

## A RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRA CONTRATUAL DO DATA CONTROLLER POR FACTO DO DATA PROCESSOR <sup>1</sup>

*Henrique Sousa Antunes* <sup>2</sup>

### 1. Enquadramento

A responsabilidade civil pelos danos emergentes da violação de normas sobre a proteção de dados convoca a análise dos pressupostos gerais da responsabilidade e, certamente, a apreciação de cenários variados que determinam o surgimento do dever de indemnizar. Não é esse o nosso propósito, antes somos motivados pelo objetivo de averiguar a possibilidade e o alcance de um responsável pelo tratamento de dados (*data controller*) estar obrigado a indemnizar os danos causados por um comportamento, um facto, do subcontratante (*data processor*).

Apresenta-se como arquétipo da responsabilidade a associação do dever de ressarcir a uma conduta culposa do agente, constituindo a obrigação de indemnizar sem culpa exceção. Neste sentido, veja-se o artigo 483.º, n.º 2, do Código Civil português: «Só existe obrigação de indemnizar independentemente de culpa nos casos especificados na lei».

---

<sup>1</sup> Este texto serviu de apoio à nossa intervenção nas IV Jornadas Luso-Brasileiras de Responsabilidade Civil (5 de novembro de 2020, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra) e foi publicado, pela primeira vez, nos «Cadernos de Direito Privado», n.º 70 (abril/junho 2020).

<sup>2</sup> Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa.

A responsabilidade por facto de terceiro é, por definição, uma responsabilidade objetiva, pois, de outro modo, a presença de culpa na escolha do terceiro (*culpa in eligendo*), nas instruções que lhe foram dadas (*culpa in instruendo*), ou na fiscalização da atividade que foi exercida (*culpa in vigilando*), sempre determinaria a afirmação de uma responsabilidade por facto próprio.

O que neste texto se pretende indagar é, de forma escalonada, a natureza da responsabilidade civil pela violação das regras sobre a proteção de dados no direito europeu e, dependendo da resposta a esta questão, o fundamento e o alcance de uma responsabilidade do *data controller* por facto do *data processor* na lei portuguesa. A análise é parametrizada, fundamentalmente, pelo Regulamento Geral de Proteção de Dados [RGPD – Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016], pela Lei n.º 58/2019, de 8 de agosto [Lei de Execução - assegura a execução, na ordem jurídica nacional, do Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento e do Conselho, de 27 de abril de 2016, relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados], e pelo direito civil português.

Adverte-se que, sem prejuízo de os temas indicados assumirem relevância em sede contratual e extracontratual, o plano aquiliano orientar-nos-á nesta reflexão. No RGPD, a ilicitude pressupõe a violação do regulamento. Trata-se, em suma, do incumprimento de disposições legais destinadas a proteger interesses alheios, opção que permite simplificar o juízo de desvalor acerca da violação dos direitos de terceiro<sup>3</sup> <sup>4</sup>. São normas de proteção as regras que delimitam a licitude do tratamento de dados e outras que, disciplinando a atividade do responsável pelo tratamento ou do subcontratante, pretendem salvaguardar

---

<sup>3</sup> Sobre o interesse desta modalidade de ilicitude, veja-se, por todos, Jorge Ferreira Sinde Monteiro, *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*, Coimbra, 1989, págs. 237 e seguintes.

<sup>4</sup> A falta de uma referência específica à lesão de direitos absolutos legitimará, porventura, a responsabilidade pela violação de direitos de crédito ou a relevância de danos puramente patrimoniais. Sublinha-se que o enunciado do RGPD foi acolhido no artigo 33.º, n.º 1, da Lei de Execução: «Qualquer pessoa que tenha sofrido um dano devido ao tratamento ilícito de dados ou a qualquer outro ato que viole disposições do RGPD ou da lei nacional em matéria de proteção de dados pessoais, tem o direito de obter do responsável ou subcontratante a reparação pelo dano sofrido».

os interesses do titular <sup>5</sup>. O legislador parece, contudo, ter ido mais longe, diluindo, até, a indagação sobre o escopo das normas que regulam matéria diversa do tratamento <sup>6</sup>.

O facto de a licitude do tratamento de dados descobrir razões alheias ao consentimento do titular (artigo 6.º do RGPD) e de esse consentimento ter um alcance diferente da assunção de uma vinculação contratual do seu prestador justifica alguma contenção da responsabilidade negocial <sup>7</sup>. Aceita-se, no entanto, que o tratamento encontre justificação numa relação contratual entre o responsável e o titular e, nessa medida, o comportamento ilícito convoque a responsabilidade obrigacional: «Ainda que o contrato não tenha como objeto essa proteção dos dados, a boa-fé pode impor determinados deveres de cuidado que, quando violados, geram responsabilidade contratual» <sup>8 9</sup>. Ainda assim, a

---

<sup>5</sup> Sobre o sentido alargado do conceito de ilicitude, vejam-se, em especial, Mafalda Miranda Barbosa, *Data controllers e data processors: da responsabilidade pelo tratamento de dados à responsabilidade civil*, in «Revista de Direito Comercial», [www.revistadedireitocomercial.com](http://www.revistadedireitocomercial.com), 2018, págs. 450 e segs., e A. Barreto Menezes Cordeiro, *Direito da Proteção de Dados (à luz do RGPD e da Lei n.º 58/2019)*, Coimbra, 2020, págs. 382 e seguintes. Esse conceito amplo foi, como vimos, acolhido no artigo 33.º, n.º 1, da Lei de Execução.

<sup>6</sup> O fim de proteção da norma parece descobrir-se na verificação da própria lesão (artigo 82.º, n.º 1, do RGPD). Serve esta orientação a intencionalidade subjacente à aprovação de um regime de proteção de dados. Na perspetiva de alguns Autores, encontra-se o fundamento na identidade ou autodeterminação informacional (Alexandre Sousa Pinheiro, *Privacy e proteção de dados pessoais: a construção dogmática do direito à identidade informacional*, Lisboa, 2015, e A. Barreto Menezes Cordeiro, *Direito da Proteção de Dados (à luz do RGPD e da Lei n.º 58/2019)*, cit., págs. 257 e segs.). Segundo outros, a proteção de dados tem como objeto múltiplos direitos de personalidade, excluindo a limitação à privacidade que o direito à identidade informacional pressuporá: «A proteção de dados pessoais afigura-se fundamental a diversos níveis. Em primeiro lugar, ela é vital para a salvaguarda da identidade do sujeito, já que a divulgação de dados pessoais pode levar a que outros se apropriem daquela ou que haja dela uma deturpação, levando a que a pessoa seja confundida com outra ou que seja desvirtuada a verdade pessoal do sujeito; em segundo lugar, torna-se essencial para garantir que não se divulgam determinados elementos que, dizendo respeito ao sujeito, podem ser motivo de discriminação, sendo por isso determinante para a defesa da igualdade; em terceiro lugar, ela é fulcral para a defesa da privacidade do sujeito, bem como para outros direitos de personalidade como a honra» (Mafalda Miranda Barbosa, *Data controllers e data processors: da responsabilidade pelo tratamento de dados à responsabilidade civil*, cit., págs. 486 e seg.).

<sup>7</sup> Sobre a distinção entre o consentimento e o contrato, veja-se Martin Schmidt-Kessel, *Consent for the Processing of Personal Data and its Relationship to Contract*, in «Digital Revolution – New Challenges for Law» (edited by Alberto De Franceschi/Reiner Schulze), München/Baden-Baden, 2019, págs. 75 e seguintes.

<sup>8</sup> Mafalda Miranda Barbosa, *Data controllers e data processors: da responsabilidade pelo tratamento de dados à responsabilidade civil*, cit., pág. 452.

<sup>9</sup> Como se perceberá pela leitura do texto, uma visão comprometida com a subjetividade da responsabilidade do devedor ao abrigo do artigo 800.º do Código Civil português suscitará a objeção da eventual incompatibilidade desse preceito com o RGPD. Sobre o artigo 800.º, veja-se, por todos, José Carlos Brandão Proença, *Lições de Cumprimento e Não Cumprimento das Obrigações*, 3.ª edição, Porto, 2019, págs. 321 e segs. («(...) A responsabilidade do nosso normativo é uma responsabilidade plenamente objetiva? Pelo menos na perspetiva do direito constituído, a resposta deve ser negativa (...). Não querendo, efetivamente, o legislador consagrar, no art. 800.º, um regime mais benéfico ou mais desfavorável para o credor do que aquele que seria retirado da atuação pessoal do devedor, o mesmo legislador, porventura numa formulação menos conseguida, quis deixar vincada a ideia de que o devedor, como só responderia caso tivesse culpa, também só deveria responder caso houvesse culpa dos seus auxiliares ou representantes legais. Tudo se passa, pois, como se fosse ele a atuar, como se a culpa fosse dele» - pág. 329).

responsabilidade autónoma de um subcontratante amparará o concurso real de imputações quando, no contexto de um vínculo jurídico obrigacional entre o responsável e o titular, aquele recorre a um *data processor*. Nesse caso, a responsabilidade extracontratual é convocada para estabelecer o dever de indemnizar do subcontratante perante o titular.

## 2. A natureza objetiva da responsabilidade civil prevista no RGPD

O artigo 82.º do RGPD, com a epígrafe “direito de indemnização e responsabilidade”, utiliza uma terminologia equívoca na determinação do dever de indemnizar do responsável pelo tratamento e do subcontratante, projetando essa incerteza sobre a natureza, subjetiva ou objetiva, da responsabilidade de ambos os sujeitos.

De acordo com o n.º 3 daquele artigo, «o responsável pelo tratamento ou o subcontratante fica isento de responsabilidade nos termos do n.º 2, se provar que não é de modo algum responsável pelo evento que deu origem aos danos»<sup>10</sup>. Na análise deste preceito é indispensável a apreciação da exigência da ilicitude, que agora se retoma com a transcrição do n.º 2 do artigo: «Qualquer responsável pelo tratamento que esteja envolvido no tratamento é responsável pelos danos causados por um tratamento que viole o presente regulamento. O subcontratante é responsável pelos danos causados pelo tratamento apenas se não tiver cumprido as obrigações decorrentes do presente regulamento dirigidas especificamente aos subcontratantes ou se não tiver seguido as instruções lícitas do responsável pelo tratamento». Estão, pois, compreendidos na indemnização os danos patrimoniais e não patrimoniais sofridos pelo lesado em resultado de uma conduta ilícita do lesante (n.º 1 do artigo).

A verificação do preenchimento da ilicitude e o registo da imputação parecem encaminhar o intérprete para uma responsabilidade civil por factos ilícitos, subjetiva ou com culpa.

---

<sup>10</sup> Lembra-se, ainda, que segundo o artigo 2.º, n.º 4, do RGPD, são aplicáveis ao *data controller* as isenções de responsabilidade previstas na «Diretiva sobre o comércio eletrónico»: «O presente regulamento não prejudica a aplicação da Diretiva 2000/31/CE, nomeadamente as normas em matéria de responsabilidade dos prestadores intermediários de serviços previstas nos seus artigos 12.º a 15.º». Estas normas referem-se, apenas, ao simples transporte, à armazenagem temporária (“caching”) e à armazenagem em servidor. Nos termos do artigo 15.º, n.º 1, da Diretiva referida, para o fornecimento dos serviços indicados, «os Estados-Membros não imporão aos prestadores (...) uma obrigação geral de vigilância sobre as informações que estes transmitam ou armazenem, ou uma obrigação geral de procurar ativamente factos ou circunstâncias que indiquem ilicitudes».

São pressupostos desta responsabilidade: o facto voluntário, a ilicitude, a culpa, o dano e o nexo de causalidade entre o facto e dano. Neste sentido se vem pronunciando alguma doutrina portuguesa <sup>11</sup>.

O conceito de imputação é, no entanto, versátil, apresentando-se como uma expressão da culpa ou enquanto indicação da causalidade. A imputação é subjetiva ou objetiva. A menção isolada a esse conceito revela-se, então, insuficiente para determinar a natureza da responsabilidade correspondente.

Entendimento diverso, dir-se-á, encontra na necessidade da ilicitude o seu fundamento. A indispensabilidade da violação das regras sobre o tratamento de dados ou de outras normas do RGPD constituiria indício suficiente de uma responsabilidade com culpa. E, contudo, parece manifesta a congruência da ilicitude com o dever de indemnizar sem um comportamento censurável, questionando a doutrina, apenas, a indispensabilidade desse pressuposto na responsabilidade objetiva <sup>12</sup>.

A análise da natureza da responsabilidade civil no RGPD beneficia de uma abordagem retrospectiva, apreciando o modo como a Diretiva 95/46, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de outubro de 1995, substituída pelo regulamento, disciplinava a matéria <sup>13</sup>. Está em causa o artigo 23.º da Diretiva.

De acordo com o preceito, sobre a responsabilidade, «os Estados-membros estabelecerão que qualquer pessoa que tiver sofrido um prejuízo devido ao tratamento ilícito de dados ou a qualquer outro ato incompatível com as disposições nacionais de execução da presente diretiva tem o direito de obter do responsável pelo tratamento a reparação pelo prejuízo» (n.º 1). Ainda, «o responsável pelo tratamento poderá ser parcial ou totalmente

---

<sup>11</sup> Veja-se Cristina Pimenta Coelho, *Comentário ao Regulamento Geral de Proteção de Dados* (coordenação de Alexandre Sousa Pinheiro), Coimbra, 2018, págs. 635 e seg., e A. Barreto Menezes Cordeiro, *Direito da Proteção de Dados (à luz do RGPD e da Lei n.º 58/2019)*, cit., págs. 393 e seg. (adverte-se, porém, que este último autor se refere a uma presunção de *faute* e, de qualquer forma, que os exemplos apresentados correspondem a causas de exclusão da responsabilidade objetiva (facto de terceiro, culpa do lesado ou caso de força maior): «(...) (i) um terceiro acede, ilicitamente, aos dados recolhidos, mas o responsável ou o subcontratante demonstram terem cumprido todas as medidas de segurança previstas no artigo 32.º; (ii) um terceiro divulga os dados transmitidos pelo responsável, mas prova, em juízo, ter sido feita com o consentimento dos respetivos titulares e no estrito cumprimento de todas as exigências impostas pelo RGPD; ou (iii) os danos podem mesmo não poder, de todo, ser imputáveis a qualquer pessoa: *Act of God*» - pág. 394).

<sup>12</sup> Neste sentido, e por todos, Mário Júlio de Almeida Costa, *Direito das Obrigações*, 12.ª edição, Coimbra, 2009, pág. 612.

<sup>13</sup> A Diretiva regulava a proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados.

exonerado desta responsabilidade se provar que o facto que causou o dano lhe não é imputável» (n.º 2). Entretanto, a Diretiva nada estabelecia a respeito de uma eventual responsabilidade do *data processor*.

A transposição da Diretiva verificou-se com a Lei n.º 67/98, de 26 de outubro, replicando o legislador português o texto do artigo 23.º da Diretiva 95/46/CE. O artigo 34.º, n.º 2, da Lei indicada permitia a exclusão, total ou parcial, da responsabilidade se o *data controller* provasse que o facto que constituiu a causa do dano não lhe era imputável.

A responsabilidade prevista no artigo 23.º foi sendo caracterizada como uma responsabilidade objetiva<sup>14</sup>. Para a exoneração da responsabilidade, revelava-se insuficiente a demonstração da ausência de censurabilidade da conduta. Sublinhando-se que a culpa acompanharia, naturalmente, a prova da ilicitude do comportamento, pressuposto do dever de indemnizar, resguardava-se, porém, a importância de uma imputação objetiva acerca das obrigações de resultado e da responsabilidade do *data controller* por facto do *data processor*<sup>15</sup>.

Ou seja, a possibilidade de a responsabilidade ser afirmada com um juízo de independência em relação à culpa permitia vincular o responsável pelo tratamento de dados ao dever de indemnizar os danos causados pela violação de uma obrigação de resultado a que estivesse exposto e pelas lesões que emergissem do comportamento de um subcontratante<sup>16</sup>.

Nesta caracterização, relevância merece o considerando 55 da Diretiva 95/46. Lê-se: «(...) os danos de que podem ser vítimas as pessoas em virtude de um tratamento ilegal devem ser ressarcidos pelo responsável pelo tratamento, o qual só pode ser exonerado da sua responsabilidade se provar que o facto que causou o dano lhe não é imputável, nomeadamente quando provar existir responsabilidade da pessoa em causa ou um caso de força maior» (itálico nosso)<sup>17</sup>.

---

<sup>14</sup> Veja-se, por todos, Brendan Van Alsenoy, *Liability under EU Data Protection Law: From Directive 95/46 to the General Data Protection Regulation*, 7 (2016) JIPITEC, §§ 6-9.

<sup>15</sup> Brendan Van Alsenoy, *Liability under EU Data Protection Law: From Directive 95/46 to the General Data Protection Regulation*, cit., § 6.

<sup>16</sup> Observe-se que o juízo de responsabilidade do *data controller* por facto do *data processor* adquiria um interesse significativo em razão de, como vimos, a Diretiva 95/46 restringir o dever de indemnizar ao responsável pelo tratamento (veja-se Brendan Van Alsenoy, *Liability under EU Data Protection Law: From Directive 95/46 to the General Data Protection Regulation*, cit., §§7-8).

<sup>17</sup> A esta luz, os trabalhos preparatórios do artigo 23.º, n.º 2, da Diretiva 95/46 reforçam a conclusão sobre a natureza objetiva da responsabilidade aí prevista (neste sentido, Brendan Van Alsenoy, *Liability under*

A fórmula abrange num sentido lato de força maior situações que, em instrumentos jurídicos de referência, servem de causas autónomas de exclusão da responsabilidade objetiva (factos naturais e humanos). Tome-se como paradigma o artigo 7:102 dos *Principles of European Tort Law*, sobre a exclusão ou limitação da responsabilidade objetiva: «(1) A responsabilidade objetiva pode ser excluída ou reduzida se a lesão foi causada por uma imprevisível e irresistível a. força da natureza (força maior), ou b. facto de terceiro»<sup>18</sup>. A norma evidencia a variação terminológica nesta sede. Em comentário ao artigo, escreve-se: «*While war or terrorism also often fall under that notion (force majeure), which is rather conduct of third parties, we reduced the meaning to natural events of massive impact. It is frequently addressed in international conventions as an “exceptional natural phenomenon that is not avoidable, unpredictable and irresistible”*»<sup>19</sup>.

Breves linhas impõe ainda a referência à culpa do lesado como fator de exoneração da responsabilidade. A solução rejeita o entendimento tradicional de que a culpa afasta, sem mais, o risco, orientação manifestamente ultrapassada pela evolução do pensamento jurídico, doutrinal e jurisprudencial, e, até, do direito regulado<sup>20</sup>. Ressalve-se, porém, que só em casos de imputação objetiva tem a inclusão da culpa uma vocação excludente equiparável às hipóteses de força maior. De outro modo, a proporcionalidade da resposta indemnizatória já resultaria da matriz específica da responsabilidade civil.

Centremos a nossa reflexão na responsabilidade do *data controller* por facto do subcontratante. A circunstância de a Diretiva 95/46 desconhecer a responsabilidade do *data processor* mais acentuou a relevância da imputação objetiva. No RGPD foi, no

---

*EU Data Protection Law: From Directive 95/46 to the General Data Protection Regulation*, cit., notas 24 e 38). Numa primeira versão (então, artigo 21.º, n.º 2), a norma estabelecia a possibilidade de exoneração do responsável pelo tratamento de dados com a prova de que tomara as medidas adequadas ao cumprimento dos deveres de segurança previstos nos artigos 18.º e 22.º: «*The Member States may provide that the controller of the file shall not be liable for any damage resulting from the loss or destruction of data or from unauthorized access if he proves that he has taken appropriate measures to fulfil the requirements of Articles 18 and 22*» [COM(90) 314 final, de 13 de setembro de 1990 – *Commission Communication on the protection of individuals in relation to the processing of personal data in the Community and information security/Proposal for a Council Directive concerning the protection of individuals in relation to the processing of personal data – SYN 287*]. A versão final resultou de uma opção do Conselho, sabendo que o Parlamento Europeu se pronunciara no sentido da eliminação da faculdade de os Estados permitirem a exclusão da responsabilidade com a demonstração do cumprimento de deveres de diligência

<sup>18</sup> Tradução de Jorge Ferreira Sinde Monteiro e André Gonçalo Dias Pereira, em *European Group on Tort Law, Principles of European Tort Law – Text and Commentary*, Wien/New York, 2005, pág. 254.

<sup>19</sup> *European Group on Tort Law, Principles of European Tort Law – Text and Commentary*, cit., pág. 128.

<sup>20</sup> Na verdade, a exoneração seria total ou parcial (artigo 23.º, n.º 2, da Diretiva 95/46, já citado).

entanto, afirmada a responsabilidade do *data processor* (artigo 82.º, n.º 2, já citado). Será legítimo ver nessa imputação traços de uma reinterpretação da natureza da responsabilidade do *data controller*, submetendo-a ao pressuposto da culpa?

A resposta afigura-se-nos negativa. O subcontratante não veio ocupar o espaço correspondente à esfera de risco do *data controller*. O responsável pelo tratamento é responsável pelo cumprimento dos princípios essenciais relativos ao tratamento de dados pessoais (artigo 5.º, n.º 2, do RGPD)<sup>21</sup>. Lembra-se que, nos termos do artigo 4.º, n.º 7, do RGPD, o responsável pelo tratamento é a «pessoa singular ou coletiva, a autoridade pública, a agência ou outro organismo que, individualmente ou em conjunto com outras, determina as finalidades e os meios de tratamento de dados pessoais». A legitimidade do *data processor* é, pois, enquadrada por essa determinação dos termos essenciais do tratamento em que a atuação por conta do *data controller* se dá.

A definição dos fins e meios do tratamento cabe ao *data controller*, respondendo o subcontratante como responsável pelo tratamento se exceder os limites da sua atuação por conta deste último (artigo 28.º, n.º 10, do RGPD)<sup>22</sup>. Assim, é o responsável pelo tratamento que cria o perigo da violação e que procura com esse risco a materialização de um benefício. Esse espaço de fundamentação de uma responsabilidade objetiva permanece alocado, exclusivamente, ao *data controller*<sup>23</sup>.

A responsabilidade do subcontratante esgota-se no desrespeito dos deveres decorrentes do RGPD destinados especificamente aos subcontratantes ou das instruções lícitas do responsável pelo tratamento (artigo 82.º, n.º 2, do RGPD). Há, pois, uma notória vinculação do subcontratante ao *data controller* (artigo 28.º, n.º 3, do RGPD).

---

<sup>21</sup> Como escreve A. Barreto Menezes Cordeiro, esta regra «impossibilita que o responsável delegue o dever aí contido, a título exemplificativo, num subcontratante ou num encarregado de proteção de dados» (*Direito da Proteção de Dados (à luz do RGPD e da Lei n.º 58/2019)*, cit., pág. 161).

<sup>22</sup> Constitui um subsídio essencial para a delimitação dos conceitos de *data controller* e de *data processor* o Parecer 1/2010, adotado, em 16 de fevereiro de 2010, pelo Grupo de Trabalho do Artigo 29.º (grupo consultivo e independente de proteção das pessoas a respeito ao tratamento de dados pessoais, instituído ao abrigo do artigo 29.º da Diretiva 95/46).

<sup>23</sup> Explicando, pois, a sua esfera de responsabilidade. Nas palavras de Mafalda Miranda Barbosa: «O que o preceito (artigo 82.º, n.º 3, do RGPD) estabelece é a regra da inversão do ónus da prova da imputação (outrora dita causalidade), de tal modo que, havendo mais do que uma esfera de responsabilidade em relação a um mesmo conjunto de dados, relativamente ao qual se verifica um evento danoso, ambos são responsabilizados solidariamente, exceto se, no posterior cotejo de esferas de responsabilidade a que se processe, se perceba que a esfera de responsabilidade de um agente consome a do outro» (*Data controllers e data processors: da responsabilidade pelo tratamento de dados à responsabilidade civil*, cit., pág. 456).

Associado ao que se escreveu, o texto do RGPD parece, entretanto, confirmar a natureza objetiva da responsabilidade do responsável pelo tratamento. O silêncio do regulamento a respeito dos motivos de exoneração de responsabilidade previstos no considerando 55 da Diretiva 95/46 não autoriza uma interpretação diversa na prova de que o agente «não é de modo algum responsável pelo evento que deu origem aos danos» (artigo 82.º, n.º 3, do RGPD). São, essencialmente, três as razões que justificam aquela afirmação: a predisposição para uma correspondência entre a violação dos deveres e a culpa não obscurece a exigência de um regime de responsabilidade adaptado à natureza das obrigações de resultado; a restrição da inexistência de circunstâncias que permitam estabelecer a imputação do facto ao agente a situações em que a associação à lesão não pode «de modo algum» ser feita (exigência que a Diretiva 95/46 desconhecia), reforça o lugar da responsabilidade objetiva por facto de terceiro <sup>24</sup>; a intencionalidade descoberta na letra do preceito, que acompanha o artigo 23.º, n.º 2, da Diretiva 95/46, e no considerando 146 do RGPD. Algumas notas desenvolvem estes argumentos.

Desde logo, o RGPD impõe certas obrigações de resultado ao responsável pelo tratamento <sup>25</sup>. Entre outras, refere-se a prevista no artigo 13.º, n.º 3: «Quando o responsável pelo tratamento de dados pessoais tiver a intenção de proceder ao tratamento posterior dos dados pessoais para um fim que não seja aquele para o qual os dados tenham sido recolhidos, antes desse tratamento o responsável fornece ao titular dos dados informações sobre esse fim e quaisquer outras informações pertinentes, nos termos do n.º 2» <sup>26</sup>. Aproximam-se destas obrigações os deveres que tomam o risco para terceiros como parâmetro de diligência. Pense-se na natureza intermédia da responsabilidade que, na lei civil portuguesa, o artigo 493.º, n.º 2, estabelece para as atividades perigosas <sup>27</sup>. Ou, no

---

<sup>24</sup> Veja-se Brendan Van Alsenoy, *Liability under EU Data Protection Law: From Directive 95/46 to the General Data Protection Regulation*, cit., § 44.

<sup>25</sup> Reconhece-se, porém, que, em geral, os deveres que o vinculam são formulados como obrigações de meios. Acompanhando Brendan Van Alsenoy, *Liability under EU Data Protection Law: From Directive 95/46 to the General Data Protection Regulation*, cit., § 40, é paradigmática a exigência da utilização de *medidas razoáveis* para informar o responsável efetivo pelo tratamento dos dados de que o titular solicitou o apagamento (artigo 17.º, n.º 2, do RGPD).

<sup>26</sup> É o exemplo dado por Brendan Van Alsenoy, *Liability under EU Data Protection Law: From Directive 95/46 to the General Data Protection Regulation*, cit., § 40.

<sup>27</sup> Escreve, a este propósito, Luís Manuel Teles de Menezes Leitão: «(...) o legislador exige a demonstração de que o agente “empregou todas as providências exigidas pelas circunstâncias com o fim de prevenir” os danos, o que parece apontar para um critério mais rigoroso de apreciação da culpa, ou seja, para o critério da *culpa levíssima*» (*Direito das Obrigações*, vol. I (*Introdução. Da constituição das obrigações*), 15.ª edição, Coimbra, 2018, pág. 324). O autor dá, aliás, notícia de que «na Itália, perante a norma semelhante do art. 2050 do *Código*, existe mesmo uma doutrina que sustenta a responsabilidade objetiva, imputando o

RGPD, a obrigação geral definida no artigo 24.º para a atuação do responsável pelo tratamento: «Tendo em conta a natureza, o âmbito, o contexto e as finalidades do tratamento dos dados, bem como os riscos para os direitos e liberdades das pessoas singulares, cuja probabilidade e gravidade podem ser variáveis, o responsável pelo tratamento aplica as medidas técnicas e organizativas que forem adequadas para assegurar e poder comprovar que o tratamento é realizado em conformidade com o presente regulamento. (...)» (n.º 1). Refere-se, aliás, o artigo 25.º do RGPD (sobre a proteção de dados desde a conceção) a um tratamento que inclua as garantias necessárias ao cumprimento do regulamento e à proteção dos direitos dos titulares dos dados<sup>28</sup>. Nestes casos, há, certamente, uma lógica normativa que, em razão dos perigos associados à atividade, imprime à diligência uma coloração mais próxima da obrigação de resultado do que da obrigação de meios.

Seja como for, é inequívoco o alcance do incumprimento das obrigações de resultado. Nestas, o devedor responde independentemente de culpa, tendo, porém, a faculdade de se exonerar da responsabilidade com a demonstração de que a lesão é devida a uma causa estranha ao seu comportamento<sup>29</sup>.

Assinale-se, a este respeito, que o considerando 55 da Diretiva 95/46 identificava o caso de força maior como uma causa de exoneração da responsabilidade. Em apreço está a legitimidade excludente do caso fortuito no RGPD, seguindo a classificação que, segundo Almeida Costa, se afigura ter adquirido prevalência: «De harmonia com a orientação talvez preponderante, o conceito de caso de força maior tem subjacente a ideia de inevitabilidade: será todo o acontecimento natural ou ação humana que, embora previsível ou até prevenido, não se pôde evitar, nem em si mesmo nem nas suas consequências. Ao passo que o conceito de caso fortuito assenta na ideia da imprevisibilidade: o facto não se pôde prever, mas seria evitável se tivesse sido previsto»<sup>30</sup>.

---

dano a partir da causalidade em relação ao mero exercício da atividade, com base num critério de exposição ao perigo (...) ou de risco de empresa» (nota 728 da pág. 324).

<sup>28</sup> Nas palavras de Brendan Van Alsenoy, *Liability under EU Data Protection Law: From Directive 95/46 to the General Data Protection Regulation*, cit., nota 87: «(...) it is worth noting that many controller obligations make reference to the notion of “risk” (e.g., data protection by design (article 25(1) GDPR), implying that the evaluation of risk may be a determinative factor in liability disputes».

<sup>29</sup> Veja-se, por todos, Nuno Manuel Pinto Oliveira, *Princípios de Direito dos Contratos*, Coimbra, 2011, págs. 32 e seguintes.

<sup>30</sup> *Direito das Obrigações*, cit., págs. 1073 e seguinte.

Na nossa opinião, a concretização do perigo trazido pelo tratamento de dados aos direitos e liberdades das pessoas singulares integra a esfera de risco próprio dos agentes, reflexão que fundamenta a restrição dos fatores de exclusão da responsabilidade à inevitabilidade da lesão, fosse o facto previsível ou não. Ou seja, ao caso de força maior. No direito português, é este juízo que, nomeadamente, serve a delimitação dos acontecimentos naturais que determinam a responsabilidade do detentor de um veículo de circulação terrestre (caso fortuito – encadeamento pelo sol, derrapagem em gelo) e aqueles que, constituindo um caso de força maior, excluem a responsabilidade (ciclone, vaga marítima), segundo o artigo 505.º do Código Civil.

Como segunda razão para a afirmação da responsabilidade objetiva do *data controller*, apontámos que o contraste entre os textos dos artigos 23.º, n.º 2, da Diretiva 95/46 e do artigo 82.º, n.º 3, do RGPD parece realçar o espaço da responsabilidade por facto de outrem neste último, limitando a exclusão da responsabilidade às hipóteses em que o agente não foi «de modo algum» responsável pelo evento danoso. A utilização de um terceiro na execução do tratamento de dados por conta do responsável exclui, por definição, a existência de um alheamento do *data controller* em relação aos danos, tornando-o responsável pelo comportamento do subcontratante.

Em terceiro lugar, alicerçámos a declaração da natureza objetiva da responsabilidade do *data controller* na finalidade encontrada na identidade dos regimes de exoneração da Diretiva 95/46 e do RGPD e, por essa razão, no considerando 146 deste último. Parece claro o afastamento de um retrocesso na proteção dos direitos e liberdades dos titulares de dados pessoais com o enunciado da responsabilidade civil. É conceito nuclear a ilicitude, não a culpa: «O responsável pelo tratamento ou o subcontratante deverão reparar *quaisquer* danos de que alguém possa ser vítima em virtude de um tratamento que viole o presente regulamento» (considerando 146 do RGPD – o itálico é nosso).

Sob este prisma, a legitimidade da dúvida sobre a natureza da responsabilidade no RGPD parece restringir-se ao subcontratante. Atuando por conta de terceiro, justificar-se-á falar de uma responsabilidade objetiva? Uma vez mais, a lei não prescinde da ilicitude

(incumprimento de obrigações legais ou contratuais). Há quem veja nesta exigência a demonstração da necessidade de culpa <sup>31</sup>.

Será assim? Não cremos. Reitera-se que a exigência de ilicitude é compatível com a afirmação de uma responsabilidade objetiva, sendo claro que o legislador do RGPD não distinguiu entre o responsável pelo tratamento e o subcontratante a respeito da exoneração de responsabilidade (artigo 82.º, n.º 3). Lembra-se: «O responsável pelo tratamento ou o subcontratante fica isento de responsabilidade nos termos do n.º 2, se provar que não é de modo algum responsável pelo evento que deu origem aos danos». Ora, as razões que justificam a importância da obrigação de indemnização sem culpa do *data controller* têm pleno cabimento no juízo de responsabilidade do *data processor*: a existência de obrigações de resultado e o dever de ressarcimento por facto de terceiro.

Entre as obrigações de resultado do subcontratante destaca-se o respeito pelas instruções do *data controller*. Segundo o artigo 29.º do RGPD, «o subcontratante ou qualquer pessoa que, agindo sob a autoridade do responsável pelo tratamento ou do subcontratante, tenha acesso a dados pessoais, não procede ao tratamento desses dados exceto por instrução do responsável pelo tratamento, salvo se a tal for obrigado por força do direito da União ou dos Estados-Membros». Recorda-se que, de acordo com a natureza das obrigações de resultado, a limitação da exclusão da responsabilidade a casos de força maior alarga a causalidade a ponderações que excedem a culpa, isto é, a inevitabilidade da lesão de acordo com o critério do bom pai de família. A culpa deixa de servir como parâmetro da causalidade e esta reduz-se à condicionalidade entre o facto e a lesão. Só a irresistibilidade do dano excluirá a responsabilidade, pois, em bom rigor, só nessa hipótese o facto deixou de ser condição do dano.

Acresce que também o subcontratante terá, com frequência, pessoas a agir por sua conta <sup>32</sup>. Em conformidade, cabe à esfera de risco do *data processor* as lesões causadas por facto desses terceiros e é, então, legítima a imputação objetiva da responsabilidade.

---

<sup>31</sup> Veja-se Cristina Pimenta Coelho, *Comentário ao Regulamento Geral de Proteção de Dados*, cit., págs. 635 e seguinte.

<sup>32</sup> Note-se que, segundo o artigo 28.º, n.º 4, do RGPD, sobre a subcontratação realizada por um *data processor*, «o subcontratante inicial continua a ser plenamente responsável, perante o responsável pelo tratamento, pelo cumprimento das obrigações desse outro subcontratante». Sem prejuízo do silêncio da lei, idêntica solução se impõe ao dever de indemnizar os danos causados a terceiros, pois as obrigações do *data processor* inicial alcançam a proteção do titular dos dados (refere-se Brendan Van Alsenoy a deveres que se aplicam, diretamente, aos subcontratantes e à previsão, no artigo 82.º, n.º 3 do RGPD, de um dever de

### 3. A responsabilidade civil extracontratual por facto de terceiro - entre o RGPD e a lei portuguesa

#### 3.1. Enunciado

A previsão de uma responsabilidade objetiva no RGPD permitiu alicerçar a responsabilidade do *data controller* por facto do *data processor*. Em termos gerais, a circunstância de o subcontratante agir «por conta do responsável pelo tratamento» dos dados pessoais (artigo 4.º, n.º 8, do RGPD) anuncia a conexão entre a atuação do *data controller* e a lesão derivada do comportamento do subcontratante, sabendo que a responsabilidade só é excluída se o agente «provar que não é de modo algum responsável pelo evento que deu origem aos danos» (artigo 82.º, n.º 3, do RGPD).

Assim, se os danos descobrirem o seu fundamento na execução do mandato atribuído ao subcontratante, verifica-se uma relação de condicionalidade entre um comportamento do responsável pelo tratamento e o evento que deu origem aos danos, nexos suficientes para fundamentar o dever de indemnizar do *data controller*. Em palavras de Mafalda Miranda Barbosa: «A especificidade que o Regulamento nos traz é, mais do que permitir que, uma vez violada uma regra por ele imposta, se presuma que a sua preterição foi culposa, considerar que o *controller* será sempre responsável pela violação dos dados, bastando que para tal esteja envolvido naquele tratamento»<sup>33</sup>.

A redução do conceito de imputação a uma dimensão ampla de causalidade, confronta-se, porém, com o alcance atribuído pela lei civil portuguesa à responsabilidade civil extracontratual por facto de terceiro, a responsabilidade civil do comitente pelos danos

---

cuidado não delegável - *Liability under EU Data Protection Law: From Directive 95/46 to the General Data Protection Regulation*, cit., § 60. Neste sentido, veja-se, também, Magda Cocco/Joana Neves, *Ubi jus, ubi remedium – reflexões acerca do direito à ação judicial e do direito de indemnização contra o responsável pelo tratamento ou o subcontratante*, in «Unio – EU Law Journal», Coleção Unio E-book: «O Contencioso da União Europeia e a cobrança transfronteiriça de créditos: compreendendo as soluções digitais à luz do paradigma da Justiça eletrónica europeia (e-Justice)» (coordenação científica: Joana Covelo de Abreu/Larissa Coelho/Tiago Sérgio Cabral), julho de 2020, pág. 101).

<sup>33</sup> *Data controllers e data processors: da responsabilidade pelo tratamento de dados à responsabilidade civil*, cit., págs. 456 e seguinte.

causados pelo comissário (artigo 500.º). Essa leitura integrada implicaria, talvez, uma revisão da cobertura que a letra do RGPD, aparentemente, permite. É um primeiro exercício de reflexão. A indagação posterior leva-nos a apurar se essa restrição é admissível à luz da intencionalidade específica do regulamento <sup>34</sup>.

### **3.2. A responsabilidade civil do comitente**

O artigo 500.º do Código Civil estabelece uma responsabilidade civil objetiva, pelo risco, subordinando o dever de indemnizar do comitente ao preenchimento de três requisitos cumulativos: a existência de uma relação de comissão, a adstrição do comissário à indemnização dos danos causados, a verificação de que a prática do facto danoso ocorreu no exercício das funções confiadas ao comissário pelo comitente, ainda que aquele tenha agido intencionalmente ou contra as ordens ou instruções deste (n.ºs 1 e 2).

Há divergência na doutrina sobre o alcance de qualquer dos requisitos mencionados. A referência que a ela faremos prossegue, apenas, a utilidade para a reflexão que encetámos.

#### **3.2.1. A relação de comissão**

Caracteriza-se a relação de comissão pela presença de um vínculo de autoridade e correspondente subordinação, beneficiando o comitente da faculdade de dar ordens ou instruções ao comissário e do poder de fiscalizar a sua conduta. É a noção clássica que encontramos, designadamente, em Antunes Varela: «A comissão pressupõe uma *relação de dependência (droit de direction, de surveillance et de contrôle*, na expressão da jurisprudência francesa) entre o comitente e o comissário, que autorize aquele a dar ordens ou instruções a este, pois só essa possibilidade de direção é capaz de justificar a

---

<sup>34</sup> Reconhece-se, entretanto, a sensibilidade do tema: «(...) no contexto de uma economia globalizada e com relações sucessivamente mais complexas e sofisticadas entre os vários *players* (...), afigura-se particularmente impactante a presunção de imputação de esferas de risco ao responsável pelo tratamento ou ao subcontratante, sobretudo nos casos de responsabilidade por facto praticado por outrem (e.g., outro subcontratante ou um trabalhador/prestador de serviços)» (Magda Cocco/Joana Neves, *Ubi jus, ubi remedium – reflexões acerca do direito à ação judicial e do direito de indemnização contra o responsável pelo tratamento ou o subcontratante*, cit, pág. 113).

responsabilidade do primeiro pelos atos do segundo»<sup>35</sup>. A relação de trabalho constitui o paradigma da comissão.

Enfim, na comissão há uma atuação efetuada por conta e sob a direção de outrem. Compreende uma atividade ou a prática de um só ato<sup>36</sup>. A existência de uma posição de domínio sobre a conduta do comissário serve como fundamento do risco, tornando irrelevante a questão da liberdade de o comitente escolher o agente<sup>37</sup>.

A exigência de um nexo de subordinação é, entretanto, contestada por Menezes Leitão, com o argumento de que a responsabilidade é independente do cumprimento das ordens ou instruções dadas pelo comitente: «Não se vê (...) qual o sentido de se exigir um nexo de subordinação ou poder de direção sobre o comissário, se o comitente responde mesmo por atos do comissário que desrespeitem esse vínculo»<sup>38</sup>.

É neste contexto que cabe apreciar a natureza da relação entre o responsável pelo tratamento de dados e o subcontratante, averiguando se, na perspectiva do artigo 500.º, há uma relação de comissão. A definição de subcontratante (atuação por conta do responsável – art. 4.º, n.º 8, do RGPD), os termos do estatuto do *data processor* definido no art. 28.º do RGPD e a heterogeneidade de vínculos obrigacionais que o responsável pelo tratamento pode acordar com o subcontratante legitimam a aproximação ao contrato de mandato (dá o artigo 1157.º do Código Civil a noção seguinte: «Mandato é o contrato pelo qual uma das partes se obriga a praticar um ou mais atos jurídicos por conta da outra») <sup>39</sup>.

Nesse sentido, a defesa da inexigibilidade de uma relação de subordinação parece acomodar, com mais facilidade, a integração do mandato na relação de comissão<sup>40</sup>. Afigura-se, porém, que a formulação de um pressuposto de autoridade compreende ainda as hipóteses em que a autonomia da prestação de serviços é significativamente restringida pelas instruções do beneficiário na execução da tarefa. Sensível a essa abordagem, embora constrangido pela necessidade de coerência do conceito de subordinação entre o

---

<sup>35</sup> *Das Obrigações em Geral*, vol. I, 10.ª edição, Coimbra, pág. 640.

<sup>36</sup> Pedro Nunes de Carvalho, *A responsabilidade do comitente*, Lisboa, 1990, págs. 12 e seguinte.

<sup>37</sup> Sofia de Sequeira Galvão, *Reflexões acerca da responsabilidade do comitente no direito civil português – a propósito do contributo civilista para a dogmática da imputação*, Lisboa, 1990, págs. 106 e seguinte.

<sup>38</sup> *Direito das Obrigações*, vol. I, cit., pág. 368.

<sup>39</sup> Veja-se, nomeadamente, Tatiana Duarte, *Comentário ao Regulamento Geral de Proteção de Dados*, cit., págs. 150 e seguintes.

<sup>40</sup> Luís Manuel Teles de Menezes Leitão, *Direito das Obrigações*, vol. I, cit., pág. 368.

direito civil e o direito do trabalho, escreve Pedro Nunes de Carvalho: «(...) também reconheço que a situação do mandatário não é, em termos de dependência relativamente ao mandante, exatamente igual à situação do empreiteiro em relação ao dono da obra, embora ambas sejam situações de trabalho autónomo (...). A lei fala relativamente ao mandato em instruções do mandante (arts. 1161.º a) e 1162.º do C. Civil) enquanto que na empreitada apenas atribui excepcionalmente poder ao dono da obra para exigir alterações no plano convencionado (arts. 1208.º e 1216.º do C. Civil) para além do poder genérico de fiscalização que lhe é atribuído (art. 1210.º do C. Civil)»<sup>41</sup>.

Assim, revela abertura à inclusão do contrato de mandato na relação de comissão a doutrina que para a caracterização desta requer a autoridade. Pelo menos, genericamente<sup>42</sup>. Na verdade, serve a demonstração da falta de elementos de controlo do mandante sobre o mandatário de reserva da ausência de comissão em situações concretas<sup>43</sup>.

Ora, no plano da relação entre o subcontratante e o responsável pelo tratamento, o reconhecimento da autonomia jurídica daquele, prosseguindo finalidades próprias e, quantas vezes, com um objeto social distinto do responsável pelo tratamento, justifica as obrigações previstas no n.º 3 do artigo 28.º do RGPD, destinadas a enquadrar a atividade do subcontratante<sup>44</sup>. Sabendo, enfim, que «o poder decisório do subcontratante sofre as inflexões necessárias à manutenção do controlo material do tratamento pelo responsável pelo tratamento»<sup>45</sup>, há uma relação de comissão entre ambos, acompanhando a delimitação da responsabilidade civil extracontratual por facto de terceiro operada pela lei portuguesa.

### 3.2.2. A obrigação de indemnizar do comissário

De acordo com o n.º 1 do artigo 500.º do Código Civil, a afirmação da responsabilidade do comitente depende da vinculação do comissário ao dever de indemnizar os danos

---

<sup>41</sup> *A responsabilidade do comitente*, cit., pág. 21.

<sup>42</sup> Maria da Graça Trigo, *Responsabilidade Civil Delitual por Facto de Terceiro*, Coimbra, 2009, págs. 275 e seguinte.

<sup>43</sup> Maria da Graça Trigo, *Responsabilidade Civil Delitual por Facto de Terceiro*, cit., pág. 276.

<sup>44</sup> Neste sentido, veja-se Tatiana Duarte, *Comentário ao Regulamento Geral de Proteção de Dados*, cit., pág. 154.

<sup>45</sup> Tatiana Duarte, *Comentário ao Regulamento Geral de Proteção de Dados*, cit., pág. 154.

causados. É, pois, necessário identificar um fundamento para a responsabilidade do comissário.

Na lição de alguma doutrina, a prática de um facto ilícito e culposo constitui um pressuposto do dever de indemnizar do comissário. Ou seja, a responsabilidade do comitente depende da imputação subjetiva da lesão ao comissário. São palavras de Antunes Varela: «Este requisito tem como resultado que o comitente só responde (objetivamente) quando haja culpa do comissário»<sup>46</sup>. Apenas se admite que o comitente responda sem culpa do comissário se o comportamento daquele for censurável: «O comitente poderá, no entanto, responder independentemente de culpa do comissário, se ele tiver procedido com culpa (*culpa in eligendo, in instruendo, in vigilando, etc.*). Nesse caso já não haverá responsabilidade objetiva, mas responsabilidade por factos ilícitos, baseada na conduta culposa do comitente»<sup>47</sup>.

A aplicação deste entendimento à responsabilidade do *data controller* por facto do *data processor* restringiria o alcance permitido pelo regime do RGPD, em especial pela articulação do artigo 82.º com a previsão de obrigações de resultado do subcontratante<sup>48</sup>. Sabendo que, nas obrigações de resultado, a exoneração de responsabilidade exige a prova da imputação da lesão a uma causa estranha ao comportamento do devedor, este responderá independentemente de culpa.

Nos termos que se descreveram, uma leitura integrada do RGPD e da exigência de um facto ilícito e culposo do comissário determinaria que, na hipótese de incumprimento, sem culpa, de uma obrigação de resultado pelo subcontratante, apenas o *data controller* responderia. A solução prejudicaria o sentido garantístico da responsabilidade, afirmado pelo RGPD no considerando 146.

Não se desconhece, é certo, relevante doutrina que, no direito português, vem sustentando a ampliação da responsabilidade do comitente às hipóteses em que o dever de indemnizar do comissário encontra um fundamento diverso da culpa, sob a forma de uma responsabilidade pelo risco ou por factos lícitos. Sobressaem os argumentos do benefício do comitente e da proteção do lesado<sup>49</sup>. Nas palavras de Sofia de Sequeira Galvão: «não

---

<sup>46</sup> *Das Obrigações em Geral*, vol. I, cit., pág. 644.

<sup>47</sup> *Das Obrigações em Geral*, vol. I, cit., pág. 645.

<sup>48</sup> E, acrescenta-se, quando este tenha o dever de ressarcir o lesado por facto de terceiro.

<sup>49</sup> No sentido de uma leitura ampla deste requisito, vejam-se, nomeadamente, Mário Júlio de Almeida Costa, *Direito das Obrigações*, cit., págs. 617 e seg., António Menezes Cordeiro, *Direito das Obrigações*, 2.º

cremos que com este tipo de solução (restritiva) se coadune o espírito de um instituto criado por um imperativo de justiça equilibradora numa manifesta homenagem ao princípio do primado da vítima»<sup>50</sup>.

Apesar da expressividade deste movimento, que, em bom rigor, acompanha a bondade da solução acolhida pelo legislador europeu no RGPD, a letra do artigo 500.º, n.º 3, do Código Civil e a falta de regulamentação do exercício do direito de regresso na hipótese de ausência de culpa do comissário constituem razões de insegurança suficientes para excluir a afirmação inequívoca de uma convergência com o artigo 82.º do RGPD.

Na verdade, o artigo 500.º, n.º 3, sobre o exercício do direito de regresso, circunscreve a sua aplicação ao concurso de culpas do comitente e do comissário: «O comitente que satisfizer a indemnização tem o direito de exigir do comissário o reembolso de tudo quanto haja pago, exceto se houver *também* culpa da sua parte; neste caso será aplicável o disposto no n.º 2 do artigo 497.º». Dá conta das dificuldades de uma interpretação ampla do requisito Menezes Leitão: «(...) esse regime do direito de regresso do comitente adequa-se muito mal aos outros títulos de imputação que recaiam sobre o comissário, onde não se compreenderia qual o critério para estabelecer esse direito de regresso, e, mesmo que esse critério fosse estabelecido, qual a razão para o comitente funcionar nesses casos como garante da indemnização»<sup>51</sup>.

Afigura-se, pois, que a opção pela confluência do artigo 82.º do RGPD com o artigo 500.º do Código Civil não seria, neste âmbito, inócua: a solidez da resposta procurada pelo legislador europeu mal conviveria com as incertezas de um regime que se alimenta de um debate doutrinal e/ou jurisprudencial.

### **3.2.3. A prática do facto danoso no exercício da função confiada**

---

volume, 1994, págs. 372 e segs., e *Tratado de Direito Civil Português*, VIII (Direito das Obrigações), Coimbra, 2017, pág. 613, Sofia de Sequeira Galvão, *Reflexões acerca da responsabilidade do comitente no direito civil português – a propósito do contributo civilista para a dogmática da imputação*, cit., págs. 110 e segs., e Maria da Graça Trigo, *Responsabilidade Civil Delitual por Facto de Terceiro*, cit., págs. 305 e seguintes.

<sup>50</sup> *Reflexões acerca da responsabilidade do comitente no direito civil português – a propósito do contributo civilista para a dogmática da imputação*, cit., pág. 113.

<sup>51</sup> *Direito das Obrigações*, vol. I, cit., pág. 371.

A responsabilidade civil do comitente é recortada pela prática de uma lesão no exercício da função que foi confiada ao comissário, ainda que este tenha agido intencionalmente ou contra as ordens ou instruções daquele (artigo 500.º, n.º 2, do Código Civil). Crê-se que, neste contexto, o regime do RGPD se afasta da opção do legislador português.

A doutrina e a jurisprudência que se vêm pronunciando sobre o pressuposto indicado esclarecem que, entre três modelos teoricamente possíveis, o direito português acolheu uma via intermédia. Vejamos o tema com mais detalhe.

Foi claramente excluída a limitação da responsabilidade do comitente à lesão causada pelo comissário em atuação que respeita as ordens ou instruções do primeiro. Ao comitente é atribuído o risco de um desrespeito do enquadramento funcional desenhado para a conduta do comissário. Entre outros fundamentos concorrentes, descobrindo nas vantagens adquiridas com a ação do terceiro um argumento para a vinculação do comitente ao dever de indemnizar a lesão imputada ao preposto, entende-se que os desvios, mesmo intencionais, às ordens ou instruções transmitidas são incapazes de, por si só, quebrarem o nexo causal entre as funções e o dano.

No pólo oposto, considera a opinião maioritária que a lei afasta o dever de indemnizar do comitente se a lesão apresenta, apenas, uma ligação temporal ou local com a comissão. O comitente não é responsável pelo facto danoso praticado pelo comissário por ocasião das funções. São palavras de Antunes Varela: «Não basta um mero nexo local ou cronológico, externo ou incidental entre o facto e a comissão; é necessária, como dizia M. Andrade (...), uma relação direta, interna, causal. É preciso que o facto seja praticado no desempenho da função, por causa dela, e não apenas por ocasião dela»<sup>52</sup>.

É, então, acolhido o parâmetro da adequação abstrata entre a atividade desempenhada e a lesão causada: «Só um critério que não seja meramente externo e incidental pode limitar uma imputação objetiva consubstanciada numa atualização do risco que, em face de um juízo assente na materialidade da vida e na perceção situada da normalidade social, se revela abstratamente adequada à efetivação do dano»<sup>53</sup>. Considera-se que o legislador teve a intenção de incluir os atos compreendidos no quadro geral da competência ou dos

---

<sup>52</sup> *Das Obrigações em Geral*, vol. I, cit., nota 2 da pág. 642.

<sup>53</sup> Sofia de Sequeira Galvão, *Reflexões acerca da responsabilidade do comitente no direito civil português – a propósito do contributo civilista para a dogmática da imputação*, cit., págs. 128 e seguinte.

poderes atribuídos ao comissário <sup>54</sup>. Nestes termos, «deverá entender-se que um facto ilícito foi praticado no exercício da função confiada ao comissário quando, quer pela natureza dos atos de que foi incumbido, quer pela dos instrumentos ou objetos que lhe foram confiados, ele se encontre numa posição especialmente adequada à prática de tal facto (...)» <sup>55</sup>.

O RGPD omite qualquer referência semelhante a um quadro de competências, limitando-se a prever que o dever de indemnizar é excluído se o agente «provar que não é de modo algum responsável pelo evento que deu origem aos danos» (artigo 82.º, n.º 3). Como antes vimos, esta fórmula parece referir-se à culpa do lesado ou a factos que escapam ao controlo da vontade humana. Na interseção com a responsabilidade por facto de terceiro, afigura-se que a existência de um mandato é condição suficiente para a imposição de um dever de indemnizar ao responsável pelo tratamento, ainda que a lesão escape ao âmbito de competências atribuídas ao subcontratante. Na verdade, se, na ausência do mandato, a lesão não tivesse sido praticada pelo subcontratante, não se pode aceitar que o responsável pelo tratamento seja alheio ao evento que deu origem aos danos.

Acolhe-se, pois, um juízo de condicionalidade, diverso de um critério de adequação. Escreve, a este respeito, Nunes de Carvalho: «Repare-se que esta ideia de adequação é bem distinta da ideia de equivalência das condições. Esta última perspetiva levaria a impor a responsabilidade ao comitente pelos prejuízos causados pelo comissário sempre que esses prejuízos não se tivessem verificado sem a comissão. Pela ideia de adequação isto não é suficiente para que o comitente seja chamado à responsabilidade, é ainda necessário que o ato do comissário seja previsível no quadro da função» <sup>56</sup>.

Sublinha-se, porém, que, na doutrina portuguesa, a utilização de um critério de mera condicionalidade para o preenchimento do pressuposto em análise não é desconhecida. Tem relevância a posição de Menezes Leitão, argumentando com a falta de suporte legal do critério da causalidade adequada, o esvaziamento de uma parte significativa do regime

---

<sup>54</sup> João de Matos Antunes Varela, *Das Obrigações em Geral*, vol. I, cit., pág. 643.

<sup>55</sup> Pires de Lima/Antunes Varela, *Código Civil Anotado*, vol. I, 4.ª edição (com a colaboração de M. Henrique Mesquita), Coimbra, 1987, pág. 509.

<sup>56</sup> *A responsabilidade do comitente*, cit., pág. 47, nota 43.

se semelhante interpretação restritiva fosse utilizada e a referência expressa da lei a desvios aos fins da comissão <sup>57</sup>. A este entendimento adere Menezes Cordeiro <sup>58</sup>.

Assim, «basta (...) um nexo etiológico entre a função e os danos, no sentido de que seja no seu exercício que os danos sejam originados. Efetivamente, tirando o comitente proveito da função exercida pelo comissário, é justo que responda por todos os danos que o comissário causa a outrem enquanto exerce essa função» <sup>59</sup>. O exemplo de Menezes Leitão é sugestivo: «(...) naturalmente que se incluirá tanto a situação de o operário deixar cair uma telha, ferindo um traseunte, como também a de o operário que, fumando enquanto trabalhava, deixar cair uma ponta de cigarro, provocando um incêndio (...)». Acrescenta-se a indicação jurisprudencial comentada de Menezes Cordeiro: «STJ 2-Mar.-2006 (mal decidido): temos uma empregada de uma empresa de limpeza que, nessa qualidade, tem acesso a determinado escritório; apodera-se de um cartão Multibanco, descobre o código e faz levantamentos de milhares de contos; não haveria responsabilidade da empresa de limpeza, por esse estar fora do âmbito das funções; correto: o voto de vencido do Conselheiro Araújo de Barros que aponta, aqui, uma clara relação de comissão» <sup>60</sup>.

Sensível a uma revisão do juízo sobre o alcance da delimitação da responsabilidade pelo exercício das funções, Mafalda Miranda Barbosa alude à concretização do risco funcional, nos termos seguintes: «Do que se trata, afinal, é de saber se a atribuição daquelas funções aumentou o risco de surgimento da lesão ou se ela poderia ter lugar de igual modo, ainda que não existisse a comissão que foi, assim, mera ocasião (como poderia haver outras) de surgimento da violação» <sup>61</sup>. O exemplo dado, no domínio do RGPD, parece ampliar o exercício das funções à celebração do mandato (uma empresa Y que presta serviços de marketing direto a uma seguradora X) <sup>62</sup>.

A esta luz, concebe-se que, sem uma leitura revisionista do pressuposto, a aplicação do artigo 500.º do Código Civil à relação entre o *data controller* e o *data processor*

---

<sup>57</sup> *Direito das Obrigações*, vol. I, cit., pág. 369.

<sup>58</sup> *Tratado de Direito Civil Português*, vol. II (*Direito das Obrigações*), tomo III, Coimbra, 2010, pág. 614.

<sup>59</sup> *Direito das Obrigações*, vol. I, cit., pág. 369.

<sup>60</sup> *Tratado de Direito Civil Português*, vol. II, cit., pág. 615.

<sup>61</sup> *Data controllers e data processors: da responsabilidade pelo tratamento de dados à responsabilidade civil*, cit., pág. 460.

<sup>62</sup> *Data controllers e data processors: da responsabilidade pelo tratamento de dados à responsabilidade civil*, cit., pág. 457.

prejudicaria o alcance do RGPD. A conclusão é reforçada nas hipóteses em que se verifica um controlo paralelo dos dados, havendo o subcontratante, em violação da lei, determinado «as finalidades e os meios de tratamento» (artigo 28.º, n.º 10, do RGPD).

Nesses casos, o subcontratante «é considerado responsável pelo tratamento no que respeita ao tratamento em questão» (ainda, artigo 28.º, n.º 10). Considera-se, então, que o *data controller* inicial responderá também pelos danos, em razão da natureza objetiva da imputação prevista no artigo 82.º do RGPD. A responsabilidade é solidária (artigo 82.º, n.º 4) <sup>63</sup>.

Ora, o Código Civil português indicia uma resposta diversa. Toma-se como paradigma o artigo 503.º, n.º 3: a responsabilidade subjetiva do condutor de um veículo por conta de outrem é convertida numa responsabilidade objetiva se o agente conduzir aquele veículo fora do exercício das suas funções de comissário.

A norma só pode ser interpretada por referência ao interesse prosseguido com a condução do veículo. Na verdade, se o instrumento da lesão pertence ao comitente, pressuposto que o sentido da norma requer, é a finalidade da atividade que distingue os regimes de responsabilidade aplicáveis. A remissão do n.º 3 do artigo 503.º para o n.º 1 do artigo tem o propósito de esclarecer que a coincidência entre a realização de uma condução fora do exercício das funções de comissário e a utilização do veículo no seu próprio interesse torna dispensável a indagação sobre a direção efetiva do veículo. Lembra-se que, nos termos do n.º 1, a responsabilidade pelos danos provenientes dos riscos próprios de um veículo de circulação terrestre cabe àquele «que tiver a direção efetiva (do veículo) (...) e o utilizar no seu próprio interesse, ainda que por intermédio de comissário (...)». A lei estabelece, de algum modo, uma sanção negativa para o rompimento da relação de comissão.

Nesta hipótese, a responsabilidade objetiva do comissário pelos danos causados por acidentes de viação exclui o concurso da responsabilidade do comitente ou detentor do veículo. Esse não responde enquanto comitente, pois a atuação do comissário é alheia ao

---

<sup>63</sup> Veja-se Brendan Van Alsenoy, *Liability under EU Data Protection Law: From Directive 95/46 to the General Data Protection Regulation*, cit., §§ 23 e 56. Lê-se: «*In principle, data subjects may also turn to the initial controller (who had entrusted the data to the (former) processor) for compensation. This is a result of the strict liability regime of article 23. The initial controller cannot escape liability by demonstrating an absence of fault in either his choice or supervision of the processor*» (§23).

exercício da função que lhe foi confiada, nem como detentor, uma vez que o veículo não é utilizado no seu próprio interesse.

Extraí-se da lei civil portuguesa a conclusão de que o exercício pelo comissário de uma atividade paralela à ordenada pelo comitente, embora atuada com instrumentos deste, afasta a responsabilidade objetiva do último, sempre que aquela atividade é prosseguida no interesse do primeiro. A existência de uma atividade paralela, que se distingue de um mero abuso de funções, elimina a verificação de uma relação de condicionalidade entre a comissão e a lesão.

Deste modo, verifica-se uma solução contrária ao regime da responsabilidade solidária aplicável ao controlo paralelo no RGPD: havendo uma atribuição de meios pelo *data controller* ao *data processor*, se o subcontratante contrariar as instruções do primeiro *controller* e se converter, ele próprio, em responsável pelo tratamento, o regulamento permite responsabilizar o *data controller* inicial <sup>64</sup>.

#### 4. A intencionalidade do RGPD

Entre outras finalidades, a aprovação do RGPD teve, declaradamente, como propósito eliminar os desequilíbrios normativos que a natureza própria de uma Diretiva permitiu na vigência do regime anterior. Lê-se, de forma enfática, nos considerandos 9 e 10 do RGPD:

---

<sup>64</sup> Entendimento diverso encontra-se em Mafalda Miranda Barbosa, que rejeita a responsabilidade solidária em face do RGPD e a aceita à luz da responsabilidade do comitente (*Data controllers e data processors: da responsabilidade pelo tratamento de dados à responsabilidade civil*, cit., págs. 457 e segs.). Escreve: «Pense-se no caso em que a seguradora X contrata a empresa Y, que presta serviços de *marketing direto* a várias empresas, para difundir os seus produtos junto dos seus clientes, e Y, para além de cumprir a obrigação a que está contratualmente vinculado, decide usar a base de dados que lhe foi transmitida pela seguradora para promover, também, produtos de outros clientes, assumindo uma nova finalidade para o tratamento dos dados e passando a ser um *controller*, não obstante a eventual designação que possa surgir no contrato. Ou seja, estamos aqui a lidar com um segundo *controller* que, inicialmente, era apenas um *processor*. Ainda que o primeiro *controller* não intervenha, aparentemente, no tratamento dos dados, não se mobilizando o disposto no artigo 82.º/2 RGPD, nem por isso se afasta de imediato a responsabilidade daquele. Na verdade, Y pode ser, em relação a X, qualificado como comissário, colocando-se, portanto, o problema da assimilação do âmbito de relevância do caso assimilado pelo âmbito de relevância do artigo 500.º CC» (pág. 457). Conclui a autora que «se poderá (...) aventar a pretensa responsabilidade do primeiro *controller* em face do ato do *processor* convertido em *controller*, dependendo das especificidades do caso concreto. É que, mesmo que ele tenha contrariado as instruções do primeiro *controller* e eleito uma nova finalidade para o tratamento de dados, com meios próprios, sem o que não se converteria em *controller*, não o poderia fazer sem os meios que lhe foram facultados pela seguradora» (págs. 460 e seg.). Em nossa opinião, reiteramos que a utilização de instrumentos do comitente é irrelevante para a afirmação da sua responsabilidade, se o comissário exercer uma atividade paralela.

«9. Os objetivos e os princípios da Diretiva 95/46/CE continuam a ser válidos, mas não evitaram a fragmentação da aplicação da proteção dos dados ao nível da União, nem a insegurança jurídica ou o sentimento generalizado da opinião pública de que subsistem riscos significativos para a proteção das pessoas singulares (...). As diferenças no nível de proteção dos direitos e das pessoas singulares (...) podem impedir a livre circulação de dados pessoais na União. (...) Essas diferenças entre os níveis de proteção devem-se à existência de disparidades na execução e aplicação da Diretiva 95/46. 10. A fim de assegurar um nível de proteção coerente e elevado das pessoas singulares e eliminar os obstáculos à circulação de dados pessoais na União, o nível de proteção dos direitos e liberdades das pessoas singulares relativamente ao tratamento desses dados deverá ser equivalente em todos os Estados-Membros».

E, ainda, de modo impressionante, no considerando 13: «A fim de assegurar um nível coerente de proteção das pessoas singulares no conjunto da União e evitar que as divergências constituam um obstáculo à livre circulação de dados pessoais no mercado interno, é necessário um regulamento (...) que assegure às pessoas singulares de todos os Estados-Membros o mesmo nível de direitos suscetíveis de proteção judicial e imponha obrigações e responsabilidades iguais aos responsáveis pelo tratamento e aos seus subcontratantes, que assegure (...) sanções equivalentes em todos os Estados-Membros (...)».

Um regulamento europeu é diretamente aplicável no ordenamento jurídico dos Estados-Membros, estando, por definição, vedado a estes um ato de transposição para o direito nacional. Aquela natureza garante uma aplicação homogénea da lei na União Europeia, finalidade, como vimos, claramente prosseguida pelo legislador que aprovou o RGPD.

Sucedem, porém, que este regulamento inclui um conjunto de regras que permitem aos Estados-Membros fazer opções normativas. Tomem-se, como exemplo, os artigos 8.º, n.ºs 1 e 3 (condições aplicáveis ao consentimento de crianças em relação aos serviços da sociedade da informação), 22.º, n.º 2, al. b) (decisões individuais automatizadas, incluindo definição de perfis), 23.º (limitações), 51.º e seguintes (autoridades de controlo independentes), 80.º (representação dos titulares dos dados) e 89.º, n.ºs 2 e 3 (garantias e

derrogações relativas ao tratamento para fins de arquivo de interesse público ou para fins de investigação científica ou histórica ou para fins estatísticos) <sup>65</sup>.

E o que dizer a respeito do artigo 82.º, sobre o direito de indemnização e responsabilidade? Nesse preceito, a competência dos Estados-Membros apenas é salvaguardada acerca do direito processual: «Os *processos judiciais* para exercer o direito de receber uma indemnização são *apresentados* perante os tribunais competentes *nos termos do direito do Estado-Membro* a que se refere o artigo 79.º, n.º 2» (n.º 6 – itálico nosso). Segundo o artigo 79.º, n.º 2, do RGPD, «os recursos contra os responsáveis pelo tratamento ou os subcontratantes são propostos nos tribunais do Estado-Membro em que tenham estabelecimento. Em alternativa, os recursos podem ser interpostos nos tribunais do Estado-Membro em que o titular dos dados tenha a sua residência habitual, salvo se o responsável pelo tratamento ou o subcontratante for uma autoridade de um Estado-Membro no exercício dos seus poderes públicos».

Do artigo 82.º, n.º 6, do RGPD não é legítimo extrair-se uma reserva de competência do direito substantivo nacional. Reitera-se, apenas de índole processual. De outra forma, seriam prejudicadas as opções feitas pelo legislador europeu nos números anteriores do artigo. É o que resulta, aliás, da garantia de uma indemnização efetiva dos lesados descoberta no considerando 146 do RGPD («os titulares dos dados deverão ser integral e efetivamente indemnizados pelos danos que tenham sofrido»), compromisso que se reflete, designadamente, no alinhamento de uma conceção ampla do conceito de dano com os objetivos do RGPD <sup>66</sup>. É claro que «tal não prejudica os pedidos de indemnização por danos provocados pela violação de outras regras do direito da União ou dos Estados-Membros» (considerando 146). Excedida a violação do RGPD, esgota-se a reserva de competência sobre a responsabilidade <sup>67</sup>.

---

<sup>65</sup> Sobre a natureza do RGPD e a sua articulação com as leis de execução, veja-se A. Barreto Menezes Cordeiro, *Direito da Proteção de Dados (à luz do RGPD e da Lei n.º 58/2019)*, cit., págs. 40 e seguintes.

<sup>66</sup> Acresce a adesão genérica do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) a uma interpretação que, na medida do possível, amplie a intervenção do direito europeu em benefício do lesado (veja-se, por exemplo, Federica Riente, *The Right to Compensation for Breach of Data Protection Provisions in the EU Context*, in «Digital Revolution – New Challenges for Law», (edited by De Franceschi/Schulze), München/Baden-Baden, 2019, págs. 154 e seguinte.

<sup>67</sup> O que se escreve, não prejudica, é claro, a aplicação subsidiária das leis nacionais onde o artigo 82.º do RGPD seja lacunoso.

Neste sentido, as disposições nacionais que modifiquem o alcance da responsabilidade prevista no RGPD violam a lei europeia. Tal parece ter sucedido, por exemplo, na Alemanha. A lei de execução (*Bundesdatenschutzgesetz* – BDSG), de 30 de junho de 2017, estabeleceu, na secção 83 (1), que o dever de indemnizar pelo tratamento de dados ilícito não automatizado depende de culpa do *data controller*. Já no caso do tratamento automatizado de dados, na ausência de demonstração da falta de um nexo de causalidade entre a sua ação e os danos, qualquer *data controller* a quem a lesão seja provavelmente imputável tem o dever de indemnizar (secção 83 (3), lida à luz do § 830, n.º 1, 2.ª frase, do Código Civil alemão – BGB, sobre a causalidade alternativa). Neste último caso, estamos perante uma fórmula que acompanha o regime de exoneração de responsabilidade previsto no artigo 82.º, n.º 3, do RGPD (“se provar que não é de modo algum responsável pelo evento que deu origem aos danos”). Ora, o RGPD não distingue entre tratamentos automatizados ou não automatizados (artigos 2.º, n.º 1, e 4.º, n.º 2).

Diferentemente, os direitos italiano e francês silenciaram a inclusão de uma norma sobre a responsabilidade civil nas respetivas leis de execução, respeitando, assim, a competência do direito europeu. Aceita-se, no entanto, que, em razão daquele silêncio, a interpretação que a doutrina e a jurisprudência venham a fazer do regime de responsabilidade previsto no RGPD apresente alguns riscos para a aplicação da lei, sem prejuízo do papel uniformizador do TJUE <sup>68</sup>.

Refira-se, a título ilustrativo, que a lei italiana de transposição da Diretiva 95/46 remetia para o artigo 2050 do Código Civil italiano, sobre a responsabilidade pelo exercício de atividades perigosas, modelando, durante, duas décadas, a responsabilidade pela violação das regras de proteção de dados segundo um regime que, na essência, parte da culpa do lesante: a responsabilidade é excluída se o agente demonstrar que tomou todas as providências exigíveis com o fim de prevenir a lesão. A letra da lei permitiu que a prática restringisse a exoneração da responsabilidade às hipóteses de força maior <sup>69</sup>.

Outra foi a opção assumida na lei de proteção de dados do Reino Unido (*UK Data Protection Act 2018* - DPA): acerca da violação do RGPD, a lei ressalva, expressamente,

---

<sup>68</sup> Veja-se Giovanni Maria Riccio/Federica Pezza, *Certification mechanisms and liability rules under the GDPR. When the harmonisation becomes unification*, in «Digital Revolution – New Challenges for Law», cit., págs. 146 e seguintes.

<sup>69</sup> Veja-se Federica Riente, *The Right to Compensation for Breach of Data Protection Provisions in the EU Context*, in «Digital Revolution – New Challenges for Law», cit., págs. 161 e seguintes.

a competência do artigo 82 do regulamento (artigo 168); se outra for a legislação de proteção de dados violada, a exclusão da responsabilidade permanece limitada às hipóteses em que *“the controller or processor proves that the controller or processor is not in any way responsible for the event giving rise to the damage* (artigo 169).

O legislador português escolheu disciplinar o tema da responsabilidade civil pelo desrespeito das regras de proteção de dados, unificando as violações do RGPD e da lei nacional. É sabido que «os tratamentos que violem o presente regulamento abrangem igualmente os que violem os atos delegados e de execução adotados nos termos do presente regulamento e o direito dos Estados-Membros que dê execução a regras do presente regulamento» (considerando 146). A lei não distingue, porém, entre as violações do direito nacional e submete qualquer comportamento ilícito relevante a um só regime.

Lê-se (artigo 33.º da Lei n.º 58/2019): «1. Qualquer pessoa que tenha sofrido um dano devido ao tratamento ilícito de dados ou a qualquer outro ato que viole disposições do RGPD ou da lei nacional em matéria de proteção de dados pessoais, tem o direito de obter do responsável ou subcontratante a reparação pelo dano sofrido. 2. O responsável pelo tratamento e o subcontratante não incorrem em responsabilidade civil se provarem que o facto que causou o dano não lhes é imputável. 3. À responsabilidade do Estado e demais pessoas coletivas públicas é aplicável o regime previsto na Lei n.º 67/2007, de 31 de dezembro, alterado pela Lei n.º 31/2008, de 17 de julho».

No âmbito de aplicação do RGPD, a solução portuguesa não escapa a críticas. Fundamentalmente, duas: o n.º 2 omite a ênfase que a locução «de modo algum», prevista no artigo 82.º, n.º 3, do RGPD, permite. A leitura do direito português não pode, contudo, ser diversa. Depois, a remissão operada pelo n.º 3 parece libertar as entidades públicas de responsabilidade na ausência de culpa dos seus órgãos, funcionários ou agentes,

contrariando a matriz objetiva do dever de indemnizar assumida pelo legislador europeu no artigo 82.º. Nessa medida, afigura-se que a lei portuguesa viola o RGPD<sup>70 71</sup>.

Salienta-se, entretanto, que o legislador português prescindiu de uma regulamentação dos aspetos lacunosos do regulamento. Omitiu, inclusivamente, uma remissão para o direito nacional.

Questões essenciais como o regime da prescrição, a admissibilidade de redução equitativa da indemnização, ou os termos da legitimidade da compensação de danos não patrimoniais serão respondidos em atividade de preenchimento de lacunas pelos tribunais. Será legítimo entender que a responsabilidade extracontratual por facto de terceiro é, também, uma questão de preenchimento de lacunas, abrindo a porta à aplicação do artigo 500.º do Código Civil?

A resposta é, quanto a nós, negativa. Lembra-se a história do preceito.

Há, então, uma intencionalidade do regulamento que afasta a possibilidade de identificação de uma lacuna e, assim, a possibilidade de preenchimento da lei com recurso ao direito nacional.

---

<sup>70</sup> Na sequência dos artigos 2.º e 3.º do RGPD, o artigo 2.º, n.º 1, da Lei de Execução estabeleceu: «A presente lei aplica-se aos tratamentos de dados pessoais realizados no território nacional, independentemente da natureza pública ou privada do responsável pelo tratamento ou do subcontratante, mesmo que o tratamento de dados pessoais seja efetuado em cumprimento de obrigações legais ou no âmbito da prossecução de missões de interesse público, aplicando-se todas as exclusões previstas no artigo 2.º do RGPD». A competência do regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas, aplicável em razão da natureza da função exercida (legislativa, jurisdicional ou administrativa, quando, neste último caso, correspondente à atuação de prerrogativas de poder público) ou dos termos em que é enquadrada (factos regulados por disposições ou princípios de direito administrativo) – artigo 1.º, n.º 2 -, daquele regime, permite excluir ações e omissões que, segundo o RGPD, responsabilizariam a entidade pública: se um subcontratante agisse por conta de uma pessoa coletiva pública, a responsabilidade do *data controller* seria restringida a um comportamento culposos do *data processor*.

<sup>71</sup> Sublinha-se que a possibilidade de favorecimento concedido às entidades públicas na aplicação de coimas (artigo 83.º, n.º 7, do RGPD, e artigo 44.º, n.ºs 2 e 3, da Lei de Execução) não tem paralelo na responsabilidade civil.

## 5. Conclusões

Apresentam-se, em síntese, as principais conclusões desta reflexão:

1. Sem prejuízo de os temas indicados assumirem relevância em sede contratual e extracontratual, o plano aquiliano orienta este percurso. No RGPD, a ilicitude pressupõe a violação do regulamento. Trata-se, em suma, do incumprimento de disposições legais destinadas a proteger interesses alheios, opção que permite simplificar o juízo de desvalor acerca da violação dos direitos de terceiro. São normas de proteção as regras que delimitam a licitude do tratamento de dados e outras que, disciplinando a atividade do responsável pelo tratamento ou do subcontratante, pretendem salvaguardar os interesses do titular. O legislador parece, contudo, ter ido mais longe, diluindo, até, a indagação sobre o escopo das normas que regulam matéria diversa do tratamento;
2. O artigo 82.º do RGPD, com a epígrafe “direito de indemnização e responsabilidade”, utiliza uma terminologia equívoca na determinação do dever de indemnizar do responsável pelo tratamento e do subcontratante, projetando essa incerteza sobre a natureza, subjetiva ou objetiva, da responsabilidade de ambos os sujeitos;
3. A verificação do preenchimento da ilicitude e o registo da imputação parecem encaminhar o intérprete para uma responsabilidade civil por factos ilícitos, subjetiva ou com culpa. Neste sentido se vem pronunciando alguma doutrina portuguesa;
4. O conceito de imputação é, no entanto, versátil, apresentando-se como uma expressão da culpa ou enquanto indicação da causalidade. A imputação é subjetiva ou objetiva. A menção isolada a esse conceito revela-se, então, insuficiente para determinar a natureza da responsabilidade correspondente;
5. A análise beneficia de uma abordagem retrospectiva, apreciando o modo como a Diretiva 95/46, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de outubro de 1995, substituída pelo regulamento, disciplinava a matéria. Está em causa o artigo 23.º da Diretiva;

6. A responsabilidade prevista no artigo 23.º foi sendo caracterizada como uma responsabilidade objetiva. Sublinhando-se que a culpa acompanharia, naturalmente, a prova da ilicitude do comportamento, pressuposto do dever de indemnizar, resguardava-se, porém, a importância de uma imputação objetiva acerca das obrigações de resultado e da responsabilidade do *data controller* por facto do *data processor*;
7. Nesta caracterização, relevância merece o considerando 55 da Diretiva 95/46. Lê-se: «(...) os danos de que podem ser vítimas as pessoas em virtude de um tratamento ilegal devem ser ressarcidos pelo responsável pelo tratamento, o qual só pode ser exonerado da sua responsabilidade se provar que o facto que causou o dano lhe não é imputável, nomeadamente quando provar existir responsabilidade da pessoa em causa ou um caso de força maior» (itálico nosso);
8. Associado ao que se escreveu, o texto do RGPD parece, entretanto, confirmar a natureza objetiva da responsabilidade do *data controller*. O silêncio do regulamento a respeito dos motivos de exoneração de responsabilidade previstos no considerando 55 da Diretiva 95/46 não autoriza uma interpretação diversa na prova de que o agente «não é de modo algum responsável pelo evento que deu origem aos danos» (artigo 82.º, n.º 3, do RGPD);
9. São, essencialmente, três as razões que justificam aquela afirmação: a predisposição para uma correspondência entre a violação dos deveres e a culpa não obscurece a exigência de um regime de responsabilidade adaptado à natureza das obrigações de resultado; a restrição da inexistência de circunstâncias que permitam estabelecer a imputação do facto ao agente a situações em que a associação à lesão não pode «de modo algum» ser feita (exigência que a Diretiva 95/46 desconhecia), reforça o lugar da responsabilidade objetiva por facto de terceiro; a intencionalidade descoberta na letra do preceito, que acompanha o artigo 23.º, n.º 2, da Diretiva 95/46, e no considerando 146 do RGPD;
10. A previsão de uma responsabilidade objetiva no RGPD permitiu alicerçar a responsabilidade do *data controller* por facto do *data processor*. Em termos gerais, a circunstância de o subcontratante agir «por conta do responsável pelo tratamento» dos dados pessoais (artigo 4.º, n.º 8) anuncia a conexão entre a atuação do *data controller* e a lesão derivada do comportamento do subcontratante, sabendo que a responsabilidade só é excluída se o agente «provar

que não é de modo algum responsável pelo evento que deu origem aos danos» (artigo 82.º, n.º 3);

11. Sob este prisma, a legitimidade da dúvida sobre a natureza da responsabilidade no RGPD parece restringir-se ao subcontratante. Atuando por conta de terceiro, justificar-se-á falar de uma responsabilidade objetiva? Uma vez mais, a lei não prescinde da ilicitude (incumprimento de obrigações legais ou contratuais). Há quem veja nesta exigência a demonstração da necessidade de culpa;
12. É outra a nossa opinião: o legislador do RGPD não distinguiu entre o responsável pelo tratamento e o subcontratante a respeito da exoneração de responsabilidade (artigo 82.º, n.º 3). Ora, as razões que justificam a importância da obrigação de indemnização sem culpa do *data controller* têm pleno cabimento no juízo de responsabilidade do *data processor*: a existência de obrigações de resultado e o dever de ressarcimento por facto de terceiro;
13. Assim, se os danos descobrirem o seu fundamento na execução do mandato atribuído ao subcontratante, verifica-se uma relação de condicionalidade entre um comportamento do responsável pelo tratamento e o evento que deu origem aos danos, nexos suficientes para fundamentar o dever de indemnizar do *data controller*;
14. A redução do conceito de imputação a uma dimensão ampla de causalidade, confronta-se, porém, com o alcance atribuído pela lei civil portuguesa à responsabilidade civil extracontratual por facto de terceiro, a responsabilidade civil do comitente pelos danos causados pelo comissário (artigo 500.º do Código Civil). Essa leitura integrada implicaria, talvez, uma revisão da cobertura que a letra do RGPD, aparentemente, permite. É um primeiro exercício de reflexão. A indagação posterior leva-nos a apurar se essa restrição é admissível à luz da intencionalidade específica do regulamento;
15. As perturbações induzidas pelo artigo 500.º do Código Civil respeitariam, fundamentalmente, a dois requisitos: a obrigação de indemnizar do comissário e a prática do facto danoso no exercício da função que lhe foi confiada;
16. Na lição de alguma doutrina, a prática de um facto ilícito e culposo constitui um pressuposto do dever de indemnizar do comissário. A aplicação deste entendimento à responsabilidade do *data controller* por facto do *data processor* restringiria o alcance permitido pelo regime do RGPD, em especial pela

- articulação do artigo 82.º com a previsão de obrigações de resultado do subcontratante. Sabendo que, nas obrigações de resultado, a exoneração da responsabilidade exige a prova da imputação da lesão a uma causa estranha ao comportamento do devedor, este responderá independentemente de culpa;
17. Não se desconhece, é certo, relevante doutrina que, no direito português, vem sustentando a ampliação da responsabilidade do comitente às hipóteses em que o dever de indemnizar do comissário encontra um fundamento diverso da culpa, sob a forma de uma responsabilidade pelo risco ou por factos lícitos. Apesar da expressividade deste movimento, que, em bom rigor, acompanha a bondade da solução acolhida pelo legislador europeu no RGPD, a letra do artigo 500.º, n.º 3, do Código Civil e a falta de regulamentação do exercício do direito de regresso na hipótese de ausência de culpa do comissário constituem razões de insegurança suficientes para excluir a afirmação inequívoca de uma convergência com o artigo 82.º do RGPD;
  18. No artigo 500.º do Código Civil, descobre a doutrina majoritária a exigência de um nexo de adequação abstrata entre a atividade desempenhada e a lesão causada. Ora, na interseção do artigo 82.º, n.º 3, do RGPD com a responsabilidade por facto de terceiro, afigura-se que a existência de um mandato é condição suficiente para a imposição de um dever de indemnizar ao responsável pelo tratamento, ainda que a lesão escape ao âmbito de competências atribuídas ao subcontratante. Na verdade, se, na ausência do mandato, a lesão não tivesse sido praticada pelo subcontratante, o responsável pelo tratamento não é alheio ao evento que deu origem aos danos;
  19. A conclusão é reforçada nas hipóteses em que se verifica um controlo paralelo dos dados, havendo o subcontratante, em violação da lei, determinado «as finalidades e os meios de tratamento» (artigo 28.º, n.º 10, do RGPD). Nesses casos, o subcontratante «é considerado responsável pelo tratamento no que respeita ao tratamento em questão» (ainda, artigo 28.º, n.º 10). Considera-se, então, que o *data controller* inicial responderá também pelos danos, em razão da natureza objetiva da imputação prevista no artigo 82.º do RGPD. A responsabilidade é solidária (artigo 82.º, n.º 4);
  20. O Código Civil português indicia uma resposta diversa. Toma-se como paradigma o artigo 503.º, n.º 3: a responsabilidade subjetiva do condutor de um veículo por

conta de outrem é convertida numa responsabilidade objetiva se o agente conduzir aquele veículo fora do exercício das suas funções de comissário. Extrai-se da lei civil portuguesa a conclusão de que o exercício pelo comissário de uma atividade paralela à ordenada pelo comitente, embora atuada com instrumentos deste, exclui a responsabilidade objetiva do último, sempre que aquela atividade é prosseguida no interesse do primeiro;

21. Um regulamento europeu é diretamente aplicável no ordenamento jurídico dos Estados-Membros, estando, por definição, vedado a estes um ato de transposição para o direito nacional. Aquela natureza garante uma aplicação homogénea da lei na União Europeia, finalidade claramente prosseguida pelo legislador que aprovou o RGPD;
22. Sem prejuízo de este regulamento incluir um conjunto de normas que permitem aos Estados-Membros fazer opções normativas, tal faculdade foi silenciada acerca do regime substantivo da responsabilidade civil. No artigo 82.º, a competência dos Estados-Membros apenas é salvaguardada acerca do direito processual: «Os *processos judiciais* para exercer o direito de receber uma indemnização são *apresentados* perante os tribunais competentes *nos termos do direito do Estado-Membro* a que se refere o artigo 79.º, n.º 2» (n.º 6 – itálico nosso).
23. Será legítimo entender que a responsabilidade extracontratual por facto de terceiro é uma questão de preenchimento de lacunas, abrindo a porta à aplicação do artigo 500.º do Código Civil?;
24. A resposta é, quanto a nós, negativa. Lembra-se a história do preceito. Há, então, uma intencionalidade do regulamento que afasta a possibilidade de identificação de uma lacuna e, assim, a possibilidade de preenchimento com recurso ao direito nacional;
25. Nesses termos, a subordinação da responsabilidade do Estado e demais entidades públicas ao regime previsto na Lei n.º 67/2007, de 31 de dezembro, alterado pela Lei n.º 31/2008, de 17 de julho, e, em conformidade, a dependência de um comportamento culposo de órgão, funcionário ou agente, é uma determinação da lei de execução (artigo 31.º, n.º 3, da Lei n.º 58/2019, de 8 de agosto) que parece violar o RGPD.