja disciplina típica as partes se referem na contratação, A este tipo, acrescentam uma convenção – pacto de adaptação- na qual é estipulado o necessário para modificar a disciplina do tipo de referencia de modo a que este satisfaça o seu interesse contratual.

A pratica de modificar os tipos contratuais através da estipulação de pactos de adaptação é antiga na historia do direito privado, sendo que, na sua generalidade, os tipos contratuais hoje autonomizados nasceram da modificação de outros tipos já existentes através da anexação de pactos de adaptação. ⁴⁶

Relativamente aos contratos de tipo duplo ou misto, o contrato resulta da conjugação de mais de um modelo típico. O contrato pode ser de tipo duplo, triplo ou múltiplo, dependendo do numero de tipos de referencia.

Assim sendo, no caso em apreço, isto é, no contrato do *processor*, encontramos-nos perante um contrato misto de tipo duplo, com elementos caracterizadores do modelo típico do contrato de empreitada, bem como do contrato de mandato.

Existem variações de relacionamento entre os tipos de referencia. Há casos em que os dois ou mais tipos de referencia se encontram numa relação reciproca

⁴⁵ Pedro Pais de Vasconcelos, Ob.cit, p.212.

⁴⁶ Pedro Pais de Vasconcelos, Ob.cit, p.214.

perfeitamente paritária de tal modo que nenhum dos tipos é dominante ou mais importante.

Esta distinção entre os modelos de tipo modificado e os de tipo múltiplo não tem relevância apenas no plano teórico. Na prática contratual, a compreensão da natureza do contrato em apreço pode-se revelar determinante na sua interpretação. Neste sentido, quando as partes não tenham estipulado e naquilo em que o não tenham feito, a interpretação complementar recorre ao tipo de referencia nos contratos de tipo modificado e à combinação dos tipos de referencia nos contratos de tipo múltiplo.⁴⁷

O conteúdo dos contratos atípicos é constituído formalmente pela estipulação das partes e substancialmente pela autorregulação contratada. Não há um conteúdo formal e conteúdo substancial dos contratos atípicos que sejam distintos entre si ou que tenham autonomia recíproca⁴⁸.

Numa perspetiva formal, o conteúdo dos contratos atípicos é formado pela estipulação das partes, isto é, pelo conjunto das cláusulas que foram acordadas no contrato. Numa perspetiva substancial, o conteúdo do contrato corresponde à regulação que as partes criaram através do contrato que puseram em vigor como direito vigente na ordem jurídica.

8. A Responsabilidade do *Processor* perante o Titular dos Dados

O artigo 23.º da D 95/45/CE prescrevia apenas a responsabilidade dos controllers. Desta forma, a responsabilidade dos processors surge como uma das mais significativas novidades do RGPD.

Os *processors* podem ser responsabilizados em caso de violação de obrigações decorrentes do RGPD (que lhes sejam especificamente dirigidas) ou do contrato celebrado com o *controller*, mas também se verificar o incumprimento das instruções lícitas recebidas por parte deste.

⁴⁷ Pedro Pais de Vasconcelos, Ob.cit, p. 229

⁴⁸ Pedro Pais de Vasconcelos, Ob.cit, p. 325

A violação das obrigações previstas para o *processor* ou de outros preceitos, desde que lhe imponham ou proíbam determinados comportamentos, possibilitam ao lesado fazer uso do mecanismo de responsabilidade civil previsto no artigo 82.º RGPD. Apesar disto, o *processor* não é um *atomato*, devendo, por isso, respeitar as obrigações impostas pelo RGPD e os direitos dos titulares dos dados, se necessário contrariando as instruções recebidas. O artigo 28.º/3 exige que o *processor* informe o *controller* se as instruções do primeiro violarem o RGPD ou outras europeias ou nacionais. Este, apenas pode ser responsabilizado se não cumprir instruções lícitas, artigo (82.º/2 RGPD). Sobre isto, acrescentamos que, se o *processor* atuar estritamente sob a alçada de instruções do *controller*, e dessa atuação resultar uma violação do RGPD ou legislação extravagante, pode ser responsabilizado, mas apenas se dessa atuação resultar a violação de uma obrigação específica.

A não responsabilização do *processor*, assim como do *controller*, ocorrerá sempre que consigam provar que não são modo algum responsável pelo facto que deu origem aos danos (art.82.º/3 RGPD).

Segundo o art. 82.º/5 RGPD, o sujeito que tiver a sido lesado por vários *controllers* ou *processors*, no âmbito do mesmo tratamento, responsabiliza apenas um dos agentes. A intenção do legislador parece ser a de acautelar a posição jurídica dos titulares dos dados, atribuindo ainda, quer ao *processor*, quer aos *controller*, um direito de regresso sobre os demais agentes.

Torna-se, assim, inequívoco que o RGPD consagra um regime de solidariedade obrigacional entre os corresponsáveis, invertendo o ónus da prova em caso de violação das obrigações por ele impostas.

Estas disposições revelam o carácter protetivo face titular dos dados. a partir do momento em que um determinado sujeito lida com dados alheios, assume uma esfera de risco e responsabilidade, devendo adotar medidas preventivas, com vista a assegurar a integridade dos mesmos.

9. Da responsabilidade obrigacional do *Processor*

A obrigação nasce para se extinguir, isto é, o devedor deve cumprir a obrigação de forma integral, tendo que corresponder ao que foi pré-estabelecido (art. 762º e 763º/1). Ficando satisfeito o interesse do credor, extingue-se o vínculo obrigacional. Desta forma, apesar da norma expressa no artº 406º CC, os vínculos obrigacionais podem ser violados pelo sujeito sobre quem recai o dever, culminando na insatisfação do interesse do credor.

Focar-nos-emos nas três modalidades que recaem no âmbito do não cumprimento das obrigações: a mora do devedor; o cumprimento defeituoso e a impossibilidade. No seguimento do até aqui exposto, assumindo o contrato do *processor* como um contrato misto, constituído por regras do mandato e da empreitada, procuraremos indagar qual as normas aplicáveis perante cada modalidade de incumprimento das obrigações por parte do *processor*.

9.1 O Cumprimento defeituoso do *processor*

O cumprimento defeituoso surge quando a obrigação é prestada, mas difere qualitativamente da obrigação devida, isto é, não cumpre os requisitos idóneos pré-estabelecidos. Trata-se de uma inexactidão qualitativa do cumprimento, em sentido amplo, e pode traduzir-se numa prestação com deformidade, num vício ou na falta de qualidade da mesma⁴⁹. O cumprimento defeituoso não está regulado na nossa lei em termos gerais, mas existem regras nalguns dos contratos em especial, nomeadamente no contrato de empreitada (arts. 1218º e ss). Atentemos no seguinte exemplo: no âmbito de processamento de salários, o *processor* troca os montantes devidos a cada trabalhador e processa retribuições abaixo das devidas, em alguns casos, e acima das devidas, noutros casos.

Na ausência de normas especiais nesta matéria previstas para o contrato de mandato, parece-nos ser de aplicar ao contrato misto entre o *controller* e *processor*

⁴⁹ José Bapstista Machado, resolução por incumprimento, in Estudos de Homenagem ao professor J.J Teixeira Ribeiro, 2º, 386 in Acórdão nº TRP_0656982 de 22-01-2007

as regras da empreitada relativamente a esta modalidade de não cumprimento da obrigação.

Ao abrigo do artigo 1208º, o empreiteiro “deve executar a obra em conformidade com o que foi convencionado, e sem vícios que excluam ou reduzam o valor dela, ou a sua aptidão para o uso ordinário ou previsto no contrato”, isto é, em sintonia com a regra geral (762º e 763º CC), o cumprimento da obrigação deve ser feito de forma integral, quantitativamente e qualitativamente, tal como foi acordada entre os contraentes. Segundo o artigo 1220º CC, cabe ao dono da obra, isto é, ao *controller*, denunciar ao *processor* os defeitos da obra, dentro dos 30 dias seguintes ao seu descobrimento. Se os defeitos puderem ser suprimidos, o *controller* tem direito de exigir ao *processor* a sua eliminação; se não puderem ser eliminados o *controller* pode exigir uma reformulação total do serviço. Contudo, se as despesas forem desproporcionadas em relação ao proveito, cessam os direitos conferidos supra (art.1221º/1 e 2 CC).

O 1222º CC estatui que, não sendo eliminados os defeitos, ou não havendo reformulação do serviço, o *processor* pode exigir a devolução do preço ou resolução do contrato, se os defeitos tornarem a obra inadequada aos fins a que se destina, sendo que a redução do preço é feita nos termos do artigo 884 CC. O exercício destes direitos não exclui o direito de ser indemnizado nos termos gerais (art. 562 e ss CC).

9.2 Mora do devedor

O retardamento da prestação origina a mora, ou seja, “o devedor considera-se constituído em mora quando, por causa que lhe seja imputável, a prestação, ainda possível, não foi efetuada no tempo devido” (art.804º/2CC). No contrato entre *controller* e *processor*, tal pode suceder, a título exemplificativo, quando o *processor*, subcontratado por uma entidade emissora de um novo cartão de crédito para fazer o tratamento automático dos dados dos titulares dos cartões, atrasa-se nesse tratamento, e, por isso, os cartões são fabricados e entregues aos titulares com atraso relativamente ao prazo que a entidade emissora tinha garantido aos titulares.

Em caso de silêncio das partes e, tendo em conta que nas regras especiais do mandato e da empreitada não são definidos prazos para o cumprimento da obrigação, aplicar-se-ão as regras gerais, previstas nos artigos 777º e ss CC. De acordo com o disposto no art.777/2º, algumas prestações, pela sua própria natureza, não podem ser imediatamente exigíveis ou cumpridas. Estas são as chamadas obrigações a prazo ou a termo. No contrato entre *controller* e *processor*, enquanto contrato de prestação de serviços inominado, existe a definição de um conjunto de serviços que são prestados ao longo do tempo. Assim, relativamente à vigência do contrato, não nos parece que o prazo seja essencial, uma vez que contrato pode vigorar por tempo indeterminado (sem que isso altere a natureza do contrato). Contudo, no caso do cumprimento de certas obrigações, certamente o contrato conterà prazos determinados para o cumprimento dessas obrigações: recorrendo novamente ao caso de processamento de salários, este tem de ser feito for forma a que cada trabalhador receba o seu vencimento antes do fim do mês a que este respeita.

Se a obrigação não for cumprida no prazo estipulado, mas esta ainda for possível, mantendo-se o interesse do credor, estamos perante a mora do devedor (art.804º CC), ou seja, o retardamento do prazo ou retardamento da prestação imputável ao devedor a título de culpa. Na dúvida, a mora imputa-se ao devedor, devendo fazer ele prova em contrário. Quanto aos efeitos da mora, cabe ao devedor reparar os danos causados ao credor (art. 804º/1), abrangendo as despesas causados ao credor e os juros moratórios. A mora do devedor inverte o risco da perda ou deterioração da coisa, que deve ser entregue ao credor, passando a correr por conta do devedor. (art. 807º CC).

Por fim, quando o credor perder interesse na prestação (art.808º CC), ou quando pretenda terminar a situação de mora, para que possa resolver o contrato e desvincular-se da contraprestação, deve o credor estabelecer um prazo suplementar razoável, isto é, um termo perentório para a realização da prestação em falta (interpelação admonitória – art.808º/1 CC). Se passando esse prazo e o processor não cumprir, a mora transforma-se em incumprimento definitivo, pelo que

responderá nos termos da responsabilidade obrigacional (art.798ºCC), devendo indemnizar o controller (arts. 562 e ss CC).

9.3 Impossibilidade de cumprimento imputável ao devedor

À semelhança do regime previsto em caso de mora do devedor, o CC não estabelece, quer para o mandato, quer para a empreitada, qualquer disposição especial para esta forma de incumprimento. Surge como passo lógico, mais uma vez, atentar às regras gerais estatuídas.

No entender de MENEZES CORDEIRO, o incumprimento definitivo consubstancia uma situação de desistência, por parte do Direito, em manter o dever de prestar principal, na expectativa que o devedor (neste caso) o cumpra.⁵⁰

O dever de prestar, quando é impossível por causa imputável ao devedor, extingue-se naturalmente, sendo que o mesmo é responsável como se faltasse culposamente ao cumprimento da obrigação (art.801º/1 CC), resultando num fator de extinção das obrigações (art.790º/1 CC) e de invalidade do negócio (art.280º CC). Tratando-se de um contrato bilateral, como é o caso do contrato entre o *controller* e o *processor*, pode o credor resolver o contrato e exigir indemnização e, se já tiver realizado a prestação, pode pedir a restituição da mesma por inteiro (art.801º/2 CC).

A impossibilidade do cumprimento por causas imputáveis ao devedor, obriga o devedor a indemnizar o prejuízo causado ao credor. O art.788º CC expressamente estipula que “o devedor que falta culposamente ao cumprimento da obrigação, torna-se responsável pelo prejuízo que causar ao credor”.

Pensemos no seguinte exemplo: se A (*processor*) se compromete contratualmente com B (*controller*) a realizar o armazenamento de certos e determinados dados pessoais em *cloud* e, por desleixo seu na utilização do *software*,

⁵⁰ MENEZES CORDEIRO, Tratado de Direito Civil Português, II, Direito das Obrigações, tomo IV: Cumprimento e não cumprimento; Transmissão; Modificação e Extinção; Garantias, Almedina, 2010, p.135.

esses mesmos dados forem eliminados, antes do mesmo ter cumprido a obrigação, *in casu*, está-se, perante a uma impossibilidade da prestação imputável ao devedor, sendo esta equiparada ao incumprimento definitivo.

Visto que estamos perante um contrato de prestações recíprocas, cumpre analisar o regime previsto no art.º 801º/2. De acordo com este, o credor, neste caso, o *controller*, pode dar uso a uma série de mecanismos: resolver o contrato, ou exigir a restituição da prestação que haja efetuado, tendo sempre a possibilidade, independentemente da opção escolhida, de pedir uma indemnização pelos danos causados.

10. Conclusão

A dissertação em análise teve como objetivo qualificar juridicamente o contrato entre o *processor* e o *controller* uma vez que, apesar da relativa clareza com que o RGPD delimita ambos os conceitos, as dúvidas levantam-se quanto ao âmbito da natureza contratual que rege as relações de ambos.

O *controller* é a pessoa singular ou coletiva que define quais as finalidades e os meios de tratamento de dados. É um conceito caracterizado pelo seu dinamismo, sendo essencial a existência de um efetivo controlo material perante os dados, e pela sua autonomia, devendo sempre ser interpretado em harmonia com as disposições do RGPD. O *processor*, por seu turno, é uma figura cuja existência está dependente de uma decisão por parte do *controller* e, sendo dotado de autonomia jurídica e fáctica em relação ao primeiro, trata os dados em por conta deste, estando adstrito a funções de carácter maioritariamente técnico. Deste modo, tem que atuar em conformidade com os interesses do beneficiário da relação (o *controller*), cingindo-se às finalidades por este definidas.

O subcontrato entre *controller* e *processor* subsume-se a uma modalidade contratual que implica a constituição de uma relação nova, coexistente com a primeira, tendo as duas um sujeito comum (o *controller*) com posições distintas e complementares.

Analisamos o conteúdo mínimo do contrato entre *controller* e *processor* bem como as obrigações imputadas ao último, no âmbito do RGPD. Posteriormente, e após análise do regime específico do contrato de empreitada e do mandato, procuramos indagar qual as semelhanças existentes entre estes e contrato do *processor*.

Apesar de termos verificados a existência de várias similitudes com ambos, as flagrantes diferenças culminaram na impossibilidade de uma aplicação uniforme do regime específico previsto para cada um dos tipos contratuais.

Assim, traduzindo-se a qualificação dos contratos num juízo ponderado e não num juízo de total correspondência, ou de não correspondência, concluímos que o contrato do *processor* se traduz num contrato de prestação de serviços atípico. Posteriormente, após demonstrarmos que este contrato resulta da conjugação de dois tipos contratuais (do contrato de empreitada e do contrato de mandato que são adaptados, modificados ou misturados por forma a satisfazerem o interesse contratual das partes, terminamos o processo de qualificação do contrato, concluindo que se trata de um contrato atípico misto de tipo duplo

A necessidade de qualificar o contrato adquiriu assim uma importância central no domínio prático, pelo facto de, estando nós perante um contrato de prestação de serviços inominado, pretendermos dar resposta à questão de qual o regime aplicável em caso de responsabilidade do *processor* perante o titular dos dados. Deste modo, debruçamo-nos nas três modalidades que recaem no âmbito do não cumprimento das obrigações e procuramos indagar qual as normas aplicáveis perante cada modalidade de incumprimento por parte do *processor*.

No âmbito do cumprimento defeituoso, da leitura das disposições no regime especial do contrato de empreitada e, perante uma ausência de qualquer previsão nesta matéria no âmbito do contrato de mandato, caso o incumprimento do *processor* se subsuma a esta modalidade, concluímos pela aplicação das regras do contrato de empreitada. No que concerne à mora de do devedor, (neste caso, o *processor*), bem como à impossibilidade de cumprimento que a este for imputável, o resultado foi semelhante. A ausência de normas especiais inerentes ao regime especial do mandato e da empreitada no que concerne a estas modalidades, resultam na necessidade, quer num, quer noutro, da aplicação do regime geral.

11. Bibliografia Citada

1. A. Barreto Menezes Cordeiro, *Da Responsabilidade Civil Por Tratamento de Dados Pessoais*, 2018
2. A.Sallez , J.Schlegel, *La Sous-Traitance Dans L'Industrie*, 1962, Tradução de Carlos Corrêa Gago, p.7.
3. Alexandre Sousa Pinheiro, *Privacy e Protecção de Dados Pessoais: A Construção Dogmática do Direito à Identidade Informacional*, AAFDL, 2015
4. António Barreto Menezes Cordeiro, *O Consentimento do Titular dos Dados no RGPD*, 2018
5. Antunes Varela, *Das Obrigações em geral*, vol I, 10 edição, Almedina, 2004
6. Data Protection Working Party, *Guidelines on Data Protection Impact Assessment (DPIA) and determining whether processing is “likely to result in a high risk” for the purposes of Regulation 2016/679*, 2017
7. Data Protection Working Party, *Opinion 1/2010 on the concepts of “controller” and “processor”* (WP 169), 16-fev.-2010
8. Data Protection Working Party, *Opinion 1/2010 on the concepts of “controller” and “processor”* (WP 169), 2010
9. Information Commissioner's Office, *Data controllers and data processors: what the difference is and what the governance implications are*, *Data Protection Act* , 2014
10. Inocêncio Galvão Telles, *Manual dos Contratos em Geral , Refundido e Atualizado*, Coimbra Editora, 2002.
11. José Baptista Machado, *Resolução por incumprimento*, in Estudos de Homenagem ao professor J.J Teixeira Ribeiro
12. José Manuel de Oliveira Antunes e Anabela Costa Pouseiro, *Subempreitadas de Obras Públicas e Subcontratação*, Quid Juris?, Lisboa, 2001
13. Luis Manuel Menezes Leitão, *Direito das Obrigações*, Volume III, 2010
14. Luís Pica, *As Avaliações de Impacto, O Encarregado de Dados Pessoais e a Certificação no Novo Regulamento de Protecção de Dados Pessoais*, *CiberLaw*, Vol.1, Nº5, Março de 2018

15. Mafalda Miranda Barbosa, *Data controllers e data processors: da responsabilidade pelo tratamento de dados à responsabilidade civil*, Revista de Direito Comercial, 15-mar.-2018
16. Manuel Januário da Costa Gomes, *Contrato de Mandado*, A.A.F.D.L, 2007, Reimpressão da Edição de 1990, p.14.
17. Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil Português*, II, *Direito das Obrigações, tomo IV: Cumprimento e não cumprimento; Transmissão; Modificação e Extinção; Garantias*, Almedina, 2010, p.135.
18. Menezes Leitão, *Direito das Obrigações*, Vol. III, *Contratos em Especial*, 7ª Edição, Almedina, 2010
19. Paul Voigt/Axel von dem Bussche, *The EU General Data Protection Regulation (RGPD): A Practical Guide*, Springer, 2017
20. Pedro Pais de Vasconcelos, *Contratos Atípicos*, Almedina,
21. Pedro Romano Martinez, *Direito das Obrigações, Parte Especial*, 2ª Edição, Almedina, 2010
22. Pedro Romano Martinez, *O Subcontrato*, Almedina, Coimbra, 1989
23. Data Protection Working Party, *Explanatory Document on the Processor Binding Corporate Rules*, 2013